

**REGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL, PRINCIPIO Y JURISPRUDENCIA**

**VERONICA MELISA RUSSINQUE MIRANDA**

**SONIA ESPERANZA PANQUEVA CRUZ**

**UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DUITAMA - BOYACÁ**

**2021**



**REGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL, PRINCIPIO Y JURISPRUDENCIA**

**VERONICA MELISA RUSSINQUE MIRANDA**

**SONIA ESPERANZA PANQUEVA CRUZ**

**MONOGRAFIA DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADAS**

**MONOGRAFIA DIRIGIDA POR:**

**DOCTOR. JUAN DAVID PERICO**

**UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DUITAMA - BOYACÁ**

 **2021**

**Tabla de contenido**

[Resumen 5](#_Toc73448213)

[Planteamiento del problema 7](#_Toc73448214)

[Pregunta de investigación 8](#_Toc73448215)

[Justificación 9](#_Toc73448216)

[Objetivos 11](#_Toc73448217)

[Objetivo General: 11](#_Toc73448218)

[Objetivos específicos 11](#_Toc73448219)

[Hipótesis descriptiva 12](#_Toc73448220)

[Marco de referencia 14](#_Toc73448221)

[Marco conceptual 14](#_Toc73448222)

[Marco teórico 20](#_Toc73448223)

[Marco legal 25](#_Toc73448224)

[Normatividad nacional 25](#_Toc73448225)

[Normatividad Internacional 28](#_Toc73448226)

[Viabilidad de la Investigación 31](#_Toc73448227)

[Diseño metodológico 33](#_Toc73448228)

[Enfoque de la Investigación 33](#_Toc73448229)

[Carácter de la Investigación 35](#_Toc73448230)

[Tipo de razonamiento o método 37](#_Toc73448231)

[Etapas de investigación en el proceso cualitativo 39](#_Toc73448232)

[Introducción 41](#_Toc73448233)

[Capítulo I: Generalidades del Régimen de Insolvencia Empresarial 44](#_Toc73448234)

[1.1. Antecedentes y contexto del Régimen de Insolvencia en Colombia 44](#_Toc73448235)

[1.2. Antecedentes de la Expedición de la Ley 1116 del 2006 46](#_Toc73448236)

[1.3. Generalidades de los procedimientos que regula la Ley 1116 del 2006 47](#_Toc73448237)

[***1.3.1. Proceso de reorganización*** 48](#_Toc73448238)

[***1.3.2. Liquidación judicial*** 50](#_Toc73448239)

[***1.3.3. Insolvencia transfronteriza.*** 53](#_Toc73448240)

[Capítulo II: De los Principios que rigen la Ley 1116 del 2006 54](#_Toc73448241)

[2.1. Principio de Universalidad 56](#_Toc73448242)

[***2.1.2. Postura de la Corte Constitucional*** 58](#_Toc73448243)

[2.2. Principio de Igualdad 60](#_Toc73448244)

[***2.2.1. Postura de la Corte Constitucional*** 64](#_Toc73448245)

[***2.2.2. Decisiones que amparan a grupos de acreedores de especial protección legal o constitucional en virtud del principio de la Igualdad*** 65](#_Toc73448246)

[2.3. Principio de eficiencia 67](#_Toc73448247)

[2.4. Principio de Información 68](#_Toc73448248)

[2.5. Principio de negociabilidad 69](#_Toc73448249)

[2.6. Principio de reciprocidad 70](#_Toc73448250)

[2.7. Principio de gobernabilidad económica 71](#_Toc73448251)

[2.8. Del Principio de Oficiosidad 72](#_Toc73448252)

[***2.8.1. Postura de la Corte Constitucional*** 74](#_Toc73448253)

[Capítulo III: Modificaciones legales introducidas al Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia 76](#_Toc73448254)

[Capítulo IV: De los vacíos e inconsistencias estructurales del Régimen de Insolvencia 78](#_Toc73448255)

[Capítulo V- De la Insolvencia en el ámbito del Derecho comparado 81](#_Toc73448256)

[5.1. Ley de quiebra en Chile 82](#_Toc73448257)

[5.2. Ley de saneamiento y liquidación judicial de las Empresas en Francia 83](#_Toc73448258)

[5.3. Ley de quiebras en Alemania 84](#_Toc73448259)

[Capítulo VI: Del aumento de Solicitudes de Insolvencia Empresarial en Colombia durante la Pandemia causada por el SAR-COV 2 86](#_Toc73448260)

[Conclusiones 93](#_Toc73448261)

[Elementos innovadores de la Investigación 96](#_Toc73448262)

[Referencias Bibliográficas 98](#_Toc73448263)

# Resumen

El Régimen de Insolvencia empresarial en el ámbito legal Colombiano se encuentra reglamentado por medio de la Ley 1116 del 2006, la cual tuvo como propósito fundamental la actualización y por ende la sustitución de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999, las cuales, a juicio de la Comisión redactora (2006) eran estáticas y propiciaban inconvenientes tales como: la extrema complejidad, demora del proceso liquidatario, la dilación del procedimiento y la proliferación de proceso, en tanto que, de acuerdo con la Exposición de motivos proyecto de ley 1116 de 2006 se buscaba generar un régimen unificado dinámico, garante constitucionalmente y con vocación de permanencia, inspirado en la Ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

En ese orden, la Ley en mención holísticamente busca promover los fines esenciales del Estado, como lo son: la estabilidad económica, la defensa del bien común y el fomento del empleo, por medio de la protección del crédito y la conservación de la empresa de conformidad con el artículo 333 de la Constitución de Colombia y en aplicación de los Principios o máximas de interpretación del Régimen de Insolvencia.

Pese a lo anterior, un gran número de juristas consideran que, el nuevo régimen de Insolvencia Empresarial cuenta, con vacíos normativos e inconsistencias en su estructura, por lo que se hace necesario implementar un análisis académico – legislativo que permita actualizar y ampliar el sentido del Régimen de Insolvencia imperante, aún más cuando, en medio de crisis, como la provocado por la Pandemia del Sars- Cov- 2, la legislación Colombiana en la temática sub examine, se traslapa a un ser inerte ante las problemáticas y las consecuencias nefastas de una crisis sin precedentes.

**Palabras claves**: Insolvencia, crisis, incapacidad de pago inminente, prelación de créditos, patrimonio, Principios, cesación de pagos.

# Planteamiento del problema

En Colombia el Régimen de Insolvencia empresarial se encuentra adoptado por medio de la Ley 1116 del 2006, el cual tuvo como propósito el actualizar y por ende sustituir la 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”, y la Ley 550 de 1999 “, por considerarse las anteriores, normas estáticas y poco eficientes.

En ese orden de ideas, la expedición de Ley 1116 del 2006 es el resultado de experiencias normativas anteriores, sumadas a las preocupaciones e intereses de los partícipes de estos procesos, es por ello que tal y como lo relaciona la Corte Constitucional Colombiana (2018) el Régimen desde una óptica teleológica es unificado, garante, dinámico, con vocación de permanencia, y por tanto se sustenta en un macro proceso amplio ágil que responde a los postulados establecidos en la Carta Constitucional y por ende a la normatividad comercial Colombiana e internacional aplicable, como lo es la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Ley de Insolvencia Trasfronteriza.

Sin embargo y pese a sus virtudes, varios juristas, especialistas en la disciplina de la economía y el comercio, han suscitado debates acerca de la efectividad, eficacia y cumplimiento del contenido teleológico del Régimen en mención, donde los análisis doctrinales y académicos emprendidos, reflejan inconsistencias estructurales que repercuten en la materialidad, los cuales han sido compartidos por la comunidad Jurídica desde el momento de su expedición y aún en la actualidad, cuando el País atraviesa una Crisis sin precedentes derivada de la Pandemia del Sars –Cov-2, por lo que se hace necesario implementar un análisis académico – legislativo que permita determinar con claridad académica sí el Régimen de Insolvencia imperante es una herramienta jurídica viables para superar las crisis económicas de las empresas en Colombia.

# Pregunta de investigación

¿El Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, regulado por la Ley 1116 del 2006 es una herramienta jurídica viable para superar la crisis económica de las empresas en Colombia?

# Justificación

Colombia en la actualidad atraviesa una crisis sin precedentes, debido a las consecuencias derivadas de la Pandemia del Sars Cov-2, lo que ha permitido evidenciar no solo la fragilidad del aparato económico sino también los vacíos e inconsistencias del Ordenamiento jurídico Colombiano y en concreto de sus diferentes Regímenes respecto a situaciones de crisis.

En ese orden de ideas, el Régimen de Insolvencia ha sido sujeto de un sin número de cuestionamientos por parte de juristas y doctrinantes no solo en este espacio temporal , sino desde su expedición, en tanto que se ha considerado que, el Régimen acogido por medio de la Ley 1116 del 2006, pese a ser la posible respuesta jurídica compilatoria cuenta con vacíos e inconsistencias estructurales tales como: la concepción restrictiva o delimitada del Régimen de Insolvencia, la no aplicación del Régimen a personas naturales no comerciantes, la extensión injustificada de efectos a partir de la presentación de la solicitud del proceso de reorganización , entre otras, lo que imposibilita el cumplimiento de los objetivos descritos en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley y como consecuencia de esto, el cabal acatamiento de los fines del Estado, de la garantía Constitucional establecida en el artículo 333, y de los derechos y Principios Constitucionales aplicables para el caso sub examine.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2020) indico que: “el número de sociedades en riesgo de insolvencia sería de 2.676, si el PIB se ubicaba en -1,9%, equivalente al 17,8% de la muestra, y de 5.553, si el PIB se ubicaba en -7,7%, equivalente al 38% de la misma” (párr. 2). Por lo anterior, al cotejar el resultado del PIB por parte del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, se pudo verificar que el mismo cerro en -6.8% para el 2020, cifras que nos permite en primer lugar aproximarnos a las consecuencias nefastas de la Pandemia y en segundo lugar nos llama a cuestionarnos sobre la dinamicidad, la eficacia y solidez del Régimen de Insolvencia respecto a situaciones de crisis.

Por último, es pertinente puntualizar que, esta investigación es relevante académica y jurídicamente (valor teórico), en tanto que, se fundamenta en un estudio acucioso, el cual permitirá determinar jurídicamente sí el Régimen de Insolvencia empresarial adoptado por medio de la Ley 1116 del 2006 es una herramienta viable para superar la crisis económica de las empresas en Colombia, lo anterior, a partir de un análisis descriptivo- explicativo de carácter holístico.

# Objetivos

## **Objetivo General**:

Determinar jurídicamente sí el Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, regulado por la Ley 1116 del 2006 es una herramienta viable para superar la crisis económica de las empresas en Colombia.

## Objetivos específicos

* Analizar las generalidades del Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, regulado por la Ley 1116 del 2006.
* Identificar los Antecedentes jurídicos y los principales cambios que trajo consigo la Ley 1116 del 2006.
* Analizar los Principios que orientan el Régimen de Insolvencia en Colombia desde la óptica legal y su correspondiente desarrollo jurisprudencial.
* Determinar si existen vacíos e inconsistencias estructurales en el Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano.

# Hipótesis descriptiva

El Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, regulado por la Ley 1116 del 2006 , no es una herramienta jurídica viable para superar la crisis económica de las empresas en Colombia, en tanto que, cuenta con vacíos e inconsistencias estructurales relacionadas con el alcance y los limitantes del mismo, tales como: la concepción restrictiva o delimitada del Régimen de Insolvencia, la no aplicación del Régimen a personas naturales no comerciantes, la extensión injustificada de efectos a partir de la presentación de la solicitud del proceso de reorganización , entre otras, lo que impide que en condiciones de igualdad material se de aplicación en primer lugar, a los fines del Estado, en segundo lugar a la garantía Constitucional establecida en el artículo 333 y en tercer lugar y no menos importante, que propenda por ser un sistema dinámico que responda a las nuevas contingencias con figuras apropiadas, tales como el sentido amplio de la Crisis y no de la Insolvencia.

Lo anterior fundamentado en que, el realizar una transición del termino insolvencia al de Crisis, como lo refiere Wilches (2008) “(…) abarca, además de la insolvencia, los fenómenos de iliquidez y de cesación de pagos” (p.200). , situación que provee al Régimen de instrumentos para promover el re emprendimiento y la rehabilitación empresarial antes que su liquidación, siempre que sea viable no solo financieramente sino también técnicamente en aras de preservar el empleo y la garantía de los derechos reconocidos legalmente, como se pude evidenciar en el ámbito comparado en las regulaciones normativas establecidas en países como Alemania, Francia y Chile.

En ese orden, es claro que, pese a que la expedición del Régimen estuvo inspirada primordialmente en la necesidad de dotar al país de un régimen dinámico, garante y con vocación de permanencia, en la actualidad no se cumple con los cometidos teleológicamente establecidos, en tanto que, de conformidad con la Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2004) no se cuenta con un Régimen sólido, dinámico y eficaz que permita prevenir o limitar las crisis financieras y facilitar la solución rápida y ordenada de situaciones de endeudamiento excesivo en el ámbito Colombiano.

# Marco de referencia

## Marco conceptual

Con el fin de desarrollar el presente trabajo Monográfico es necesario desarrollar el siguiente marco conceptual:

**Crisis**

Diferentes doctrinantes en el área del Derecho Concursal han definido a la Crisis como:

(…) La definición de crisis de la empresa presenta ciertas dificultades por razón de los diversos factores que, en cada caso particular, confluyen en torno a este fenómeno. Lo cierto es que la crisis misma determina lo que podríamos denominar ‘estado de crisis’, que no es otra cosa distinta de las dificultades de carácter económico en que la empresa se encuentra inmersa y que sólo serán superables con la colaboración y participación activa de los acreedores. Por eso se afirma que el estado de crisis tiene como primera característica la de ser insuperable pues, si no se formaliza el acuerdo con los acreedores, no es posible obtener la salvación del ente económico y se pone en entredicho la recuperación del crédito. La segunda característica es que la crisis produzca efectos de naturaleza económica, los cuales se materializan por el incumplimiento de las obligaciones patrimoniales del deudor. El derecho concursal pretende, ante todo, las soluciones para superar las dificultades económicas de las organizaciones. (Londoño e Isaza, 2008, pp. 13-19)

Aunado a lo anterior, Londoño e Isaza (2008) relacionan que la Crisis es un concepto amplio que engloba tres hechos o situaciones relevantes como lo son: los fenómenos de la iliquidez, la insolvencia y la cesación de pagos.

**Cesación de pagos**

Al respecto varios autores han resaltado que:

También denominada sobreseimiento de las obligaciones, es el detonante de la crisis. Cuando ocurre la cesación de los pagos surge el derecho del acreedor a cobrar la obligación, pero también el derecho del deudor a acudir al concurso para solucionar las obligaciones de manera ordenada y evitar un mayor deterioro de su situación económica. La cesación de pagos puede ser voluntaria –cuando no se quiere pagar– o involuntaria –se quiere cumplir pero las circunstancias económicas no lo permiten.

De todos modos, sea voluntaria o involuntaria, la cesación de pagos conduce, irremediablemente, al incumplimiento de las obligaciones. (Londoño e Isaza, 2008, pp. 13-19)

El Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia en su artículo novena define que el deudor se encuentra cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley. (Ley 1116, 2006)

**Incapacidad de pago inminente**

El Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia en su artículo noveno señala que el deudor se encuentra incapacidad de pago inminente cuando:

 El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite 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.(Ley 1116, 2006)

**Insolvencia**

Etimológicamente la Insolvencia, es definida como:

Concepto bifronte de contenido económico, identificado como el desbalance patrimonial, que en un ámbito jurídico, como presupuesto objetivo del concurso de acreedores, concreta con una insolvencia actual como incapacidad de cumplimiento regular de obligaciones exigibles y, en un momento futuro, con una insolvencia inminente, como incapacidad del deudor de cumplimiento puntal y regular de sus obligaciones. (Real Academia Española, s.f)

Por su parte, doctrinantes como Londoño e Izasa (2008), indican que la insolvencia “la constituye el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. Propiamente consiste en la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar el importe de las deudas” (p.19).

Por último, Merchán & Vargas (2014) relacionan que, la insolvencia es una situación jurídica en la cual una persona natural o jurídica no se encuentra en la capacidad de realizar los pagos que debe hacer, debido a que, los mismos son superiores a sus recursos económicos disponibles, por lo que, a través de un proceso judicial se busca que el deudor insolvente pueda atender sus deudas en mora con la totalidad de su patrimonio o parte de él.

**Patrimonio**

De acuerdo con diversos doctrinantes:

[...] en un sentido meramente económico, la noción de patrimonio es equivalente a los bienes de que es titular una persona en un momento determinado. Desde un punto de vista jurídico [...], el patrimonio es un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que poseen un valor económico.

(Diez, Picaso & Gullón, 1978, p.430)

Por otro lado, Espin (1977) citado por Morales & Daza (2016, p.16) menciona que, el patrimonio en la esfera jurídica de una persona, constituida por un conjunto de derechos que le pertenecen, el patrimonio como forma una esfera restringida, pues no comprende más que los derechos de valor pecuniario; quedan, pues fuera del patrimonio los derechos de la personalidad, familiares stricto sensu y, en general todos aquellos que carecen de un valor económico. Por otro lado, se distingue el patrimonio jurídico como un conjunto derechos y no de bienes, es decir, de bienes u objetos sobre los que recaen los derechos se toman desde un punto de vista jurídico y no económico.

**Prelación de créditos**

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia la prelación de créditos es:

Una institución civil de carácter sustancial que determina el orden en el cual han de ser pagadas las obligaciones dinerarias del deudor a cada uno de sus acreedores, cuando estos reclaman el respectivo pago en un mismo proceso. De este modo, el acreedor goza del privilegio de obtener el pago de su crédito con preferencia sobre otros acreedores.

Se sigue de lo anterior que la principal consecuencia de régimen de prelación es que las acreencias se pagan en el orden fijado por la ley, y hasta que el patrimonio del deudor lo permita, se produce una afectación intensa al principio de igualdad entre los acreedores, par conditio creditorum, al punto que algunos créditos podrían quedar sin pago. Por ello, solo el legislador puede establecer esta clase de privilegios. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-089, 2018)

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional (2018) ha indicado que la prelación de créditos puede ser de carácter general o especial, frente a lo cual, las generales habilitan al acreedor para perseguir os bienes del deudor y procede respecto a los créditos de primera y cuarta clase. Por su parte, los especiales únicamente tienen la vocación de afectar bienes determinados.

Corolario a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

Consiste en una graduación de los mismos efectuada por el legislador, que corresponde al juez aplicarla en los procesos judiciales y cuya finalidad es cumplir con el pago efectivo de las obligaciones a cargo del deudor, en el orden de preferencia establecido, de tal suerte que si obligaciones pecuniarias del deudor frente a diferentes acreedores no pueden ser cumplidas con los bienes existentes, se pagarán hasta donde sea posible y de acuerdo con el orden fijado por la ley. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC9388, 2016)

**Principios**

De conformidad con lo expuesto por el jurista y filósofo Alemán Alexy, los Principios son:

 Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa. (Alexy. 1993, pp. 86-87).

Por lo anterior, los Principios son entendidos como máximas de interpretación, mandatos de optimización y/o criterios de validez material que hacen posible la realización del contenido en el sentido formal y material, a partir del sentido armónico del ordenamiento Jurídico.

## Marco teórico

El tema de investigación, cuenta con una amplio desarrollo académico, donde se han obtenido resultados congruentes respecto a los antecedentes del Régimen, de la Ley, de sus principios y lógicamente respecto a la efectividad y viabilidad del Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, regulado por la Ley 1116 del 2006 como herramienta para superar la crisis económica de las empresas en el País.

En ese orden de ideas , es importante manifestar que doctrinantes como Carbonell O´brien en su libro denominado “Régimen Concursal Colombiano”, analiza la historia del Derecho concursal Colombiano hasta arribar en el Régimen de insolvencia actual, a partir de las siguientes etapas significativas:

1. Etapa punitiva (1940 – 1969): Esta se caracteriza por la criminalización objetiva de la situación de insolvencia del comerciante; (ii) Etapa intervencionista (1969 – 1995): Donde hubo una excesiva intromisión del Estado colombiano en los procesos concursales; y (iii) Etapa de apertura (1995 – hasta la actualidad): Esta fase del derecho concursal colombiano, que con algunos matices aún sigue hasta hoy, comenzó con la expedición de la nueva Constitución colombiana de 1991, pero se concretó con la Ley No 222 de 1995. (Carbonell, 2019, pp 151 -152)

De igual forma, la Corte Constitucional (2018) en Sentencia de Constitucionalidad 006 del 2018, sintetiza los antecedentes históricos y el Contexto del Régimen de Insolvencia en Colombia, en cuatro etapas:

* Énfasis en la protección a los acreedores y la sanción del deudor.
* Transición hacia la protección de la Empresa.
* De protección de la Empresa.
* Consolidación normativa del Régimen de Insolvencia con la protección de la empresa como criterio prioritario y la Par Conditio creditorum como Principio estrcutural.

Respecto al cauto momento, que denota la expedición de la Ley 1116 del 2006, es pertinente indicar que, de acuerdo con la Corte Constitucional:

El Gobierno Nacional sometió a consideración del Congreso de la República, un proyecto que resultaba de las experiencias normativas anteriores, sumadas a las preocupaciones e intereses de los partícipes de estos procesos. El proyecto presentado establecía un régimen de insolvencia unificado, con vocación de permanencia, en el que se diseña un proceso ágil y acorde con los principios de la Constitución económica y con la normatividad comercial colombiana e internacional. A este respecto, la exposición de motivos de la Ley 1116 de 2006 sostiene: “adicionalmente, la propuesta incorpora al ordenamiento jurídico colombiano, la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). (Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

En esa línea argumentativa, el jurista Rafael Wilches Duran, en su artículo denominado “Vacíos e inconsistencias estructurales del Nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución”, establece que:

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

 Con base en lo anterior, se decidió trabajar en la expedición de un nuevo régimen de insolvencia, que sufrió muchos cambios desde el inicio de la formulación del primer anteproyecto hasta la expedición de la Ley 1116 de 2006. (Wilches, 2008, p. 205)

Pese a lo anterior, el Régimen de Insolvencia empresarial acogido por medio de la Ley 1116 del 2006, ha sido sujeto de varias críticas y cuestionamientos, relacionados especialmente con la existencia de vacíos e inconsistencias estructurales, que afectan el cumplimiento de los fines y garantías Constitucionales, los cuales se sintetizan de la siguiente forma, por Wilches (2008):

* Alcance limitado del Régimen de insolvencia empresarial.
* No aplicación del régimen de insolvencia con respecto a las personas naturales no comerciantes.
* Extensión injustificada de los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización.
* Carencia de la manifestación taxativa de las funciones del promotor de los acuerdos de reorganización.
* No prevé el fracaso de la negociación del acuerdo de reorganización, entre otros.

En ese mismo sentido, autores como Londoño e Isaza (2008) en su libro denominado “Comentarios al régimen de insolvencia empresarial”, señalan de manera fundamental que, el Régimen de Insolvencia Empresarial pese a contar con innovaciones y modificaciones legales importantes, cuenta con vacíos estructurales que afectan su materialidad, en tanto que, manifiestan que el denominar el Régimen desde una óptica de Insolvencia limita el contenido y alcance del mismo, por lo que se propone la modificación, actualización o reestructuración de un nuevo Régimen desde el ámbito de la Crisis o del Derecho de Crisis.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la crisis al ser un concepto amplio, determinado por las dificultades de carácter económico en las que la empresa se encuentra inmersa y que de acuerdo con el autor, solo podrán superarse con la colaboración y participación actividad de los distintos acreedores.

Por lo anterior, es que se afirma que el estado de crisis tiene las siguientes características:

* Que sea insuperable.
* Que la crisis produzca efectos de naturaleza económica.

Así las cosas, los autores relacionan que la Crisis trae consigo el reconocimiento de los siguientes fenómenos:

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

- Insolvencia: la constituye el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. Propiamente consiste en la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar el importe de las deudas.

- Cesación de pagos: también denominada sobreseimiento de las obligaciones, es el detonante de la crisis. Cuando ocurre la cesación de los pagos surge el derecho del acreedor a cobrar la obligación, pero también el derecho del deudor a acudir al concurso para solucionar las obligaciones de manera ordenada y evitar un mayor deterioro de su situación económica. La cesación de pagos puede ser voluntaria –cuando no se quiere pagar– o involuntaria –se quiere cumplir pero las circunstancias económicas no lo permiten.

De todos modos, sea voluntaria o involuntaria, la cesación de pagos conduce, irremediablemente, al incumplimiento de las obligaciones. (Londoño e Isaza, 2008, pp. 13-19)

En conclusión, de un análisis general es posible indicar que, es necesario que se realicen análisis estructurales, sobre los alcances y los limitantes del Régimen de insolvencia imperante, con el fin que, realmente cumpla con su finalidad de amparar el derecho a la empresa, los empleos y por ende reconozca y garantice los derechos humanos derivados en los que se sustenta dicho Régimen.

## Marco legal

En esté acápite se esbozará la normatividad que regula el Régimen de insolvencia empresarial regulado por medio de la Ley 1116 del 2006, para lo cual se analizará desde una óptica nacional e internacional.

### **Normatividad nacional**

Respecto a la normatividad nacional es importante indicar que el Régimen de insolvencia empresarial en Colombia, es comprendido como un compendio legislativo que sustento su creación, en el propósito de actualizar y por ende sustituir la 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”, y la Ley 550 de 1999 “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, según la Comisión redactora (2006) eran normas estáticas y propiciaban inconvenientes tales como: la extrema complejidad, demora del proceso liquidatario, la dilación y la proliferación del mismo, por lo anterior, respecto al cauto momento, que denota la expedición de la Ley 1116 del 2006, es pertinente indicar que:

El Gobierno Nacional sometió a consideración del Congreso de la República, un proyecto que resultaba de las experiencias normativas anteriores, sumadas a las preocupaciones e intereses de los partícipes de estos procesos. El proyecto presentado establecía un régimen de insolvencia unificado, con vocación de permanencia, en el que se diseña un proceso ágil y acorde con los principios de la Constitución económica y con la normatividad comercial colombiana e internacional. A este respecto, la exposición de motivos de la Ley 1116 de 2006 sostiene: “adicionalmente, la propuesta incorpora al ordenamiento jurídico colombiano, la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). (Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

De conformidad con lo anterior, el Régimen en mención establece como Principios: la Negociabilidad, Eficiencia, universalidad, Reciprocidad, igualdad, Información, y Gobernabilidad económica, en concordancia el Artículo 333 constitucional, el cual señala que: “la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial” (Constitución Política de Colombia., 1991, art .333).

Aunado a lo anterior, la Ley en mención holísticamente busca promover los fines esenciales del Estado, como lo son: la estabilidad económica, la defensa del bien común y el fomento del empleo, por medio de:

(…) la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor (…).

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias. (Ley 116, 2006, art. 1)

De la misma forma, Con la Ley 1116 de 2006 se busca regular tres procesos, los cuales son los siguientes respectivamente:

* Reorganización.
* Liquidación judicial
* Insolvencia Transfronteriza.

Respecto a las modificaciones y posterior desarrollo del clausulado establecido en la Ley 1116 del 2006 se indican las siguientes:

* El Decreto 2190 de 2007 corrige algunos yerros caligráficos y tipográficos en el parágrafo del artículo 53 y en el inciso primero del artículo 83 de la Ley 1116 del 2006.
* El artículo 33 de la Ley 1116 del 2006 fue modificado por la ley 1429 del 2010 “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de empleo”.
* La Ley 1564 del 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” en su Título IV dispone el Régimen de insolvencia para persona natural no comerciante.
* El Decreto 2677 de 2012 reglamenta algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los Procedimientos de Insolvencia de la Persona Natural no Comerciante y se dictan otras disposiciones.

Por último, con ocasión a la Declaratoria de Emergencia Económica y social provocada por la Pandemia del Sars- cov 2 el ejecutivo procedió a expedir el Decreto legislativo 560 de 2020 por medio del cual se establecen medidas extraordinarias con la finalidad de mitigar los efectos de la pandemia, mecanismos que fueron sintetizados en el Decreto 842 del 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020, a fin de atender los efectos de la Emergencia Económica, Social y Ecológica en el sector empresarial”, el cual tiene vigencia hasta el 15 de abril del 2022 y se desarrolla sobre cuatro pilares esenciales:

* Acceso a los mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito.
* Reglamentación de mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.
* Reglamentación de los procedimientos de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, y de recuperación empresarial.
* Trámite de validación judicial expedita y procedencia del arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASc).

### **Normatividad Internacional**

Como bien se mencionó inicialmente en el desarrollo de esté Acápite, el Régimen de insolvencia Empresarial adoptado en Colombia por medio de la Ley 1116 de 2006 se encuentra inspirado en la Ley modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional); el cual establece que:

Para todo Estado, el hecho de disponer de un régimen de la insolvencia sólido y eficaz es importante para prevenir o limitar las crisis financieras y facilitar la solución rápida y ordenada de situaciones de endeudamiento excesivo. Tal régimen puede facilitar la reasignación ordenada de recursos financieros de empresas que no son viables canalizándolos hacia actividades más eficientes y rentables; ofrecer incentivos que no solamente alienten a los empresarios a invertir, sino que también animen a los directivos de empresas fallidas a adoptar a tiempo medidas para hacer frente a la quiebra y mantener los puestos de trabajo; reducir el costo de los negocios, y aumentar la oferta de crédito. El análisis comparativo de la eficacia de los regímenes de la insolvencia se ha convertido en una práctica habitual y esencial a efectos de la concesión de un préstamo, y afecta a los Estados a todos los niveles del desarrollo económico. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2004)

De la misma forma, es importante aclarar en este punto que la Ley modelo incluye en su clausulado disposiciones aplicables contenidas en el Tratado y protocolo adicional de Montevideo de 1889 sobre Derecho Comercial Internacional, de la Convención de la Haya de 1961 sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros y de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, adoptada en Panamá en 1975., por lo que se convierte en un instrumento internacional de compilación normativa.

Por otro lado, para el desarrollo del presente trabajo Monográfico se analizará desde el ámbito del Derecho comparado las legislaciones correspondientes a los siguientes países:

-Chile con la respectiva Ley de quiebra adoptada por medio de la Ley 2070 del 2014 y que, según el Ministerio de Economía fomento y turismo de Chile (2015), la Ley tiene como propósito: “fomentar el emprendimiento como motor de la economía, al hacerse cargo de las empresas que dejan de ser viables, permitiendo que los emprendedores vuelvan a surgir, y lleven a cabo nuevos negocios” (p.3).

-Francia con la respectiva Ley de saneamiento y liquidación judicial de las Empresas del año 1994 concordante con la Ley de Prevención y Arreglo Amigable de las Dificultades de las Empresas en caso de quiebra de las últimas. De acuerdo con el Jurista Enrique de la Madrid (s.f) busca “favorecer a los deudores, toda vez que está dirigida a evitar la insolvencia de las empresas, a través de ciertos apoyos, con el fin de restablecer su salud financiera y evitar así que lleguen a la quiebra” (152).

-Alemania con la respetiva Ley de quiebras; de acuerdo con Braun (2003) el régimen de quiebras, se encuentra basado en la Ley concursal Alemana (Insolvenzordnung – «InsO») de 1999, esta norma contiene disposiciones sustantivas y procesales, modificadas el 1 de diciembre de 2001.

Tal y como lo refieren diversos autores:

A diferencia de las leyes de insolvencia anteriores, el objetivo de la nueva Ley de insolvencia es la creación de un marco legal que conduzca a una gestión de insolvencias económicamente eficiente y que combine los principios tradicionales de la Ley de insolvencia alemana con los siguientes principios de la norma equivalente estadounidense: prioridad de los intereses y reorganización del deudor. Es decir, la satisfacción de las demandas de los acreedores a través de la ejecución total de los activos del deudor (Braun, 2003, p.315)

# Viabilidad de la Investigación

De acuerdo con Hernández, Collado & Baptista (2014) el análisis de viabilidad o factibilidad del estudio es fundamental, dado que permite evidenciar la viabilidad de la investigación desde todas sus aristas, en ese sentido, es necesario realizar un estudio sobre las siguientes variables: disponibilidad de tiempo, de los recursos desde una óptica holística y los alcances investigativos.

De conformidad con lo expuesto, para el estudio de las variables en mención se utilizará un análisis DAFO, con el fin de identificar Debilidades, Oportunidades, Fortalezas y/o Amenazas que pueden surgir con ocasión al desarrollo de la investigación.

*Nota:* La figura demuestra el análisis Dafo de la Investigación. Elaboración Propia.

Por último, es pertinente puntualizar que, esta investigación es relevante académica y jurídicamente (valor teórico), en tanto que, se fundamenta en un estudio acucioso, el cual permitirá determinar jurídicamente sí el Régimen de Insolvencia empresarial adoptado por medio de la Ley 1116 del 2006 es una herramienta viable para superar la crisis económica de las empresas en Colombia (conveniencia), lo anterior, a partir de un análisis descriptivo- explicativo de carácter holístico.

# Diseño metodológico

En primer lugar es importante puntualizar que la investigación en el ámbito jurídico es fundamental en la contemporaneidad, dado que, la misma permite la actualización, critica y análisis del ordenamiento jurídico en contexto con las dinámicas de la cotidianidad, en ese orden diversos juristas han resaltado que la investigación jurídica puede comprenderse como:

La actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado.

(Zamudio, 1995, p. 416)

Por lo anterior, la presente investigación es fundamental, en tanto que tiene por objetivo identificar sí el Régimen de Insolvencia en su amplitud es una herramienta viable para superar la crisis económica de las empresas en Colombia de acuerdo con las dinámicas cambiantes no solo de la economía sino también de las relaciones humanas- comerciales.

## Enfoque de la Investigación

El enfoque de investigación puede ser de tipo cualitativo o cuantitativo; al respecto algunos autores han relacionado que la investigación con enfoque cuantitativa es:

De carácter secuencial y probatorio, Cada etapa precede a la siguiente y no podemos “brincar” o eludir pasos. El orden es riguroso, aunque desde luego, podemos redefinir alguna fase. Parte de una idea que va acotándose y, una vez delimitada, se derivan objetivos y preguntas de investigación, se revisa la literatura y se construye un marco o una perspectiva teórica. De las preguntas se establecen hipótesis y determinan variables; se traza un plan para probarlas (diseño); se miden las variables en un determinado contexto; se analizan las mediciones obtenidas utilizando métodos estadísticos, y se extrae una serie de conclusiones.

(Hernández, Collado & Baptista, 2014, p. 4)

Por lo anterior, se podría indicar que, el enfoque cuantitativo tiene como propósito la comprobación de la hipótesis a partir del examen de variables mediables.

Por otro lado, Aranzamendi (2015) en su libro denominado “Investigación jurídica”, indica que la Investigación con enfoque cualitativo, se encuentra direccionada hacia la descripción y la comprensión de un fenómeno jurídico, por tanto el conocimiento se construye y no se descubre, por lo que prevalece el análisis y por ende la construcción de conocimiento, a diferencia de la investigación de carácter cuantitativo que se centra en la cuantificación, predicción, verificación y control.

En ese orden, el autor resalta que en las investigaciones de carácter cualitativo la hipótesis de trabajo, es una suposición que de forma gradual se va comprobando, descartando o corrigiendo en la medida en que se analiza el estudio del tema sub examine.

Por su parte, varios autores han manifestado que:

En la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría y luego “voltear” al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los datos y resultados, el investigador comienza examinando los hechos en sí y en el proceso desarrolla una teoría coherente para representar lo que observa (Esterberg, 2002). Dicho de otra forma, las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo genera.

(Hernández, Collado & Baptista, 2014, p.8)

Por lo anterior, es que la presente Monografía asume como Metodología la Investigación el carácter cualitativo, en tanto que, se busca analizar la problemática en cuestión y de esta forma verificar, corregir o descartar la hipótesis formulada inicialmente, por medio de la construcción convergente del conocimiento.

## Carácter de la Investigación

De acuerdo con el libro titulado “Metodología de la Investigación”, el alcance de la investigación puede denotarse en los siguientes caracteres:

* Descriptivo: es definido por Hernández, Collado & Baptista (2014) como aquel que busca especificar las propiedades y por ende las características más significativas de cualquier fenómeno que se analice.

De la misma forma, en el libro denominado “Epistemología y la investigación” Aranzamendi (2008) señala que, la investigación cualitativa es de tipo descriptiva, dado que, identifica los elementos que conforman un hecho, una norma, o fenómeno de especial relevancia jurídica, por lo que permite la descripción de procesos, contextos, etc.

* Explicativo: Para esté carácter investigativo hay autores que resaltan que:

Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables.

(Hernández, Collado & Baptista, 2014, p.95)

* Correlacional: Al respecto de este tipo de carácter varios autores han relacionado que:

Este tipo de estudios tiene como finalidad conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en una muestra o contexto en particular. En ocasiones sólo se analiza la relación entre dos variables, pero con frecuencia se ubican en el estudio vínculos entre tres, cuatro o más variables.

Para evaluar el grado de asociación entre dos o más variables, en los estudios correlacionales primero se mide cada una de éstas, y después se cuantifican, analizan y establecen las vinculaciones.

(Hernández, Collado & Baptista, 2014, p.93)

* Exploratorio: Algunos doctrinantes han establecido que es utilizada cuando:

El objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan sólo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas.

(Hernández, Collado & Baptista, 2014, p.91)

Así las cosas, es importante puntualizar que este trabajo Monográfico para lograr la consecución de los objetivos, toma un tipo de investigación mixto basado en el carácter descriptivo- explicativo, considerando que no solo se busca describir sí el Régimen de insolvencia es una herramienta jurídica viable para superar la crisis de las empresas en Colombia, sino que, adicionalmente explicará los motivos que fundamentan el desarrollo de la tesis y la conclusión misma.

## Tipo de razonamiento o método

La Investigación implica el uso o elección del método, el cual puede ser de carácter deductivo o inductivo, frente a lo cual es fundamental aclarar que, el método deductivo es propio de la investigación cuantitativa ,mientras que, el inductivo es característico de la investigación cualitativa, por lo que centraremos nuestro análisis en esté último.

En ese orden, de forma sucinta algunos autores como Hernández, Collado & Baptista (2014) señalan que, el método deductivo inicia con la teoría y de está se derivan un sin número de expresiones lógicas denominadas hipótesis, las cuales son colocadas a prueba por el investigador.

Ahora bien, respecto a la investigación de tipo deductivo en el caso de las ciencias jurídicas, el Jurista Ponce de León (s.f.) indica que, esté método se realiza tomando como fundamento de análisis algunos conocimientos generales para inferir conclusiones particulares, por lo que exige la formulación de hipótesis rígidas a partir de la comprobación y predicción de los fenómenos.

Por su parte, el tipo de razonamiento o método de carácter inductivo considera una serie de fenómenos o conceptos normativos, en tanto que:

Parte de hechos o fenómenos jurídicos concretos. Lo que significa observar y describir un hecho para posteriormente generar una opción teórica sobre el problema.

(Aranzamendi, 2008, pp. 144-145)

Aunado a lo anterior, tal y como lo relaciona Agudelo (s.f) “en la metodología de la investigación jurídica y sociojurídica se emplea de manera regular la inducción imperfecta, que posee solo una universalidad aproximada, lo que genera una conclusión de tipo probable”( p. 55).

En ese mismo sentido, el doctrinante Ponce de León (s.f) indica que, se puede instrumentar de muy diversas formas, pero de forma primordial por medio de técnicas de análisis para la resolución de conflictos jurídicos interpretativos, procesos judiciales, entre otros.

De conformidad con lo expuesto, esté trabajo investigativo adopta el método inductivo, dado que, es el método más apropiado para el desarrollo de investigaciones de carácter jurídico y de la misma forma, permite cumplir con los objetivos propuestos, a partir de un análisis inicial del fenómenos jurídico concreto para arribar en la respuesta u opción jurídica propicia.

**Instrumentos de recolección de información**

Respecto a los instrumentos de recolección de información de tipo cualitativo, es fundamental traer a colación el argumento esbozado por los autores del Texto “Metodología de la Investigación”, quienes señalan que:

La recolección de los datos está orientada a proveer de un mayor entendimiento de los significados y experiencias de las personas. El investigador es el instrumento de recolección de los datos, se auxilia de diversas técnicas que se desarrollan durante el estudio. Es decir, no se inicia la recolección de los datos con instrumentos preestablecidos, sino que el investigador comienza a aprender por observación y descripciones de los participantes y concibe formas para registrar los datos que se van refinando conforme avanza la investigación.

(Hernández, Collado & Baptista, 2014, p.12)

Así las cosas, es claro que en este tipo de investigación se cuenta con un ramillete de instrumentos de recolección de información, en tanto que, la amplitud de datos provenientes de diferentes fuentes o actores enriquecen de manera concreta el proceso investigativo, por lo que, en esta Monografía se utilizará los instrumentos de recolección de información para la investigación cualitativa como es primordialmente la técnica documental y de análisis conceptual (Fuentes documentales y bibliográficas).

Aunado a lo anterior, como técnica para el análisis de la información cualitativa obtenida se hará uso de la estrategia metodológica de la triangulación, la cual, puede ser definida como:

Un proceso complementario del proceso de categorización y constituye un modo de yuxtaponer los diferentes puntos de vista que cada actor o sujeto percibe del fenómeno en estudio, así como cualquier información que se obtenga por diferentes medios.(Mayz, 2009, p. 61)

## Etapas de investigación en el proceso cualitativo

En el texto denominado “Metodología de la Investigación” de los autores Hernández, Collado & Baptista (2014) se relacionan las etapas que debe surtir un proceso de investigación sea de tipo cualitativo o cuantitativo, en este caso específico y tomando como sustento el texto en mención, las etapas surtidas en la presente investigación de carácter cualitativo, fueron las siguientes:

*Nota:* El grafico 1 demuestra las etapas de investigación cualitativa. Elaboración propia.

# Introducción

Etimológicamente la Insolvencia, es definida como:

Concepto bifronte de contenido económico, identificado como el desbalance patrimonial, que en un ámbito jurídico, como presupuesto objetivo del concurso de acreedores, concreta con una insolvencia actual como incapacidad de cumplimiento regular de obligaciones exigibles y, en un momento futuro, con una insolvencia inminente, como incapacidad del deudor de cumplimiento puntal y regular de sus obligaciones. (Real Academia Española, s.f)

Por su parte, doctrinantes como Londoño Restrepo y Álvaro e Izasa (2008), indican que la insolvencia “la constituye el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible.

Propiamente consiste en la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar el importe de las deudas” (p.19).

Bajo el caso sub examine, se tiene que, en el ámbito legal Colombiano, se encuentra en vigor la Ley 1116 del 2006 “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, la cual, en palabras del Jurista Wilches (2008):

Tuvo como principal motivación para su expedición la necesidad de dotar al país de un régimen dinámico, garante y con vocación de permanencia, toda vez que la Ley 550 de 1999 se expidió en un momento de crisis económica y con vocación eminentemente transitoria, y de unificar, en cierta medida, la diversidad de normas existentes en el tema, pues las normas aplicables a los procesos de liquidación obligatoria, de recuperación de personas jurídicas que desarrollaran actos empresariales y el de recuperación de las personas naturales, se encontraban dispersas por apartes en la Ley 222 de 1995 y en la Ley 550 de 1999. (p. 205)

Así las cosas, la necesidad de expedir un régimen compilatorio en el tema de insolvencia empresarial se presentaba como una necesidad inminente, aún más cuando, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional exhortaba a los diversos Estados a acotar la Guía legislativa sobre el Régimen de Insolvencia, materializada en la Ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, en la cual se resalta que:

Para todo Estado, el hecho de disponer de un régimen de la insolvencia sólido y eficaz es importante para prevenir o limitar las crisis financieras y facilitar la solución rápida y ordenada de situaciones de endeudamiento excesivo. Tal régimen puede facilitar la reasignación ordenada de recursos financieros de empresas que no son viables canalizándolos hacia actividades más eficientes y rentables; ofrecer incentivos que no solamente alienten a los empresarios a invertir, sino que también animen a los directivos de empresas fallidas a adoptar a tiempo medidas para hacer frente a la quiebra y mantener los puestos de trabajo; reducir el costo de los negocios, y aumentar la oferta de crédito. El análisis comparativo de la eficacia de los regímenes de la insolvencia se ha convertido en una práctica habitual y esencial a efectos de la concesión de un préstamo, y afecta a los Estados a todos los niveles del desarrollo económico. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2004)

Aunado a lo anterior, el país atravesaba nuevamente por una situación de incertidumbre en materia fiscal y económica, por lo que en la Ley en mención, los legisladores establecieron como fines: la Negociabilidad, Eficiencia, universalidad, Reciprocidad, igualdad, Información, y Gobernabilidad económica, en concordancia el Artículo 333 constitucional y los fines esenciales del Estado como lo son: la estabilidad económica, la defensa del bien común y el fomento del empleo, sin embargo y pese a sus virtudes, los análisis doctrinales y académicos emprendidos, reflejan inconsistencias estructurales que repercuten en la materialidad .

Por lo anterior, es menester implementar un análisis académico – legislativo que permita actualizar y ampliar el sentido del Régimen de Insolvencia imperante, con el fin de vislumbrar la concreción de los fines del Estado y el articulado constitucional, aún más cuando en medio de crisis fiscal y económica provocada por la Pandemia del Sars- Cov- 2, de acuerdo con la información reportada por la Superintendencia de Sociedades, se evidencia que:

 El número de sociedades en riesgo de insolvencia sería de 2.676, si el PIB se ubicaba en un -1,9%, equivalente al 17,8% de la muestra, y de 5.553, si el PIB se ubicaba en -7,7%, equivalente al 38% de la misma. (Superintendencia de Sociedades, 2020, párr. 2)

# Capítulo I: Generalidades del Régimen de Insolvencia Empresarial

El Régimen de insolvencia empresarial en Colombia, es comprendido como un compendio legislativo que sustento su creación, en el propósito de actualizar y por ende sustituir la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999, las cuales, a juicio de la Comisión redactora (2006) eran estáticas y propiciaban inconvenientes tales como: la extrema complejidad, demora del proceso liquidatario, la dilación y la proliferación del mismo, en tanto que, de acuerdo con la Exhibición de motivos proyecto de Ley 1116 de 2006 se buscaba generar un régimen unificado dinámico, garante constitucionalmente y con vocación de permanencia, inspirado en la Ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Pese a lo anterior, para entender en un sentido holístico el Régimen de insolvencia empresarial, es necesario conocer los antecedentes históricos y el contexto en el ámbito colombiano, dado que, los motivos fundantes de la creación de la misma es la forma de evaluar la eficacia y eficiencia de la normatividad en mención.

## 1.1. Antecedentes y contexto del Régimen de Insolvencia en Colombia

La Sentencia de Constitucionalidad 006 del 2018, sintetiza los antecedentes históricos y el Contexto del Régimen de Insolvencia en Colombia, en cuatro etapas, concretizados a mutuo propio en la siguiente línea cronológica, a efectos de lograr mayor claridad conceptual.

**Tercera etapa**

**Primera etapa**

**Segunda etapa**

Énfasis en la protección a los acreedores y la sanción al deudor, regida por el **Decreto 750 de 1940**, en el que se establecía el régimen de quiebra con el fin de dar seguridad al crédito, a través de la celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota y de un régimen severo con el deudor que incluso presume su culpa, lo inhabilita comercialmente y castiga penalmente todo acto de negligencia o engaño.

(Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

De protección a la empresa, se dio bajo los principios de la **Constitución de 1991, con las Leyes 222 de 1995 y 550 de 1999. La Ley 222 de 1995** constituye, para parte de la doctrina, un paso fundamental en el proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por los procedimientos concursales, incluyendo el trámite de liquidación obligatoria, que busca satisfacer el pago de obligaciones con los bienes que estén en cabeza del deudor. En la referida ley se consolida la finalidad de protección a la empresa como fuente de empleo y explotación económica.

(Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

Transición hacía la protección de la empresa, bajo la égida de los **Decretos 2264 de 1969** y el **Decreto 410 de 1971**, que abandona la postura severa contra el deudor y avanza en la protección la empresa. El 29 de Mayo de 1969, luego de 29 años de vigencia, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad del **Decreto 750 de 1940**, argumentando que fue promulgado excediendo las competencias que la Ley 54 de 1939 había dado al gobierno.

(Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

Consolidación normativa del régimen de insolvencia, con la protección de la empresa como criterio prioritario y la par conditio creditorum como principio estructural. Como resultado de la pérdida de vigencia de **la Ley 550 de 1999**, de la necesidad de un régimen de insolvencia y de las experiencias logradas con la normatividad que el país había tenido en la materia, se expidió la **Ley 1116 de 2006** con la finalidad de contar con un régimen permanente y unificado para “la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de Liquidación judicial.

(Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

**Cuarta Etapa**

*Nota:* La Figura 2 demuestra las Etapas del régimen de insolvencia. Elaboración propia.

Aunado a lo anterior, autores como Carbonell O´brien en su libro denominado “Régimen Concursal Colombiano”, analiza la historia del Derecho concursal, en tres etapas significativas, las cuales son las siguientes:

(i) Etapa punitiva (1940 – 1969): Esta se caracteriza por la criminalización objetiva de la situación de insolvencia del comerciante; (ii) Etapa intervencionista (1969 – 1995): Donde hubo una excesiva intromisión del Estado colombiano en los procesos concursales; y (iii) Etapa de apertura (1995 – hasta la actualidad): Esta fase del derecho concursal colombiano, que con algunos matices aún sigue hasta hoy, comenzó con la expedición de la nueva Constitución colombiana de 1991, pero se concretó con la Ley No 222 de 1995. (Carbonell, 2019, pp 151 -152)

## 1.2. Antecedentes de la Expedición de la Ley 1116 del 2006

Respecto al cauto momento, que denota la expedición de la Ley 1116 del 2006, es pertinente indicar que:

El Gobierno Nacional sometió a consideración del Congreso de la República, un proyecto que resultaba de las experiencias normativas anteriores, sumadas a las preocupaciones e intereses de los partícipes de estos procesos. El proyecto presentado establecía un régimen de insolvencia unificado, con vocación de permanencia, en el que se diseña un proceso ágil y acorde con los principios de la Constitución económica y con la normatividad comercial colombiana e internacional. A este respecto, la exposición de motivos de la Ley 1116 de 2006 sostiene: “adicionalmente, la propuesta incorpora al ordenamiento jurídico colombiano, la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). (Corte Constitucional, sala plena, C-006, 2018)

Así las cosas, varios doctrinantes, entre ellos Wilches (2008), han manifestado que:

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

 Con base en lo anterior, se decidió trabajar en la expedición de un nuevo régimen de insolvencia, que sufrió muchos cambios desde el inicio de la formulación del primer anteproyecto hasta la expedición de la Ley 1116 de 2006. (Wilches, 2008, p. 205)

## 1.3. Generalidades de los procedimientos que regula la Ley 1116 del 2006

Con la Ley 1116 de 2006 se busca regular tres procesos de reorganización, liquidación judicial e Insolvencia Transfronteriza.

En ese orden, se procederá a realizar una explicación concreta, sobre las principales generalidades de los procesos en mención, basados en la Ley1116 de 2006 y la Guía de preguntas frecuentas expedida por la delegatura de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades.

### ***1.3.1. Proceso de reorganización***

|  |
| --- |
| **Proceso de Reorganización** |

|  |  |
| --- | --- |
| ¿Cuál es el objetivo reorganización? | El propósito fundamental es dotar al deudor de herramientas de tipo legal, financiero, administrativo y técnico, para que pueda superar las crisis financieras presentadas y de esta forma pueda dar continuidad a su objeto social. |
| Autoridades competentes | * La Superintendencia de Sociedades.
* Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor.
 |
| Legitimación por activa | * El deudor.
* Acreedores
* De oficio
 |
| ¿Requiere de un Profesional del Derecho para presentar la solicitud? | No requiere de un profesional del Derecho para presentar la solicitud, por lo que puede presentarse de forma directa por el peticionario. |
| ¿Cuándo presentar solicitud para el proceso de reorganización? |  De acuerdo con la norma sustantiva que regula el proceso en mención, solamente se puede presentar cuando se materialice la cesación de pagos por parte del deudor. |
| ¿Cuándo está en cesación de pagos? | De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1116 del 2006, el deudor se encuentra en cesación de pagos, cuando se concretice alguna de las siguientes causales:* Incumplimiento de pago por más de 90 días de 2 o más obligaciones contraídas en desarrollo de su actividad.
* Cuando tenga al menos 2 demandas de ejecución de obligaciones.
 |
| ¿Qué se entiende por Incapacidad de pago inminente? | La Incapacidad de pago inminente es una figura jurídica que desarrolla el concepto de Cesación de pagos, en la cual se corrobora la incapacidad del deudor para asumir sus obligaciones, debido a la ocurrencia de circunstancias graves que afectan el cumplimiento de la misma. |
| Procedimiento | Se encuentra regulado en los artículos noveno al cuarenta y seis de la Ley 1116 del 2006. |
| Solicitud  | De acuerdo la Ley 1116 del 2006, en su artículo trece (13), a la solicitud deberá anexarse los siguientes documentos:* 5 estados financieros básicos correspondiente a los 3 últimos ejercicios (dictámenes respectivos si existen). Contador Público o Revisor Fiscal.
* 5 estados financieros con corte al último día calendario del mes anterior. Contador Público o revisor fiscal.
* Inventario de activos y pasivos con corte al último día calendario del mes anterior. Contador público o revisor fiscal.
* Memoria explicativa de las causas generadoras que lo llevaron a la situación de insolvencia.
* Flujo de Caja para el pago de obligaciones.
* Plan de negocio de reorganización del deudor, que contemple los amitos de reestructuración financiera, organizacional y operativa y de competitividad.
* Proyecto de calificación y graduación de los créditos debidos a los diversos acreedores.

(Ley 1116, 2006, art 13) |
| ¿Cuándo se admite la solicitud? | De acuerdo con el artículo catorce (14) de la Ley sub examine, el Juez del concurso procederá a la verificación de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo trece de la Ley en mención y aceptará la solicitud dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la misma. |
| ¿Cuándo se inadmite? | La ley sub examine provee que, en prevalencia de los Principios orientadores del Régimen de Insolvencia Empresarial, ante la falta de información la autoridad competente requerirá por escrito al solicitante para que dentro de los diez (10) días siguientes subsane y por tanto complemente lo que le haga falta o justifique lo necesario. Aunado a lo anterior, es menester indicar que el requerimiento del Juez concursal interrumpe los términos, por el plazo determinado para la subsanación. |
| ¿Cuándo se rechaza? | La Ley 1116 del 2006 establece que la solicitud será rechazada cuando, una vez dado el término para subsanar por parte del Juez del Concurso, el solicitante no responda de forma oportuna o de acuerdo con lo solicitado.  |
| Aspectos relevantes del proceso de reorganización | A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse, ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro contra el deudor.* Los procesos de ejecución que hayan comenzado antes del proceso de reorganización, deberán remitirse para que sean incorporados al trámite.
* Las excepciones de mérito quedarán pendientes de decisión, que serán tramitadas como objeciones y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse.
 |

*Tabla 1.* Proceso de reorganización. Fuente: Superintendencia de Sociedades, delegatura de Insolvencia (s.f) recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/Servicio\_Ciudadano/Documents/preguntas%20frecuentes%20insolvencia.pdf

### ***1.3.2. Liquidación judicial***

|  |
| --- |
| **Liquidación judicial** |

|  |  |
| --- | --- |
| ¿Cuál es el objetivo de la liquidación judicial? | Tiene como propósito la Liquidación de la empresa en aplicación del criterio de eficacia, buscando el aprovechamiento de patrimonio del deudor en el menor tiempo y de forma ordenada. |
| Autoridades Competentes. | * Juez Civil del Circuito
* Superintendencia de Sociedades
 |
| ¿Cuándo procede? | Se inicia por:“1. Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999.2. Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la presente ley.”. (Ley 1116, 2006, art 47) |
| ¿Quiénes tiene la legitimación activa para pedir la apertura del proceso de liquidación judicial? | De acuerdo con el artículo cuarenta y nueve (49) de la Ley 1116 del 2006. Se encuentran legitimados por activa los siguientes:* El deudor
* Acreedor en conjunto con el deudor, cuando la petición esté acompañada por un número plural de acreedores titulares de al menos el 50% del pasivo externo.
* Autoridad o representante extranjero.
* De oficio
 |
| ¿ La Incapacidad de pagoInminente es una causal para iniciar el proceso de liquidación judicial? | No, esta causal se vislumbra de forma exclusiva en el proceso de Reorganización empresarial previsto por la Ley 1116 de 2006. |
| ¿A quiénes corresponde la carga procesal de presentar los créditos en el proceso de liquidación judicial? | De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, los acreedores, cualquiera sea su naturaleza, tienen la carga de presentar la prueba de la existencia y cuantía de su obligación ante el liquidador, dentro de los veinte (20) días siguiente a la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial.(Fuente: Superintendencia de Sociedades(s.f) recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/Servicio\_Ciudadano/Documents/preguntas%20frecuentes%20insolvencia.pdf) |
| ¿Cuáles son las etapas básicas del proceso de liquidación judicial? | a. Apertura del procesob. Presentación de créditosc. Presentación del proyecto de calificación y graduación de créditos e inventario valorado debienes por parte del liquidadord. Enajenación de activose. Pago de acreencias mediante la adjudicación de bienesf. Ejecución del acuerdo de adjudicación de bienesg. Presentación de la rendición final de cuentash. Terminación del proceso. |
| ¿Cuáles son los documentos que deben remitirse con la solicitud de apertura del Proceso de liquidación judicial? | Según el parágrafo segundo (2) del artículo cuarenta y nueve (49)de la Ley 1116 de 2006, son las siguientes:a. Los cinco (5) estados financieros básicos correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios y Los dictámenes respectivos, si existieren, suscritos por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.b. Los cinco (5) estados financieros básicos, con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.c. Un estado de inventario de activos y pasivos con corte a la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado, suscrito por contador público o revisor fiscal, según sea el caso.d. Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia.(Ley 1116, 2006, art 49, parágrafo 2) |
| ¿Cuáles son los efectos de la apertura del proceso de Liquidación judicial inmediata? | De acuerdo con el artículo 50 de la Ley sub examine (2006) los efectos de la apertura del proceso liquidación se pueden concretizar de la siguiente forma.* Disolución de la Persona jurídica
* Cesación de funciones tanto en los órganos sociales como fiscales.
* Separación de los administradores.
* Terminación de contratos de tracto sucesivo y por ende procede el respectivo reconocimiento y pago de liquidaciones laborales a los trabajadores de acuerdo con la normativa enunciada en el Código Sustantivo del Trabajo.
* Finalización de pleno derecho de los encargos Fiduciario y contratos de fiducia mercantil celebrados con los acreedores.
* Interrupción del termino de prescripción e inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor o contra sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación judicial.
* Exigibilidad de todas las obligaciones a nombre del deudor.
* Por último, se resalta la prevalencia en la aplicación de las normas que regulan el proceso de liquidación judicial, sobre cualquier otro.

 (Ley 1116, 2006, art 50) |
| ¿Qué sucede si el proceso de liquidación está terminado, y aparecen nuevos bienesdel deudor? | El artículo 64 de la Ley 1116 de 2006 establece que si después de terminado el proceso de liquidación judicial, aparecen nuevos bienes del deudor o en caso de que hubieren dejado de adjudicarse bienes inventariados, habrá lugar a la reapertura del proceso para la readjudicación entre los acreedores insolutos, en el orden estrictamente establecido en la calificación y graduación de créditos.(Fuente: Superintendencia de Sociedades(s.f) recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/Servicio\_Ciudadano/Documents/preguntas%20frecuentes%20insolvencia.pdf) |
| ¿Cómo finaliza el proceso de liquidación judicial? | En concordancia con el articulo sesenta y tres (63) de la Ley 1116 del 2006, el Proceso de Liquidación Judicial finaliza una vez, se encuentre ejecutoriada la providencia de reorganización y/o por la Celebración de un acuerdo de reorganización. (Ley 1116, 2006, art 63) |

*Tabla 2. Liquidación judicial*. Fuente: Superintendencia de Sociedades (s.f) recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/Servicio\_Ciudadano/Documents/preguntas%20frecuentes%20insolvencia.pdf

### ***1.3.3. Insolvencia transfronteriza.***

|  |
| --- |
| **Insolvencia Transfronteriza** |

|  |  |
| --- | --- |
| ¿Cuál es el propósito? | De conformidad con la Ley 1116 del 2006, busca:1. Regular la cooperación entre las autoridades competentes de la República de Colombia y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza.2. Crear un mecanismo que dote de mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones.3. Propender por una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluidos el deudor.4. Garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor.(Ley 1116, 2006, art 85) |
| ¿Cuándo se aplica? | Aplica, en los casos en que:1. Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relacióncon un proceso extranjero, o2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o3. Estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en laRepública de Colombia, o4. Los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. (Ley 1116, 2006, art 86) |
| En caso de un conflicto entre la Ley 1116 del 2006 y un Tratado ¿Cuál prevalece? | El artículo ochenta y ocho 88 de la Ley sub examine prevé, que en este caso prevalece las disposiciones del Tratado o Acuerdo. |
| ¿Cuál es la autoridad competente? | De acuerdo con el Articulo ochenta y nueve (89) de la Ley materia de estudio, la autoridad competente para tramitar dicho proceso es la Superintendencia de Sociedades y los Jueces Civiles del circuito y municipales del domicilio principal del deudor. (Ley 1116, 2006, art 89) |
| ¿Es posible que en virtud del Orden público se niegue una medida de insolvencia Transfronteriza? | Sí es posible, de acuerdo con el artículo noventa y uno (91) de la Ley 1116 del 2006, en el caso en que el Estado Colombiano denote que una medida de insolvencia Transfronteriza infringe el Orden público.Al respecto es pertinente indicar que, la Corte Constitucional (2013) ha definido al Orden Público como: “el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”. (Corte Constitucional Colombiana, sala plena, C-435, 2013) |

*Tabla 3. Insolvencia transfronteriza.* Fuente: Superintendencia de Sociedades

# Capítulo II: De los Principios que rigen la Ley 1116 del 2006

De conformidad con lo expuesto por el jurista y filósofo Alemán Alexy, los Principios son:

 Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios **son mandatos de optimización**. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa. (Alexy. 1993, pp. 86-87).

Por lo anterior, los Principios son entendidos como máximas de interpretación, mandatos de optimización y/o criterios de validez material que hacen posible la realización del contenido en el sentido formal y material, a partir del sentido armónico del ordenamiento Jurídico.

Ley 1116 de 2006, en el artículo cuarto, prevé los Principios que orientan el Régimen de insolvencia, los cuales son los siguientes:

* Universalidad
* Igualdad
* Eficiencia
* Información
* Negociabilidad
* Reciprocidad
* Gobernabilidad económica.

 Los mandatos de optimización en mención, tienen como propósito alcanzar las finalidades de la norma, razón por la cual su aplicación implica analizarlos de forma conjunta, pues se encuentran relacionados entre sí, sin embargo, conforme a la Jurisprudencia se destacan los principios de Universalidad, Igualdad y Oficiosidad, sobre los que se hará un análisis más profundo en el presente trabajo.

Lo anterior, en concordancia con lo expuesto en la Sentencia de Tutela 149 del 2016, donde se indicó desde la óptica pretoriana que:

Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como par conditio omnium creditorum.

(…) Es evidente que todos los procedimientos legales deben ser respetados, en virtud del carácter general y abstracto de la ley; sin embargo, en el caso de los concursos de acreedores, esta exigencia hace parte de la naturaleza del proceso, pues si se toma en cuenta la limitación patrimonial que se enfrenta al iniciarse una liquidación obligatoria, la posibilidad de que algunos acreedores persigan sus intereses por vías privilegiadas, o la flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los términos procesales, implicaría una afectación del conjunto de acreedores, particularmente de los más vulnerables, que suelen ser trabajadores y pensionados. (Corte Constitucional Colombiana, sala cuarta de revisión, T-149, 2016)

## 2.1. Principio de Universalidad

La Ley 166 del 2006 en el numeral primero del artículo cuarto define el Principio de Universalidad en el siguiente sentido: “La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación”. (Ley 166, 2006, art. 4).

Al respecto doctrinantes como García (1997) refiere que:

El principio de universalidad se extiende en dos direcciones básicas: la primera es una manifestación desde el punto de vista subjetivo, integrándose con el principio de colectividad, es decir, con la participación de todos los acreedores del concursado, sin exclusiones ni excepciones, en base al concepto de distribución de las pérdidas y ganancias en igual medida. La segunda, desde una óptica objetiva, hace que la universalidad permita formar la masa activa, con la integración del patrimonio del deudor, universalidad que no sólo abarca el presente, sino también el pasado y el futuro de ese patrimonio. (pp. 38-39)

Por su parte, el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal relaciona que la Insolvencia puede ser vista a partir de su tipología, está es Objetiva y Subjetiva:

Este principio ha sido conocido también como colectividad o plenitud y en virtud de todos los acreedores del deudor, están llamados a formar parte del concurso a intervenir en él como el Único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias. Bajo esta consideración, todos los acreedores están llamados a formar parte del concurso, a comparecer en él, a intervenir y a enfrentar consecuencias legales adversas por el incumplimiento de su carga. El llamamiento que la Ley hace se predica de todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de su obligación, el monto, la clasificación legal que le corresponde y si cuentan o no con garantías. (Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, 2012, p. 115)

Respecto a la subjetiva

 Este principio es la respuesta o el equivalente al anterior, y realiza la regla según el cual el patrimonio es prenda común de los acreedores del deudor fallido. Es decir, si el concurso involucra todos los acreedores del deudor y éstos por consiguiente pierden el derecho de ejecución individual o separada, en contraprestación, los acreedores cuentan un respaldo, consistente en que todo el patrimonio del deudor y no una parte de él está comprometido, involucrado y resguardado en el proceso. (Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, 2012, p. 115)

El último es una manifestación concreta de la aplicabilidad del artículo 2488 del Código Civil Colombiano.

En conclusión, tal y como lo relaciona la Superintendencia de Sociedades (2015), el Principio de Universalidad implica de manera sucinta entender que, la totalidad de los bienes del deudor, quedan vinculados al proceso de insolvencia de igual manera que sus acreedores, en concordancia con los principios de Igualdad y equidad frente a los acreedores concurrentes.

### ***2.1.2. Postura de la Corte Constitucional***

La honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha desarrollado de forma pretoriana la definición, alcances y límites del Principio de Universalidad derivado del Régimen de Insolvencia, donde ha relacionado lo siguiente:

En la Sentencia T-079 de 2010, la Corte Constitucional se manifestó sobre la prevalencia de los Principios de Universalidad e Igualdad, señalando que:

Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como par conditio omnium creditorum. De acuerdo con el primer principio, todos los bienes del deudor conforman una masa patrimonial que se constituye en prenda general de garantía de los acreedores; correlativamente, los acreedores establecen una comunidad de pérdidas, lo que significa que sus créditos serán cancelados a prorrata, o en proporción a las posibilidades económicas, una vez realizada la venta de los bienes del deudor (…). (Corte Constitucional Colombiana, sala novena de revisión constitucional, T-079, 2010)

En la sentencia de Tutela 149 del año 2016, la Corte Constitucional concluye que:

Implica no sólo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatario una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se traten de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante proceso ejecutivo. (Corte Constitucional Colombiana, sala cuarta de revisión constitucional, T-149, 2016)

En esa misma línea, en Sentencia de Constitucionalidad 006 de 2018, a partir de la interpretación extensiva, refirió los preceptos que engloba el Principio de Universalidad, en estricta concordancia con lo estipulado en el numeral 1 del artículo cuarto de la Ley 116 del 2006, los cuales son los siguientes:

ii) Todos los creedores se entienden vinculados al proceso;

iii) A todos los interesados se les notifica sobre la apertura del trámite;

iv) Para atender los derechos litigiosos se ordena una provisión; y,

v) El acreedor insatisfecho con el tratamiento que se le está dando, puede objetar la calificación y graduación de los créditos aportando la correspondiente prueba sumaria si ello fuere necesario. (Corte Constitucional Colombiana, sala plena, C-006, 2018)

De igual forma, la Corte Constitucional (2018) en la Sentencia en mención, enfatizó en la importancia de los principios de Igualdad y Universalidad en el Régimen de insolvencia, en tanto son criterios de optimización que permiten la efectividad del “par conditio creditorum”, en el sentido de, integrar en el mismo trámite todos los bienes del deudor y responder con ellos a todos los acreedores, en un plano de igualdad, para procurar la mejor solución para la persona insolvente, así como para todos los que concurren al pago de sus deudas. (Corte Constitucional Colombiana, sala plena, C-006, 2018)

De este recuento Jurisprudencial, es pertinente concluir que, la posición uniforme de la Corte Constitucional se sustenta en la primacía del Principio de Universalidad y de la Igualdad como parte fundamental del par conditio creditorum dentro del proceso concursal, lo que en palabras de la misma Corporación (2018) también engloba:

Los efectos procesales que implementan dicho principio como el *fuero de atracción* y la unidad normativa, los cuales resultan coherentes con el principio y derecho constitucional de igualdad, por cuanto permiten englobar todos los bienes y deudas del deudor, y responder en igualdad de condiciones a todos los acreedores, sin perjuicio de la prelación de créditos que establece la ley. (Corte Constitucional Colombiana, C-006, 2018)

## 2.2. Principio de Igualdad

La Ley 166 del 2006 en el numeral segundo del artículo cuarto define al Principio de Igualdad en el siguiente sentido: “Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias”. (Ley 166, 2006, art. 4).

Al respecto juristas como Cuello (2018) refieren que, el Principio de Igualdad se ve subsumido en la alocución latina “Par Conditio Creditorum” la cual significa -igual de condición de crédito-, el cual, es un principio fundamental en los procesos concursales, que tiene como finalidad otrogar un tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores que recurren al proceso concursal.

En ese orden, Cuello (2018) refiere que: “De acuerdo con su finalidad, este principio busca la satisfacción a prorrata (proporcional) de los derechos de los acreedores, respetando la respectiva posición preferencial que tengan los mismos en virtud de la ley” (p.14).

Aunado a lo anterior, doctrinantes como Munive y Pampillo, en su texto sobre el Derecho Concursal relacionan que:

El principio de igualdad de trato entre acreedores no implica que en el concurso mercantil deban tratárseles por igual. Par Conditio Creditorum se basa en el axioma jurídico siguiente: mismas causas mismas consecuencias, iguales supuestos normativos, mismos efectos jurídicos. Resulta así, que la igualdad de trato entre los acreedores se determina por la situación jurídica en que se encuentra cada acreedor, esto es, por la actualización de la hipótesis normativa en que se coloque cada acreedor y se cumple trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. (Munive y Pampillo, 2012, p.68)

Así las cosas, el legislador opto por brindar igualdad a los acreedores que recurran al proceso concursal, en aplicación del Par Conditio Creditorum, sin embargo, y en aras de dar aplicación al sentido armónico del ordenamiento Jurídico, aplica un trato desigual a los acreedores que recuren al proceso amparados por la prevalencia de Créditos, en ese sentido, tal y como lo refiere Cuello (2018) “los acreedores que conforman una determinada clase de crédito serán tratados en igualdad de condiciones, mientras que acreedores de distintas clases de créditos serán tratados de manera diferente”(p.15).

Al respecto, a efectos de lograr mayor claridad conceptual, es menester indicar que, la prelación de créditos se encuentra reglamentada en el Código Civil Colombiano, donde se relacionan los órdenes o grados de prelación o satisfacción de pago de las acreencias de acuerdo con lo señalado en el artículo 2495 y siguientes de la Ley 57 de 1887.

Respecto al origen de los órdenes o grados de prelación, Sotelo (2018) relaciona:

Estas excepciones, además de ser una inclusión de política legislativa, se fundamenta en dos factores: (i) El primero, relacionado con la concurrencia de más de un acreedor al momento de exigir el cumplimiento de las obligaciones pendientes del deudor y; (ii) El segundo, relacionado con la insuficiencia patrimonial de este para atender la totalidad de sus obligaciones a tiempo. La concurrencia de estos factores implicó el nacimiento de lo que se conoce como “prelación legal de créditos”, en virtud de la cual se dispone un orden legal para efectuar el cumplimiento de estas. En ese sentido, al coexistir en un mismo momento varias obligaciones ya exigibles e insuficiencia patrimonial para atenderlas en su totalidad, el ordenamiento jurídico vio la necesidad de implementar un orden de prelación en el pago de las acreencias de un deudor, cuyo desconocimiento acarrea una infracción legal. Tal prelación se encuentra establecida en el título XL del Código Civil. (Sotelo, 2019, p.28)

Por su parte, el Doctrinante Tonon (1989) en su libro Derecho Concursal tomo I, desde una óptica inminentemente jurídica identifica que:

Se trata de que los acreedores soporten las pérdidas equitativamente, a prorrata, en proporción a sus respectivos créditos. A los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario en la distribución de las pérdidas, principio que se suele enunciar con la expresión latina “par conditio creditorum”. (Tonon, 1989, p.29)

El doctrinante Sotomonte (2005) respecto al Principio de Igualdad refiere que:

La primera consecuencia de la igualdad, como lo es el sobreseimiento del principio de “Primero en el tiempo primero en el derecho” esto es, el orden cronológico o temporal en el que se hayan contraído o causado las obligaciones a cargo del deudor pierde relevancia, pues sin importar las fechas, la existencia de medidas cautelares sobre los bienes del concursado anteriores a la apertura del concurso, etc., todos y cada uno de los acreedores serán tratados de la misma forma, con iguales derechos, cargas y obligaciones. (Sotomonte, 2005, p.112)

Tal y como lo describe Rodríguez (2007) citado por Sotomonte (2005) el principio de igualdad, no es otra cosa que el deber de los acreedores de soportar en el mismo grado y en la misma intensidad de las pérdidas del patrimonio del concursado, así como el deber de someterse al igual que todos los demás las reglas de concurso. (p. 112)

En conclusión, el principio de igualdad se vislumbra como una máxima de interpretación y como derecho que permite la materialización tanto de la Universalidad subjetiva como del par conditio creditorum en el procedimiento reglado por el Régimen de insolvencia Empresarial, en tanto coloca al acreedor que tiene una misma clase de crédito en iguales condiciones, con el fin que ejerzan sus derechos, sin embargo, prevé como forma de materializar la igualdad material consecuente con el sentido armónico y coordinado del ordenamiento jurídico, el trato desigual en el caso de que los acreedores ostenten créditos que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la prelación o prevalencia de créditos.

### ***2.2.1. Postura de la Corte Constitucional***

La honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha desarrollado de forma pretoriana la definición, alcances y límites del Principio de Igualdad derivado del Régimen de Insolvencia, donde ha relacionado lo siguiente:

La Sentencia de Tutela 079 del 2010, establece que:

El principio de igualdad entre acreedores, por su parte, establece que todos los interesados deben hacerse parte dentro del proceso concursal, respetando de forma rigurosa los procedimientos, recursos y cargas previstas por el legislador para la participación en el concurso. Es evidente que todos los procedimientos legales deben ser respetados, en virtud del carácter general y abstracto de la ley; sin embargo, en el caso de los concursos de acreedores, esta exigencia hace parte de la naturaleza del proceso, pues si se toma en cuenta la limitación patrimonial que se enfrenta al iniciarse una liquidación obligatoria, la posibilidad de que algunos acreedores persigan sus intereses por vías privilegiadas, o la flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los términos procesales, implicaría una afectación del conjunto de acreedores, particularmente de los más vulnerables, que suelen ser trabajadores y pensionados. (Corte Constitucional Colombiana, sala novena de revisión constitucional, T-079, 2010)

En la sentencia de Constitucionalidad 006 del 2018, la Corte analiza los cambios que trajo consigo la expedición de la Ley 1116 del 2006, en los que se resalta que:

(i) Establece como principio estructural del proceso las condiciones de igualdad entre todos los acreedores. (…), que implica un “tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias”. Además, para articular estos principios establece, en el proceso liquidatario, el fuero de atracción para que todos los procesos de ejecución adelantados contra el deudor queden incorporados y se sometan a la suerte de la liquidación, la no prejudicialidad respecto del proceso de insolvencia y otros procesos en curso, para evitar que las dilaciones y desigualdades que pueda causar la suspensión en espera de otras decisiones judiciales. (Corte Constitucional Colombiana, sala plena C-006, 2018)

En ese orden de ideas en la Sentencia de Constitucionalidad 237 del 2020, relaciona que:

La igualdad, según ha quedado señalado, constituye uno de los ejes de las legislaciones concursales. En efecto, con fundamento en el principio de igualdad -sin perjuicio de las reglas de preferencia o prelación- los acreedores concurren al proceso a fin de obtener el reconocimiento de sus derechos y, en la proporción que corresponda, a participar en la votación del acuerdo. Esa protección, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, es una manifestación no solo de la cláusula general de igualdad (art. 13) sino también del debido proceso (art. 29) y de la protección de la propiedad privada (art. 58). Se trata, asimismo, de una expresión concreta de democracia económica en tanto hace posible que los acreedores participen efectivamente en las decisiones que los afectan (art. 2). (Corte Constitucional Colombiana, sala plena, C-237, 2020)

### ***2.2.2. Decisiones que amparan a grupos de acreedores de especial protección legal o constitucional en virtud del principio de la Igualdad***

Autores como Cuello (2018) han analizado que la Corte Constitucional en el desarrollo de sus competencias han tomado Decisiones que amparan a grupos de acreedores de especial protección legal o constitucional en virtud del principio irradiador de la igualdad, de la siguiente forma:

Dentro de este grupo de decisiones se destacan las que protegen el derecho fundamental al “mínimo vital” de ciertos acreedores en situaciones especiales. En algunos de estos casos la Corte ha aplicado criterios de interpretación constitucional para ajustar los órdenes de prelación de créditos establecidos en el Código Civil y adecuarlos a las exigencias de la Carta. Aquí se encuentran las decisiones en las que la Corte Constitucional ha determinado los alcances del principio de la par condicio creditorum. Si bien por regla general la Corte ha exigido que se cumplan con los órdenes de prelación de créditos establecidos en la ley, existen diversos fallos en los que ha admitido excepciones y matices a dichos órdenes.

 Entre las sentencias relevantes en este aspecto se destacan las que protegen el derecho de los sujetos de la tercera edad al pago de sus mesadas pensionales, de los trabajadores al pago de sus salarios, así como al pago de los aportes de la seguridad social, y la especial consideración a las obligaciones alimentarias a favor de los niños dentro de los concursos de persona natural. (Cuello, 2018, p.17)

En ese mismo orden de ideas, señala que, frente al caso concreto de los créditos de alimentos de los adultos mayores, “los ancianos o adultos mayores sufren de manera más intensa la vulneración de sus derechos” lo que impone la adopción de medidas especiales de protección. Ha destacado este tribunal, que en atención a la desigualdad constatada” (Corte Constitucional Colombiana, sala plena, C-237, 2020)

De igual forma, la Corte Constitucional (2002) en sentencia C- 092 del 2002, resolvió que, la prevalencia del interés del menor y por ende los derechos de los niños en virtud del artículo Constitucional, connotan de relevancia jurídica, en ese sentido, las obligaciones relacionadas con alimentos tiene prevalencia sobre los demás créditos de primera categoría.

Así las cosas, la Corte Constitucional (2020), contempla que, el Constituyente secundario del año 1991, incluyo de manera taxativa un mandato de optimización para lograr la Igual real y efectiva, lo que involucra que, el Estado aplique una visión positiva de la igualdad en sentido material, en consecuencia por medio del ordenamiento jurídico se deben establecer acciones positivas hacia grupos históricamente discriminados y marginados, para lograr de esta forma la reivindicación de sus derechos.

## 2.3. Principio de eficiencia

La ley 166 del 2006 en el numeral tercero del artículo cuarto define al Principio de eficiencia como “el aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible”. (Ley 166, 2006, art. 4).

De acuerdo con Carbonell (2019) la eficiencia es entendida como:

(…) Una regla del desarrollo de los negocios contenida en cualquier escenario de insolvencia. Se trata fundamentalmente de optimizar los recursos que componen el patrimonio del deudor para hacerlos rentables en provecho fundamentalmente de los acreedores. Esta regla cobra especial importancia en cuanto a la gestión austera que debe desempeñar el liquidador en el proceso judicial. En esa línea, esta regla exige que frente a los recursos existentes debe darse el mejor aprovechamiento (como en la liquidación judicial que debe ser pronta y ordenada). Pero también, se debe dar una eficiencia frente a la administración de los recursos de acuerdo con la información que se conozca, para procurar la protección del interés de los concurrentes; el aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible (p.164)

De igual forma la Superintendencia de Sociedades (2016) en radicación 2016-01-396770 27/07/2016, indica que, en virtud del Principio de Eficiencia, se debe aprovechar y optimizar los recursos existentes, con el fin de evitar costos innecesarios o reprocesos que de una u otra manera pueda disminuir tangencialmente la prenda general de los acreedores.

Lo anterior, implica impajaritablemente la toma de decisiones debidamente informadas y argumentadas según las circunstancias particulares de tiempo modo y lugar, de modo que, se garantice un adecuado manejo de los activos en liquidación y así evitar las sanciones a que haya lugar.

Así las cosas, lo que se busca es dar una optimización a los recursos que forman el patrimonio del deudor para generar una rentabilidad en provecho de acreedores y empresa.

Por último y de acuerdo con las recomendaciones realizadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

De las recomendaciones realizadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2013) frente al régimen de insolvencia, es que este debe ser resuelto de forma ágil, eficiente y ordenado, con doble objeto por un lado que impida la alteración ilegal de las actividades empresariales, y de otro identificar, conservar y reunir los bienes y darle el mejor uso posible para pagar las deudas.

## 2.4. Principio de Información

La Ley 1116 de 2006 en el numeral cuarto del artículo cuarto define al Principio de información como: “En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso”. (Ley 166, 2006, art. 4).

De conformidad con lo anterior, algunos Juristas han determinado el alcance del Principio en mención, de la siguiente forma:

Un deber del deudor y acreedores de proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso. Asimismo, este derecho implica una pérdida del derecho de intimidad del deudor, como quiera que en la medida en que los acreedores conozcan en detalle su situación económica y financiera podrán adoptar decisiones en uno u otro sentido. (Carbonell, 2019, p.165)

Por último, el Jurista Rodríguez (2019) en su libro “Nuevo Régimen de Insolvencia” refiere que, la información no es solo un principio, si no que por el contrario desde una noción robusta es la reiteración del principio de la necesidad de la prueba debidamente pública y controvertida por las partes, orientada a toda actuación judicial.

Es por ello que, el abogado Rodríguez, hace hincapié que, en el caso particular del proceso de insolvencia, debe ser transparente, dado que, las relaciones comerciales se establecen sobre las bases de la confianza que fomenta el crédito.

## 2.5. Principio de negociabilidad

La Ley 1116 de 2006 en el numeral quinto del artículo cuarto define al Principio de negociabilidad como: “Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor”. (Ley 166, 2006, art. 4).

De conformidad con lo anterior, diversos doctrinantes han interpretado el Principio en mención, de la siguiente forma:

 Aquí se reconoce el carácter patrimonial de los derechos que se discuten dentro del proceso, los que son fundamentalmente negociables, así, tanto los acreedores como el deudor deberán tener en cuenta que la salida más expedita a las situaciones de crisis es negociar, concertar. No obstante, es pertinente resaltar que la negociabilidad no es libre, pues conforme a otras reglas legales las partes gozan de libertad para definir su contenido, como sucede con los créditos de carácter pensional y fiscal. (Carbonell, 2019, p.165)

En conclusión, se resalta la prevalencia y el interés de propiciar la concertación de las partes dentro del proceso que regula la Insolvencia Empresarial, sin embargo, la concertación y la liberalidad de las mismas se debe ceñir a las oportunidades, prohibiciones y restricciones que prevé la normatividad aplicable para el proceso sub examine.

## 2.6. Principio de reciprocidad

La Ley 1116 de 2006 en el numeral sexto del artículo cuarto define al Principio de reciprocidad como: “Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza”. (Ley 166, 2006, art. 4).

Autores como Carbonell (2019) resaltan que: “Este es un postulado de aplicación especial, frente a los demás que se aplican para todo el régimen de insolvencia de forma concurrente, sin excluir que para estos casos especiales concurre tanto este principio como los demás mencionados”.

De conformidad con lo expuesto, un gran número de juristas relacionan que:

Se encuentra ligado directamente en el artículo 85 de la Ley 1116 del 2006 en manifestación clara y expresa de la Guía Técnica de la CNUDMI para la armonización de los procesos de insolvencia colombianos que tengan bienes en el extranjero, o en su defecto, de extranjeros deudores con bienes nacionales. (Torres, s.f, p. 254)

En esa misma línea, Wilches (2009) indica que, en el País, la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional fue acogida en su integralidad en la Ley 1116 del 2006, sin embargo, al ser una incorporación legal foránea, no relaciona de manera explícita parámetros uniformes de los criterios de los cuales debe entenderse internacionalmente cuando un deudor se encuentre en una situación de insolvencia transfronteriza.

## 2.7. Principio de gobernabilidad económica

La Ley 1116 de 2006 en el numeral séptimo del artículo cuarto define al Principio de gobernabilidad económica como: “Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial”. (Ley 166, 2006, art. 4).

Para diversos autores, el principio de gobernabilidad económica implica necesariamente que:

En consecuencia, se trata de implementar en los diferentes órganos de administración de sociedades y empresas en procesos de reorganización, directrices y parámetros claros en la organización del pago de las deudas pendientes a los acreedores, y así, salir de las crisis activando nuevamente la economía.

Por otro lado, el artículo 15, inciso 5 del artículo 37 numeral 4 del artículo 49 de la Lay 116 del 2006 proporcionan a la Superintendencia de Sociedad y, según el caso, al juez Civil del Circuito, la facultad de iniciar el proceso de manera oficiosa. (Torres, s.f, p. 255)

En conclusión, tal y como lo relaciona Carbonell (2019), el principio sub examine en sí mismo, de acuerdo con su naturaleza más que un Principio es la garantía del reconocimiento del contenido económico de los regímenes de insolvencia, por lo que, tiene como propósito, obtener dirección general resumida en la gobernabilidad de la empresa y de esta forma la generación de propuestas y lineamientos para consolidad propuestas de pago a los acreedores y en consecuencia la reactivación empresarial.

## 2.8. Del Principio de Oficiosidad

El Principio de oficiosidad en el Régimen de Insolvencia Empresarial, no se encuentra de manera taxativa en el artículo cuarto de la Ley 1116 del 2006, sin embargo, al realizar un análisis holístico de la norma en cuestión, se encuentra que el mismo, es una máxima de interpretación que orienta el proceso y que se ve de manera suscita desarrollado en el artículo 15 de la Ley en mención.

Así las cosas, el artículo 15 de la Ley 1116 de 2006, establece lo siguiente:

Inicio de oficio. La Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización en los siguientes eventos:

* Cuando una sociedad comercial sometida a su vigilancia o control incurra en la cesación de pagos prevista en la presente ley.
* Como consecuencia de la solicitud expresa de otra autoridad que adelante funciones de inspección y vigilancia de empresas, cuando se cumpla el supuesto de cesación de pagos previsto en esta ley.
* Cuando con ocasión del proceso de insolvencia de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado, la situación económica de la sociedad matriz o controlante, filial o subsidiaria, o de otro patrimonio autónomo, provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas.
* PARÁGRAFO 1o. El Juez Civil del Circuito podrá iniciar de manera oficiosa el proceso de reorganización en el evento establecido en el numeral 2 del presente artículo.
* PARÁGRAFO 2o. Para la iniciación oficiosa del proceso de reorganización, el Juez del Concurso requerirá al deudor en los términos establecidos por el artículo anterior de la presente ley.

(Ley 166, 2006).

Autores como Torre (s.f) sugieren que, la oficiosidad es un principio vertebral en materia del Derecho concursal, considerando que, el competente en el proceso jurisdiccional en aplicación del principio en mención, tiene la facultad de emprender el trámite concursal sin que medie expresamente un requerimiento por parte del deudor o del acreedor, siempre cuando se cumplan con los presupuestos facticos y jurídicos establecidos plenamente en la norma general, adicionalmente, se sustenta como uno de los medios más idóneos para lograr el impulso procesal ante la inactividad de las partes.

En el mismo sentido Satamonte (2005) indica que

Hace referencia a la posibilidad de que un trámite o proceso concursal sea iniciado por la autoridad competente sin que para ello deba mediar solicitud del deudor o de un acreedor. Es así como el juez o la autoridad administrativo (en el caso de algunas legislaciones entre ellas la Colombiana) puede llegar a decretar u ordenar la apertura de un trámite concursal, bien sea liquidatario o recuperatorio, cuando quiera o compruebe la existencia de los supuestos facticos consagrados en la norma concursal. (p.109)

Así las cosas, tal y como lo relaciona Satomonte (2005) en su libro “La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa trans fronteriza unificada”, este principio tiene plena validez y materialidad en las legislaciones en las que los supuestos del inicio del concursos son de carácter objetivos, tal como en nuestra legislación, en la cual la autoridad competente como en este caso Superintendencia de Sociedades puede dar inicio al proceso de insolvencia sin que medie solicitud de parte.

### ***2.8.1. Postura de la Corte Constitucional***

La Corte Constitucional en innumerables ocasiones se ha pronunciado acerca del principio de oficiosidad, sin embargo, en la Sentencia de Constitucionalidad 233 de 1997, se resalta que:

De poco serviría a la Superintendencia de Sociedades estar en condiciones de verificar el estado de las sociedades sometidas a su control si, de otra parte, se le prohibiera proceder a tomar y a aplicar oficiosamente las medidas que, atendidas las circunstancias concretas, estime necesarias, dejando librados la suerte de la empresa y, lo que es más importante, el interés público comprometido, al criterio egoísta del deudor que, dicho sea de paso y en contra de lo afirmado por el actor, ni siquiera en la legislación anterior a la vigente era el único legitimado para provocar la apertura del proceso concursal, ya que, fuera de él, en la ley 44 de 1981 y en el decreto 350 de 1989, se facultaba expresamente a la Superintendencia para iniciar de oficio algunos trámites concordatarios, tal como lo pusieron de presente los intervinientes en la presente causa (Corte Constitucional Colombiana, sala plena, C-233, 1997)

En ese mismo orden de ideas, la Sentencia de Tutela 757 del 2009, estableció que:

A juicio de esta Sala se debe diferenciar entre la oficiosidad que le compete, como se dijo antes, para algunos asuntos propios del proceso concursal, en este caso el liquidatorio obligatorio, de aquellas que de manera oficiosa puede asumir en función jurisdiccional, que constitucionalmente está restringida a asuntos específicos y taxativos ya que se trata de una función excepcional. // Ha de recordarse que a menos que medie un proceso judicial, es decir, que alguna de las partes que interviene en el proceso liquidatario planteen la controversia y con las excepciones legales, entre las que no está la nulidad, la Superintendencia no está facultada para declarar oficiosamente la nulidad de los actos o negocios jurídicos en donde a motu propio advierta irregularidad sustancial, y en caso de hacerlo debe respetar el debido proceso, acudiendo a lo no reglado expresamente sobre el tema, a la analogía en materia comercial o en su defecto acudiendo a las normas del Código Civil o de procedimiento civil, pero sin desconocer que la analogía o remisiones por vacíos legislativos no son causa habilitante de competencia ya que ésta es del resorte exclusivo y de libertad configurativa del legislador. (Corte Constitucional Colombiana, sala tercera de revisión, T-757, 2009)

En conclusión, el Principio de oficiosidad es un criterio de optimización y a su vez una máxima de interpretación que se torna fundamental en el proceso concursal, dado que, el ejercicio del Operador jurídico o de la Autoridad administrativa respectiva, por medio del inicio e impulso procesal, previo análisis de correspondencia de los elementos jurídicos y facticos determinados en la norma sustantiva, se convierte en una garantía indispensable para promover la primacía del interés público y permitir la concreción material de los derechos de las partes.

# Capítulo III: Modificaciones legales introducidas al Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia

En la expedición del Régimen de Insolvencia empresarial, doctrinantes como Wilches (2008) afirman que, las principales modificaciones pueden concretizarse de la siguiente forma:

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

Con esto se quiso dotar a la Superintendencia de Sociedad de funciones judiciales y por lo tanto, facultarlo para fungir como juez de única instancia y con amplias facultades para dirigir, intervenir e impulsar procesalmente.

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

Se buscó unificar bajo un solo régimen los procesos concursales para todas las empresas del País, sin embargo, se excluyeron las entidades que por su naturaleza especial ameritan la aplicación de normas especiales ante los supuestos de insolvencia.

* **Modificación de los supuestos de admisión al proceso de insolvencia**

Aumentaron los requisitos de admisibilidad y de la misma forma, a partir de un análisis riguroso se incluyeron disposiciones relacionadas con los pagos en materia de Seguridad social.

Aunado a lo anterior, respecto a la liquidación, se creó una causal de apertura inmediata cuando se corrobore que no se justifica adelantar un proceso de reorganización.

* **Unificación del procedimiento para decidir objeciones**

Se elimina la pluralidad de procesos contenido en el artículo 26 de la Ley 550 de 1999 y con lo cual, se buscaba unificar el procedimiento en aras de lograr armonía y eficacia de la norma procedimental.

* Retoma la posibilidad existente en la Ley 222 de 1995, de perseguir simultáneamente a terceros garantes.
* Modificación de los efectos de presentación de la solicitud y de admisión al proceso de insolvencia

Se extendieron los efectos de garantía del patrimonio de la empresa insolvente, a partir de la presentación de la solicitud y no a partir de la admisión del proceso concursal.

Al respecto es importante mencionar que, dicha medida ha sido objeto de críticas por parte de diversos autores, en tanto que, algunos resaltan los beneficio de la medida respecto a las garantías y derechos del acreedor, mientras que otros consideran que, es una figura inminentemente fundada en la desconfianza del deudor insolvente, lo que desconfigura los Principios del Régimen de Insolvencia desde el ámbito teleológico.

* **Retorno al control de legalidad previo de los acuerdos celebrados**

En este sentido se incorpora nuevamente la garantía concebida en la Ley 550 de 1999, en el sentido que, el Juez es el funcionario competente para revestir de legalidad los Acuerdos suscritos, previa aprobación.

* **Agilización de la liquidación de las empresas**

Tal y como lo refiere Wilches (2008) :

Este es uno de los cambios más importantes que introdujo el nuevo régimen de insolvencia, pues se creó una figura conocida como el acuerdo de adjudicación, en virtud de la cual, cuando no es posible celebrar un acuerdo de reorganización

o cuando un deudor es admitido al proceso de liquidación judicial, se otorga a los

Acreedores la facultad de determinar por mayorías cómo van a ser adjudicados los Bienes del deudor y, si transcurrido un plazo, no existiere ningún acuerdo sobre el particular, se otorga facultad expresa al juez del concurso para adjudicar los bienes como mejor le parezca, siguiendo unas reglas de adjudicación previstas por la ley, en una decisión que no puede ser objeto de recurso alguno. (p. 208)

* **Asignación de nuevas competencias al juez del concurso**

A grandes rasgos con esta modificación, se le atribuyeron al Juez del concurso procesos que originariamente correspondían a la Justicia ordinaria, optimizando de esta forma el proceso concursal.

* **Inclusión de un régimen de insolvencia transfronteriza**

En virtud del principio de reciprocidad y con base en las disposiciones contenidas en la Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el desarrollo Mercantil, se establece a la insolvencia fronteriza la cual tiene por objeto facilitar la actuación e incentivar la cooperación entre las diferentes autoridades extranjeras.

# Capítulo IV: De los vacíos e inconsistencias estructurales del Régimen de Insolvencia

El Régimen de Insolvencia empresarial acogido por medio de la Ley 1116 del 2006, pese a ser la posible respuesta jurídica compilatoria, ha sido sujeto de varias críticas y cuestionamientos, relacionados especialmente con la existencia de vacíos e inconsistencias estructurales, los cuales se sintetizan de la siguiente forma:

**Alcance limitado del Régimen de insolvencia empresarial**

Varios doctrinantes coinciden en afirmar que, al concebir el Régimen bajo el sentido irrestricto de la insolvencia, limita su campo de acción, en tanto que, etimológicamente la Insolvencia, es definida como:

Concepto bifronte de contenido económico, identificado como el desbalance patrimonial (activo inferior a pasivo) , que en un ámbito jurídico, como presupuesto objetivo del concurso de acreedores, concreta con una insolvencia actual como incapacidad de cumplimiento regular de obligaciones exigibles y , en un momento futuro, con una insolvencia inminente, como incapacidad del deudor de cumplimiento puntal y regular de sus obligaciones. (Real Academia Española, s.f)

Por su parte, doctrinantes como Londoño Restrepo y Álvaro e Izasa (2008), indican que la insolvencia “la constituye el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. Propiamente consiste en la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar el importe de las deudas” (p.19).

Por lo anterior, es que diversos autores, consideran que:

Lo que realmente regulan o deben regular los regímenes de insolvencia son las crisis de las empresas, que no se limitan a la insolvencia de las mismas sino que abarcan más conceptos. En efecto, se dice que la crisis de las empresas abarca, además de la insolvencia, los fenómenos de iliquidez y de cesación de pagos. (Wilches, 2008, p.200)

Lo anterior, con el fin que, realmente el Régimen de insolvencia cumpla con su finalidad de amparar el derecho a la empresa, los empleos y por ende reconozca y garantice los derechos humanos derivados en los que se sustenta dicho Régimen.

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

Tal y como lo refiere Wilches (2008) en su libro denominado “Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo Régimen”, la Ley 1116 del 2006 no contempla la aplicación del Régimen de Insolvencia para personas no comerciantes, lo cual, desde una óptica jurídica no tienen sustento que fundamente la restricción y por ende el no amparo de las personas que ostentan dicha condición, es por ello que, a Corte Constitucional exhorto al Congreso de la Republica por medio de la Sentencia C- 699 del 2007, para que expida un nuevo Régimen universal que aplique para personas no comerciantes, sin embargo a la fecha no se ha realizado convirtiéndose claramente en una omisión legislativa.

**Extensión injustificada de los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización**

Al respecto es importante manifestar que, en concordancia con Wilches (2008), la extensión de efectos desde la solicitud de admisión al proceso no es más que una manifestación de la desconfianza en el empresario insolvente, en tanto que, tales efectos se deben aplicar a partir de la admisión del proceso concursal, ya que si lo que se busca respaladar es el patrimonio de la empresa, para tal fin ya se concebían las acciones revocatorias y de simulación.

**Carencia de la manifestación taxativa de las funciones del promotor de los acuerdos de reorganización**

El actual Régimen adolece de la manifestación clara y expresa de las funciones del promotor de los acuerdos de reorganización, dado que, solo de forma superflua relaciona sus deberes y algunas referencias comunes, sin delimitar legislativamente su campo de acción, lo que, “ha llevado a que no se tenga claridad sobre cuáles son las funciones de los promotores durante la etapa de calificación y graduación de crédito” (Wilches, 2008, p.211).

**No prevé el fracaso de la negociación del acuerdo de reorganización**

La Ley 550 de 1999 en su artículo octavo, preveía el fracaso de la negociación de acuerdo de reorganización como una garantía para los acreedores de dar por terminada la negociación, cuando se considerara que era inviable económicamente la continuidad de la empresa, sin embargo, la Ley no contempla dicha figura, lo que en palabras de Wilches (2008) hace que los acreedores tengan que esperar hasta el plazo del vencimiento de ´lazo para la celebración del mismo.

En conclusión, de un análisis general es posible indicar que tal y como se indicaba en la Introducción es necesario que se realicen análisis estructurales, sobre los alcances y los limitantes del Régimen de insolvencia, con el fin que permita de manera real, dar aplicación en primer lugar, a los fines del Estado, en segundo lugar a la garantía Constitucional establecida en el artículo 333 y en tercer lugar y no menos importante, que propenda por ser un sistema dinámico que responda a las nuevas contingencias con figuras apropiadas, tales como el sentido amplio de la Crisis y no de la Insolvencia.

# Capítulo V- De la Insolvencia en el ámbito del Derecho comparado

La Insolvencia empresarial y la Crisis en el ámbito del Derecho comparado ha sido analizada por diversos doctrinantes, al respecto se realizará un análisis que permita desde una óptica general determinar sus principales aspectos legales en Países pioneros como Chile, Alemania y Francia, lo anterior, basado primordialmente en el análisis de cada una de las legislación de los países en mención y el Articulo denominado “Análisis de derecho comparado en materia concursal de cinco legislaciones” realizado por el jurista Enrique de la Madrid.

##  5.1. Ley de quiebra en Chile

|  |  |
| --- | --- |
|  | Ley de quiebra de Chile |
| Ley | Establecida en la Ley 2070 del 2014 |
| Propósito  | El Ministerio de Economía fomento y turismo de Chile (2015), indica que la Ley tiene como propósito: “fomentar el emprendimiento como motor de la economía, al hacerse cargo de las empresas que dejan de ser viables, permitiendo que los emprendedores vuelvan a surgir, y lleven a cabo nuevos negocios” (p.3) |
| Sujetos de aplicación | Permite que las empresas y personas naturales puedan declararse en quiebra. |
| Autoridad competente  |  Superintendencia de insolvencia y reempredimiento(Artículo 332) |
| Generalidades del proceso | * **Para las empresas** se Sigue el tramite denominado: “Procedimiento concursal de reorganización y procedimiento concursal de liquidación”.

**-El proceso Concursal de reorganización,** se tramita en cuatro meses y tiene como propósito conseguir un acuerdo viable entre deudores y acreedores.**-** Se resalta en el proceso la protección financiera al deudor, por medio de medidas tales como: la suspensión de ejecuciones individuales y medidas de cautelares.-**El proceso liquidatario**Se realiza en plazo máximo de 12 meses. La solicita el acreedor, el deudor en su defensa puede presentar un proyecto de reorganización, si no hay acuerdo se nombra un liquidador, se verifican los créditos y se procede a la venta de los bienes. * **Para personas naturales** se surte bajo el trámite del “Procedimiento concursal de renegociación de persona deudora y procedimiento concursal de liquidación de persona deudora”.

-El procedimiento Concursal de renegociación de persona deudora se tramita en 105 días, se determina el pasivo y se procede a la renegociación. - El procedimiento concursal de liquidación puede ser forzado o voluntario. |
| Generalidades | * Esta ley busca liquidar los pasivos y activos de una empresa o persona deudora.
* Se puede realizar la reorganización extrajudicial y se somete a la aprobación judicial.
* La persona puede declararse en quiebra las veces que quiera, siempre que hayan pasado cinco años entre un procedimiento y otro.
* Permite que la liquidación declarada judicialmente sea causal para la finalización del contrato de trabajo.
* Elimina presunciones de quiebra fraudulenta.
 |

*Tabla 4. Ley de quiebra de Chile*

## 5.2. Ley de saneamiento y liquidación judicial de las Empresas en Francia

|  |  |
| --- | --- |
|  | Ley de saneamiento y liquidación judicial de las Empresas en Francia |
| Ley | Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de las Empresas de 1994 concordante con la Ley de Prevención y Arreglo Amigable de las Dificultades de las Empresas en caso de quiebra de las últimas. |
| Propósito  | De acuerdo con el Jurista Enrique de la Madrid (s.f) busca “favorecer a los deudores, toda vez que está dirigida a evitar la insolvencia de las empresas, a través de ciertos apoyos, con el fin de restablecer su salud financiera y evitar así que lleguen a la quiebra” (152)Aunado a lo anterior, Madrid (s.f) indica que, la protección del empleo y a la actividad empresarial son sustentos esenciales del marco de regulación Francesa. |
| Sujetos de aplicación | Empresas |
| Autoridad competente  | Tribunal del Comercio |
| Generalidades del proceso | a) Convenios informales, yb) Proceso de quiebra con sus dos vertientes, rehabilitación y liquidación. |
| Generalidades | En su gran mayoría los doctrinantes y juristas que han analizado el régimen francés concluyen que, las generalidad pueden sintetizadas así:a) La legislación francesa claramente privilegia la rehabilitación de la empresa sobre su liquidación, siempre y cuando con motivo de la rehabilitación, la empresa sea financieramente viable y preserve el empleo.b) La legislación contempla un proceso informal de arreglo entre acreedores y deudores antes de la quiebra. Para ello existe la figura del conciliador, persona encargada de acercar a las partes para facilitar dicho arreglo.c) El juez puede nombrar a un experto para que analice a la empresa y determine si es viable como negocio en marcha.d) No existe secreto bancario ni bursátil para el juez que desee hacerse de información de un deudor en el proceso de conciliación.e) Prevé la cesión de la empresa de forma total o parcial, como una forma de afrontar sus dificultades financieras.(Enrique de la Madrid , s.f, párr( 203 ) |

*Tabla 5.* Ley de saneamiento y liquidación judicial de las Empresas en Francia

## 5.3. Ley de quiebras en Alemania

|  |  |
| --- | --- |
|  | Ley de quiebras en Alemania |
| Ley | De acuerdo con Braun (2003) el régimen de quiebras, se encuentra basado en la Ley concursal Alemana (Insolvenzordnung – «InsO») de 1999, esta norma contiene disposiciones sustantivas y procesales, modificadas el 1 de diciembre de 2001. |
| Propósito  | Tal y como lo refieren diversos autores:A diferencia de las leyes de insolvencia anteriores, el objetivo de la nueva Ley de insolvencia es la creación de un marco legal que conduzca a una gestión de insolvencias económicamente eficiente y que combine los principios tradicionales de la Ley de insolvencia alemana con los siguientes principios de la norma equivalente estadounidense: prioridad de los intereses y reorganización del deudor. Es decir, la satisfacción de las demandas de los acreedores a través de la ejecución total de los activos del deudor (Braun, 2003, p.315) |
| Sujetos de aplicación | Personas físicas y empresas  |
| Autoridad competente  | Tribunal de Insolvencia |
| Generalidades del proceso | De acuerdo con Braun (2003) el Estatuto de Insolvencia Alemán concibe los siguientes proceso:* Procedimientos ordinarios de insolvencia (aplica
* Plan de insolvencia
* Administración del propio deudor
* Exoneración de la deuda residual
* Procedimientos de insolvencia del consumidor
* Tipos especiales de procedimientos de insolvencia
 |
| Generalidades | * Concibe como innovación la figura de la exoneración de la deuda residual, cuando existan un desequilibrio severo entre la deuda y la solvencia individual.
* De acuerdo con la Red Judicial Europea (2020) la legislación Alemana consagra el Principio rector de unidad, en los procesos de reorganización y liquidación, por lo que se maneja bajo un solo procedimiento estándar.
* De igual forma, se resalta que al comprender el sentido amplio de la insolvencia, está orientado a dar una segunda oportunidad al deudor.
 |

*Tabla 6. Ley de quiebra de Alemania*

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que, en el caso de Alemania, la Legislatura aprobó la Ley de estabilización del mercado financiero, la cual creo regulaciones aplicables al mercado, como consecuencia de la crisis del covid-19; los motivos de declararse en quiebra siguen vigentes, pero se suspende temporalmente la obligación de presentar una solicitud; si el deudor no estaba insolvente al 31 de diciembre de 2019, se asume que la crisis fue debido a la pandemia.

# Capítulo VI: Del aumento de Solicitudes de Insolvencia Empresarial en Colombia durante la Pandemia causada por el SAR-COV 2

Con ocasión a la Declaratoria de Emergencia Económica y social provocada por la Pandemia del Sars- cov 2 se expidió el Decreto legislativo 560 de 2020 por medio del cual se establecen medidas extraordinarias con la finalidad de mitigar los efectos de la pandemia, mecanismos que fueron sintetizados en el Decreto 842 del 2020, el cual tiene vigencia hasta el 15 de abril del 2022 y se desarrolla sobre cuatro pilares esenciales:

*Nota*: La figura 3 demuestra los cuatro pilares esenciales que regula el Decreto 842 del 2020. Elaboración propia.

Análisis de Cifras respecto al aumento de Solicitudes de Insolvencia a raíz de la Pandemia generada por el Sars Cov-2 en Colombia.

 Las cifras que se relacionan a continuación fueron brindadas por la Superintendencia de Sociedades a corte de marzo de 2020.



*Tabla 7. Total solicitudes de insolvencia 2014-2020. Fuente: superintendencia de sociedades*

Del año 2018 al 2019 las solicitudes aumentaron en un 2%.

* Del año 2014 al 2019 las solicitudes aumentaron en un 121%.
* Las solicitudes del año 2020 corresponden a las presentadas en el primer semestre del año.

En el año 2019 para el primer semestre ya se habían presentado 636 solicitudes, es decir 184 más que las que se presentaron en el primer semestre del año 2020, aunque puede ir en aumento.

 *Tabla 8. Total solicitudes de insolvencia, reorganización y liquidación 2019-2020 (enero-junio). Fuente: superintendencia de sociedades*

* En el primer semestre del año 2020, se han presentado 22% menos solicitudes, comparado con las que se presentaron en el primer semestre del año 2019.
* Cifras reportadas por la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia y los Intendentes Regionales.
* El número de solicitudes presentadas durante el primer semestre de 2019 fue reajustado considerado depuraciones de información posteriores.

**Cifras a corte de septiembre de 2020**



*Tabla 9. Total solicitudes de insolvencia 2014-2020. Fuente: superintendencia de sociedades*

Las solicitudes del año 2020 corresponden a las presentadas durante los primeros tres trimestres del año.

Entre junio y septiembre del año 2020 se presentaron 445 solicitudes, es decir aumentaron en el segundo trimestre del año, en comparación con las cifras reportadas en el primer semestre.



*Tabla 10. Total solicitudes de insolvencia, reorganización y liquidación 2019-2020 (enero-septiembre). Fuente: superintendencia de sociedades*

En el tercer trimestre del año 2020 se han presentado 4% menos solicitudes, comparado con las que se presentaron en el tercer trimestre de 2019.

**Cifras a corte de diciembre de 2020.**



*Tabla 11. Total solicitudes de insolvencia 2014-2020. Fuente: superintendencia de sociedades*

28 solicitudes se recibieron en el año 2020, en las cámaras de comercio (PRES)



*Tabla 12. Total solicitudes de insolvencia, reorganización y liquidación 2019-2020 (enero-diciembre). Fuente: superintendencia de sociedades*

* En el año 2020, se presentaron 2% más solicitudes, comparado con las que se presentaron en el año 2019.
* El 78.38% corresponde a solicitudes de reorganización en el año 2019 y 77.55% en el año 2020.
* El 21.62% corresponde a solicitudes de liquidación en el año 2019 y 22.45% en el año 2020.

# Conclusiones

El Régimen de Insolvencia empresarial en el ámbito legal Colombiano se encuentra reglamentado por medio de la Ley 1116 del 2006, la cual tuvo como propósito fundamental la actualización y por ende la sustitución de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999, las cuales, a juicio de la Comisión redactora (2006) eran estáticas y propiciaban inconvenientes tales como: la extrema complejidad, demora del proceso liquidatario, la dilación del procedimiento y la proliferación de procesos, en tanto que, de acuerdo con la Exposición de motivos proyecto de Ley 1116 de 2006 se buscaba generar un régimen unificado dinámico, garante constitucionalmente y con vocación de permanencia, inspirado en la Ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

La Ley 1116 de 2006, en el artículo cuarto, prevé los Principios que orientan el Régimen de insolvencia, los cuales, tienen como propósito alcanzar las finalidades de la norma, razón por la cual, su aplicación implica analizarlos de forma conjunta, pues se encuentran relacionados entre sí, sin embargo, conforme a la Jurisprudencia se destacan los Principios rectores de la Universalidad, Igualdad y Oficiosidad dadas sus implicaciones Constitucionales.

Lo anterior, en concordancia con lo expuesto en la Sentencia de Tutela 149 del 2016, donde se indicó desde la óptica pretoriana que:

Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como par conditio omnium creditorum.

(…) Es evidente que todos los procedimientos legales deben ser respetados, en virtud del carácter general y abstracto de la ley; sin embargo, en el caso de los concursos de acreedores, esta exigencia hace parte de la naturaleza del proceso, pues si se toma en cuenta la limitación patrimonial que se enfrenta al iniciarse una liquidación obligatoria, la posibilidad de que algunos acreedores persigan sus intereses por vías privilegiadas, o la flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los términos procesales, implicaría una afectación del conjunto de acreedores, particularmente de los más vulnerables, que suelen ser trabajadores y pensionados. (Corte Constitucional Colombiana, sala cuarta de revisión, T-149, 2016)

De igual forma, se resalta que con la expedición de la Ley 1116 del 2006, se implementaron figuras jurídicas innovadoras y se amplió o se restringió el sentido de ciertos enunciados establecidos tanto en la Ley 222 de 1995 como en la Ley 550 de 1999, sin embargo, como bien se pudo analizar, el Régimen de insolvencia empresarial no es una herramienta viable para superar la crisis económica de las empresas, pues cuenta con vacíos e inconsistencias estructurales, relacionados con el alcances y los limitantes del mismo, lo que evidencia que no es una herramienta jurídica viable para superar la crisis de la empresas en Colombia, en tanto que impide en condiciones de igualdad material se de aplicación en primer lugar, a los fines del Estado, en segundo lugar a la garantía Constitucional establecida en el artículo 333 y en tercer lugar y no menos importante, que propenda por ser un sistema dinámico que responda a las nuevas contingencias con figuras apropiadas, tales como el sentido amplio de la Crisis y no de la Insolvencia.

Lo anterior fundamentado en que, el realizar una transición del termino insolvencia al de Crisis, como lo refiere Wilches (2008) “(…) abarca, además de la insolvencia, los fenómenos de iliquidez y de cesación de pagos” (p.200). , situación que provee al Régimen de instrumentos para promover el re emprendimiento y la rehabilitación empresarial ante que su liquidación, siempre que sea viable no solo financieramente sino también técnicamente en aras de preservar el empleo y la garantía de los derechos reconocidos legalmente, como se pudo evidenciar en la ley de quiebras en Alemania, Francia y Chile en el ámbito del Derecho comparado.

Con base en lo expuesto, es clara la necesidad de actualizar y/o ampliar el sentido del Régimen de Insolvencia imperante, aún más cuando, en medio de crisis, como la provocado por la Pandemia del Sars- Cov- 2 y pese a las innovaciones jurídicas establecidas en el Decreto Legislativo 560 de 2020 y el Decreto reglamentario 842 de 2020, la cantidad de solicitudes de insolvencia relacionadas con la liquidación judicial aumentarón, lo que se dee priomordalmente, a que el Régimen propicia la Liquidación antes que la reestructuración o el reemprendimiento.

# Elementos innovadores de la Investigación

Está Investigación es significativa, en el sentido que a partir del análisis riguroso de las fuentes de información, se logró evidenciar lo siguiente:

* Antecedentes del Régimen de Insolvencia Empresarial
* Antecedentes de la Ley 1116 del 2006.
* Generalidades de los procesos que regula la Ley 1116 del 2006.
* Principios que rigen la Ley 1116 del 2006 desde la óptica legal y jurisprudencial.
* Se logró identificar los principales vacíos e inconsistencias estructurales del Régimen de Insolvencia.
* Se logro identificar desde una óptica holsitica si el Régimen de Insolvencia regulado por la Ley 1116 del 2006 es una herramienta viable para superar las crisis economicas de las empresas en Colombia.
* Desde el ámbito del derecho comparado se estudio y se contrarresto la Ley de quiebra en Chile, la Ley de saneamiento y liquidación judicial de empresas en Francia y la Ley de quiebras en Alemania, con el fin de identificar aportes para ampliar y actualizar nuestro Régimen de Insolvencia.
* Por último se analizó las medidas jurídicas tomadas en el ámbito de la Insolvencia empresarial respecto a la declaratoria de la Pandemia del Sars Cov-19 y su efectividad medida en el aumento o disminución de solicitudes de Insolvencia empresarial.

**Aportes propios**

De la investigación realizada es posible indicar los siguientes aportes propios:

* Es necesario que el Régimen se configure sobre la base del Derecho de Crisis y no sobre la base de la Insolvencia.
* Se considera fundamental que el Régimen priorice la rehabilitación de la empresa antes que la liquidación judicial, siempre y cuando un equipo multi disciplinar pueda conluir que la Empresa es viable técnica y financieramente, de tal forma que cumpla a cabalidad con los comentidos Constitucionales.
* Se considera prudente que tal y como lo relaciona La Ley de saneamiento y liquidación judicial de empresas en Francia, el proceso este enfocado en el acompñañamiento previo de la empresa por medio de expertos en el area financiera, técnica y jurídica, de tal forma que la liquidación judicial sea la última ratio.
* Se sugiere que se de incorpore al Regimen la figura de la exoneración de la deuda residual, cuando existan un desequilibrio severo entre la deuda y la solvencia individual como en el caso de la Ley de quiebras en Alemania.
* Por ultimo, se sugiere que es encesario que el Régimen fomente el emprendimiento como motor de la economía, al hacerse cargo de las empresas que dejan de ser viables, permitiendo que los emprendedores vuelvan a surgir, y lleven a cabo nuevos negocios, como en el caso de la Legislación Francesa en el tema.

# Referencias Bibliográficas

Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales.Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Aranzamendi, L. (2008) Epistemología y la Investigación Cualitativa y Cuantitativa en el Derecho. 1ª Edición. Lima, Perú: Ed. ADRUS.

Braun, S. (2003). Panorama del Derecho Concursal Alemán y Europeo, Universidad de Lüneburg.

Carbonell, E. (2019). Régimen Concursal Colombiano. Estudios de Derecho Empresario. ISSN 2346-9404

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2004, consultada en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency\_law)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2013) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas con la Guía para su incorporación al derecho interno

Congreso de la República. (27 de diciembre de 2006) Régimen de insolvencia empresarial. [Ley 1116 del 2006]. Do: 46.494

Congreso de la República. (20 de diciembre de 1995) Régimen de insolvencia empresarial. [Ley 222 del 1995]. Do: 42.156

Congreso de la República. (30 de diciembre de 1999) Intervención económica para la reactivación empresarial y Acuerdos de Reestructuración [Ley 550 de 1999]. Do: 43.940

Corte Constitucional (14 de febrero del 2018) Sentencia C- 006 del 2018. [Mp. Cristina Pardo Schlesinger]

Corte Constitucional (15 enero del 2010) Sentencia T- 009 del 2010. [Mp. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (31 de marzo del 2016) Sentencia T- 149 del 2016. [Mp Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional Colombiana (10 de julio del 2013) Sentencia C-435 del 2013 [Mp.Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional (8 de Julio del 2020) Sentencia C- 237 del 2020. [Mp. José Fernando Reyes Cuartas]

Corte Constitucional (11 de febrero del 2010) Sentencia T- 079 del 2010 [Mp. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (15 de mayo de 1997) Sentencia C- 233 de 1997 [Mp. Fabio Morón Díaz]

Corte Constitucional (30 de marzo del 2009) Sentencia T- 757 del 2009 [Mp. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (26 de septiembre del 2008) Sentencias C-089 del 2018 [Mp. Carlos Bernal pulido]

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2 da Ed. Legis

Cuello, L. (2018). Los Principios de “Universalidad” e “Igualdad” del Régimen de Insolvencia Empresarial frente a la Ley de garantías mobiliarias.

Daza, S. & Morales, S. (2016) El concepto de patrimonio y su aplicación en España. Recuperado de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14364/4/El-concepto-de-patrimonio-y-su-aplicacion-en-espana.pdf

De la Madrid, E. (s.f). Análisis de derecho comparado en materia concursal de cinco legislaciones, Consultada en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3592/4330>

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1978). Sistema de derecho civil. Introducción derecho de la persona. Negocio jurídico (2ª Ed.) Madrid: Tecnos

Espín Cánovas, D. (1977). Manual de derecho civil español. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Esterberg, K. G. (2002). Qualitative methods in social research. New York, NY, EE. UU.: McGraw-Hill.

García, M. (1997). Derecho concursal. Ed. Ibáñez

Hernández, R. Collado, F. & Baptista, p. (2014). Metodología de la Investigación. Recuperado de https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf

Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. (2012). Capítulo Colombiano. Algunos aspectos controversiales de la concursalidad. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C, Colombia.

Londoño, A. & Izasa, A. (2008). Régimen de insolvencia empresarial: comentarios a Ley 1116 de 2006. Ed. Legis

Mayz, C. (2009). ¿Cómo desarrollar, de una manera comprensiva, el análisis cualitativo de los datos? EDUCERE. Artículos arbitrados. Año 13, Nº 44, p. 55-66 [Artículo en Línea]. Disponible: http://www.redalyc.org/pdf/356/35614571007.pdf [Consulta: 2014, julio 13].

Ministerio de Economía Fomento y Turismo (2015) Insolvencia y quiebra en Chile Principales estadísticas desde 1982 a la fecha, Consulta en <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/06/Insolvencia-y-Quiebra-en-Chile.pdf>

Ponce de León, L. (s.f.). Metodología de la Investigación Científica en Derecho. Recuperado de http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf

Red de Justicia Europea (2020) Insolvencia Alemana, Consultada en <https://e-justice.europa.eu/content_insolvency-447-de-es.do?member=1>

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. (22ª edición. Consultada en [www.rae.es](http://www.rae.es))

Rodríguez, (2007). Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.

Pampillo, J. & Munive, M. (2012). Obra Jurídica Enciclopédica - Derecho Concursal. Editorial Porrúa. México.

Silva, C. (2006). Metodología de la Investigación. Ed. MCGRAW-HILL-Interamericana de México

Sotelo, J. (2018). De la obligación del deudor de responder por sus deudas en la insolvencia: aproximaciones sobre el artículo 61 de la Ley 1116 del 2006 .

Sotomonte, D. (2005). La desfiguración de los Principios concursales por la ausencia de una normativa fronteriza unificada.

Superintendencia de Sociedades (s.f). Preguntas Frecuentes Delegatura Insolvencia, consultada en

<https://www.supersociedades.gov.co/Servicio_Ciudadano/Documents/preguntas%20frecuentes%20insolvencia.pdf>

Superintendencia de Sociedades, (2016). Oficio 220-168778 -Objeción de los Contratos y Sus Efectos (Sic) en el Régimen De Insolvencia.

Superintendencia Sociedades. (2020). Gobierno expide Decreto reglamentario para el Régimen Transitorio de Insolvencia contemplado en el Decreto Ley 560 de 2020. Recuperado de <https://www.supersociedades.gov.co/Servicio_Ciudadano/Documents/preguntas%20frecuentes%20insolvencia.pdf>

Wilches, R. (2008). Vacíos e inconsistencias estructurales del Nuevo Régimen. Ed. Universitas

Wilches, R. (2009). La Insolvencia transfronteriza en el Derecho Colombiano.Revista de Derecho N.º 32, Barranquilla, ISSN: 0121-8697.

Zamudio, H. (1995). Metodología, docencia e investigación jurídica. 4ª edición. México: Ed. Porrúa S.A.