

**REESTRUCTURACION EMPRESARIAL**  
**TENDENCIA MUNDIAL**

**Por**

**CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ CHIRIVI**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**Bogotá, Cundinamarca**

**Octubre de 2004**

*Libre, y para mí sagrado, es el derecho de pensar... la educación es fundamental para la felicidad social, es el principio en el que descansan la libertad y el engrandecimiento de los pueblos.*

*Benito Juárez*

## AGRADECIMIENTOS

***Con gran interés y aprecio recibí la colaboración de muchas personas, de quienes sin su aporte esta obra no hubiese sido posible:***

***Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia,***

***Titularizadora Colombia S.A.,***

***Dr. Juan José Rodríguez Beltran,***

***Dr. Jorge Oviedo Alban,***

***Dr. Ricardo Duran Vinazco,***

***Dr. Francisco Reyes Villamizar,***

***Dra. Andrea Lorena Triana Umaña,***

***Dr. Yony Yesid Infante Sánchez,***

***Sra. Leonor Edith Romero vda. de Celedón.***

***Acepten mis expresiones de gratitud por el valioso aporte que han realizado sobre mi monografía, sin duda alguna el análisis realizado permitirá a los lectores tener a su alcance una visión objetiva de los procesos de quiebra trasnacional.***

***Formulo votos por su bienestar personal y por el éxito en sus actividades.***

*El autor*

## **PRESENTACIÓN**

El propósito de este trabajo es dar a conocer la tendencia que han asumido los países del mundo frente al proceso de la globalización, y específicamente frente al tema de los procesos concursales, pues estos se empiezan a manejar a partir de bloques conformados por diferentes Estados, claro esta partiendo de su legislación interna y posteriormente emitiendo leyes que son el resultado del consenso entre ellos.

Es bien sabido que las grandes potencias económicas tienen su fuerte en las empresas productivas, la empresa, como todo organismo, durante su existencia esta destinada a tener sus crisis. Vicios congénitos o adquiridos, causas externas iniciales o sobrevinientes pueden interrumpir su normal funcionamiento y determinar su parálisis. Se trata, en la mayoría de casos, de crisis temporales que pueden ser superadas con oportunas intervenciones; de crisis que vienen afrontadas en sus primeros síntomas, necesitando muchas veces intervenciones de alta cirugía antes que sus consecuencias sean fatales. En algunos casos, es el mismo empresario el que toma la decisión de liquidar la empresa, cuando observa que los resultados no son los esperados; en otros, son las autoridades competentes las que deciden la liquidación cuando advierten algunos indicios reveladores de una situación de insolvencia irreversible. Pues estas empresas generan empleo y desarrollo en todos los campos beneficiando al Estado en donde se encuentren y en los cuales ejecuten sus actividades. Por esto es necesario crear mecanismos legislativos tendientes a protegerlas e impedir que frente a una crisis económica sean estas las primeras afectadas y por ende se debilite el Estado, pues esto acarrea desempleo y un endeudamiento del empresario frente a sus acreedores que se concibe como insostenible.

A través de los años esta lucha ha tomado diversos caminos en el ámbito de los procesos concursales, la búsqueda de los países por encontrar el mejor y más eficaz método para conjurar las crisis de las empresas, nos ha llevado a un inmenso despliegue de modelos en los diferentes Estados del mundo, modelos que recopilé en este trabajo y que trataré de entregar al lector para que tenga una noción del tema desde la perspectiva nacional hacia la internacional.

Es por ello que empezare analizando la Ley 550 de 1999, nuestra Ley de reestructuración empresarial; siguiendo con la Ley de Quiebras de los Estados Unidos de Norte América y sus diferentes procesos concursales; continuando con la Ley modelo que nos presenta la UNCITRAL para los países miembros; y por supuesto el modelo macro de la globalización, la Unión Europea y su tratamiento frente a como conjurar las crisis empresariales, para así lograr generar un esquema más amplio y analizar desde el punto de vista mundial nuestra situación en particular.

*El autor*

## **TABLA DE CONTENIDO**

**PRESENTACION**

**PRIMERA PARTE**

**PROCESOS CONCURSALES**

**CAPITULO I**

**1 ANTECEDENTES**

**1.1 INTRODUCCIÓN HISTÓRICA**

**1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS INMEDIATOS**

**1.3 ANTECEDENTES EN COLOMBIA**

**1.4 LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA**

**CAPITULO II**

**2 ASPECTOS GENERALES LEY 550 DE 1999**

**2.1 ÀMBITO DE APLICACIÓN**

**2.2 FINES DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**

**2.3 ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN**

**2.4 PROMOCION DE LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN**

**2.5 FUNCIONES DE LOS PROMOTORES**

**2.5.1 EL PROMOTOR**

**2.5.2 FUNCIONES**

**2.6 NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN**

**2.6.1 DEFINICIÓN**

**2.6.2 EL PROCESO**

**2.7 ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO DURANTE LA NEGOCIACIÓN DEL  
ACUERDO**

**2.8 PARTES EN LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN**

**2.8.1 EL EMPRESARIO**

**2.8.2 LOS ACREEDORES DEL PRIMER ORDEN**

**2.8.3 LOS ACREEDORES FINANCIEROS**

**2.8.4 LOS PROVEEDORES Y DEMAS ACREEDORES**

**2.9 DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS DE VOTO DE LOS ACREEDORES**

**2.10 DETERMINACIÓN DE ACREENCIAS**

**2.11 CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN**

**2.12 ESTRATEGIAS DE CAPITALIZACIÓN Y FINANCIACION UTILIZADAS**

**2.12.1 MECANISMOS QUE PERMITAN LA UTILIZACIÓN Y READQUISICIÓN DE BIENES OPERACIONALES ENTREGADOS EN PAGO**

**2.12.2 SOCIEDADES DE PROMOCION EMPRESARIAL**

**2.12.3 GESTION Y OBTENCIÓN DE RECURSOS DE LA BANCA DE SEGUNDO PISO**

**2.12.4 EMISIÓN DE BONOS DE RIESGO**

**2.12.4.1 DEFINICION DE BONO**

**2.12.4.2 CARACTERISTICAS DE LOS BONOS**

**2.12.4.3 NORMATIVIDAD APLICABLE**

**2.12.4.4 PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE EMISION DE BONOS DE RIESGO**

**2.12.4.5 DESCRIPCION GENERAL DEL TRÁMITE PARA LA EMISIÓN**

**2.12.4.6 CONTRATOS ACCESORIOS**

**2.13 EXONERACIÓN DEL IMPUESTO POR RENTA PRESUNTIVA**

**2.14 CLAUSULAS MÍNIMAS LEY 550 DE 1999**

**2.15 FORMALIDADES LEY 550 DE 1999**

**2.16 EFECTOS JURIDICOS LEY 550 DE 1999**

**2.17 COMITÉ DE VIGILANCIA LEY 550 DE 1999**

**2.18 PRESUPUESTOS BÁSICOS**

**2.19 FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

**2.20 PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD**

**2.21 PRINCIPIO DE COLECTIVIDAD**

**2.22 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

**CAPITULO III**

- 3 LEY DE QUIEBRAS DE LOS ESTADOS UNIDOS**
- 3.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO CONCURSAL NORTE AMERICANO**
- 3.2 PROCESOS CONCURSALES EN LOS ESTADOS UNIDOS**
- 3.3 NORMAS GENERALES.**
- 3.3.1 CAPÍTULO PRIMERO.**
- 3.3.2 CAPÍTULO TERCERO.**
- 3.4 TIPOS DE PROCESOS CONCURSALES**
- 3.4.1 CAPÍTULO 7- LIQUIDACIÓN**
- 3.4.2 CAPÍTULO 13 – AJUSTE DE DEUDAS**
- 3.4.3 CAPITULO 11 – REORGANIZACIÓN**
- 3.4.3.1 EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS**
- 3.4.3.2 PRESUPUESTOS SUBJETIVOS**
- 3.4.3.3 PRESUPUESTOS OBJETIVOS**
- 3.4.3.4 FASES DEL PROCESO**
- 3.4.3.4.1 APERTURA DEL PROCESO.**
- 3.4.3.4.2 FASE DE REORGANIZACIÓN.**

## **SEGUNDA PARTE**

### **TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONCURSALES**

#### **CAPITULO IV**

- 4 INTEGRACION JURIDICA**
- 4.1 CONTEXTUALIZACIÓN OBLIGATORIA**
- 4.2 CNUDMI – COMPOSICIÓN Y GRUPOS DE TRABAJO-**
- 4.2.1 COMPOSICIÓN**
- 4.2.2 GRUPOS DE TRABAJO**
- 4.3 INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**
- 4.3.1 LEY MODELO DE LA CNUDMI (UNCITRAL) SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**
- 4.3.1.1 LINEAMIENTOS GENERALES DE LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE LA INSOLVENCIA TRANFRONTERIZA**
- 4.3.1.2 DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY MODELO**
- 4.3.1.3 ÀMBITO DE APLICACIÓN**
- 4.3.1.4 TRIBUNAL O AUTORIDAD COMPETENTE**

**4.3.1.5 OTRAS DISPOSICIONES GENERALES**

**4.3.1.6 RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES EN EL ESTADO ADOPTANTE DE LA LEY MODELO**

**4.3.1.7 OTRAS DISPOSICIONES DESTACADAS DE ESTE CAPÍTULO SON LAS SIGUIENTES.**

**4.3.1.8 COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y REPRESENTANTES, LOCALES Y EXTRANJEROS**

**4.3.1.9 PROCEDIMIENTOS PARALELOS Y REGLAS FINALES**

**4.3.1.10 APRECIACIONES FINALES Y EVALUACIÓN**

**CAPITULO V**

**5 REGLAMENTO (CE) 1346 DEL CONSEJO EUROPEO, DEL 29 DE MAYO DE 2000, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA**

**5.1 GENERALIDADES DEL DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL**

**5.1.1 PRESUPUESTOS**

**5.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

**5.3 ANTECEDENTES**

**5.4 OBJETO Y ÀMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO**

**5.5 PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y SECUNDARIO DE INSOLVENCIA**

**5.6 PARTICIPACION DE LOS ACREEDORES**

**5.7 LEY APLICABLE Y NORMAS DE COMPETENCIA.**

**5.7.1 LA LEX FORI CONCURSUS: ART. 4**

**5.7.2 CONEXIONES**

**5.7.3 RECONOCIMIENTO DE DECISIONES Y MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES**

**5.8 CONCLUSIÓN**

**CAPITULO VI**

**6 PROPUESTA**

**CAPITULO VII**

**7 BIBLIOGRAFIA**

# PRIMERA PARTE

## PROCESOS CONCURSALES

### CAPITULO I

#### 1. ANTECEDENTES

##### 1.1. INTRODUCCION HISTORICA

Resulta necesario, para la investigación que voy a abordar puntualizar sobre ciertas definiciones, que ayudarán a comprender mejor el estudio sobre los procesos concursales.

Por procesos concursales se entiende *“el desarrollo de dos figuras jurídicas de naturaleza mercantil relacionadas con la imposibilidad del comerciante o empresario para cumplir con el pago de las obligaciones contraídas en desarrollo de la empresa social o de la explotación de sus establecimientos de comercio”*<sup>1</sup>, que puede consistir en un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, un concurso liquidatorio, respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor, lo que quiere decir que el trámite concursal puede consistir en:

---

<sup>1</sup> Hidelbrando Leal Pérez, Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial, editorial Iyer, agosto 2003, p 1.

1. Un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, ya que su objeto es la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, sin dejar atrás la protección adecuada del crédito.
  
2. Un concurso liquidatorio, respecto a la realización de los bienes que conforman el patrimonio del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.

Ahora sobre el origen del concordato, no existe una posición que nos plantee con exactitud el escenario en donde nacen estas figuras del derecho comercial, veamos:

El concordato resolutorio, tiene su origen en la legislación Italiana, tal como nos plantea Brunetti, de esa legislación se trasladó a los países interesados en regular la materia como Alemania y Francia, este último lo incorporó en la ordenanza francesa de 1673 y luego se insertó el Código de Napoleón y en la ley francesa de 1883, este autor, solo plantea el origen exclusivamente desde su forma resolutoria, o sea, del concordato nacido en un proceso de quiebra, el que hoy llamamos liquidación obligatoria, así que se hace necesario conocer otra hipótesis.

Otros autores como Raúl Cervantes Ahumada, plantean el origen del concordato en el derecho español, “tomando como punto de referencia las Leyes de Partidas, en su Partida Quinta del Título Quince de la ley Quinta que prescribía “como cuando alguno es debedor de muchos, se les ruega que les esperen por el debe, los unos otorgan, e los otros non, cual razón debe ser cabida”<sup>2</sup> .

Lo cierto es que debemos retrotraernos en los grandes momentos históricos, para analizar el surgimiento de esta figura, y para ello me apoyaré en Osvaldo

---

2 Cervantes Ahumada Raúl, Derecho de Quiebra. Pág. 146.

J. Maffia, quien en sus trabajos sobre el tema se ha ocupado del marco histórico de una manera bien definida, así que desde este momento me limitaré a realizar una síntesis de lo que este autor afirma en sus estudios sobre estos momentos históricos, a fin de establecer en cual de estos períodos el derecho concursal tiene sus orígenes propios.

En el Derecho Romano antiguo, afirma, que solo aparecen algunos rudimentos de materia concursal, debido a que no se concebía la posibilidad de que los bienes salieran del patrimonio sino por voluntad del titular, lo cual excluía toda forma de ejecución forzosa. Las medidas no se dirigían al patrimonio del deudor, sino a su persona para forzarlo a cumplir.

Siguió un largo periodo “durante casi siete siglos no existió nada parecido a la ejecución patrimonial, hoy tan familiar para nosotros”<sup>3</sup>.

El medio de ejecución más primitivo de que existe constancia era la manus iniectio, regulada con exactitud en las XII Tablas aunque preexistente a esa ley.

Si un deudor había sido condenado por el juez (es decir, juzgado, ius dicatus) – paréntesis de Maffia- o hubiera confesado ante el pretor –confesus- disponía de treinta días de plazo para cumplir la sentencia. Transcurrido el tiempo sin cumplir, el acreedor podía forzarlo a comparecer ante el pretor para que le fuera entregado como prisionero en su cárcel privada.

---

3 Hidelbrando Leal Pérez, Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial, editorial leyer, agosto 2003, p 20, “este autor al citar a Osvaldo J mafia, establece las siguientes razones que a continuación se sintetizan: a- La fusión latino-sabina-etrusca que dio origen al pueblo romano se regía por la modalidad de convivencia gentilicia, caracterizada entre otras particularidades por la propiedad común , lo que traduce que las obligaciones no eran estrictamente personales, ya que si un miembro infringía en el campo de las obligaciones, estas alcanzaban al grupo, entonces cuando un deudor era sometido a medidas coercitivas por incumplimiento, era característico como dice Scialoja, que siempre se contaba con un allegado que cumpliera por él. b- Las obligaciones en los primeros siglos en Roma tenían tanto de jurídico como de religioso, así que cualquier incumplimiento no era un mero ilícito sino una trasgresión al campo de la fe. c- Bajo el régimen de procedimiento clásico el deudor, para ser juzgado, debía ser conducido ante el magistrado (in ius vocatio), de modo que si huía o se escondía el juicio era imposible. Téngase en cuenta que hasta muy avanzada la república, la vivienda no solo era hogar sino santuario, altar de los dioses familiares; de ahí la inviolabilidad del domicilio y, por ende la facilidad del deudor de frustrar la in ius vocatio con solo no salir de su casa.

Esta consecuencia jurídica tenía un supuesto de hecho que consistía en pronunciar una fórmula sacramental que el autor precitado la transcribe así: (“por que ha sido condenado a entregarme X sextercios y no me los ha dado, te pongo la mano encima por los X sextercios juzgados”), y ponía la mano sobre el cuerpo del deudor ante testigos. Al deudor le estaba vedado resistirse a la aprehensión física y el acreedor lo conducía ante el pretor para que éste se lo adjudicara, es decir, dispusiera la *addictio*; pero esa convalidación de la *manus iniectio* podía ser neutralizada por algún allegado del deudor que contestara el reclamo (*vindex*), quien en caso de resultar vencido en su oposición era condenado a pagar el doble de lo adeudado y susceptible a su vez de la *manus iniectio*. Durante el plazo de sesenta días el acreedor podía retener al deudor en su cárcel privada, cargado de cadenas y grillos. Dentro de ese lapso debía conducirlo al comicio por tres días seguidos de mercado (que se celebraba cada nueve días anunciando públicamente en presencia del pretor la cosa y montos adeudados: si algún amigo, allegado, o copartícipe del grupo gentilicio pagaba por él, recuperaba su libertad; si así no ocurría, el acreedor estaba facultado al cabo de aquellos sesenta días para matarlo o venderlo en el extranjero (mas allá del Tíbet que marcaba el límite de la ciudad: *trans tiberim*), esta venta lo convertía en esclavo.

El derecho de dar muerte al deudor estaba legislado por el *Paris secundo*: si los acreedores eran varios podían repartirse el cadáver con la curiosa especificación de que era necesario que la parte que tomaran fuera estrictamente proporcional al monto de sus respectivos créditos.

Parecido en el fondo a la *manus iniectio* era el *nexum*, una especie de contrato mediante el cual el deudor –u otra persona por él- se sometía al acreedor en una condición que oscilaba entre la de siervo y esclavo, implicaba una renuncia voluntaria a la libertad a favor del acreedor llevada a cabo por el deudor o algún allegado, quizá para pagar con su trabajo durante cierto plazo, quizá para garantizar con esa especie de *addictio* voluntaria el compromiso de cumplir.

Los abusos de los acreedores, todos ellos patricios, llevaron a reiteradas revueltas del proletariado, quienes se manifestaban en contra los excesos del

nexum lo cual demostraría en el sentir de algunos autores que este pacto de auto pignoración desplazó a la manus iniectio y a la addictio. Un celebre episodio condujo a la ley Paetelia-Papiria, mas o menos –impresión del autor precitado- a mitad del siglo V a. C. (Se discute sí fue en el año 428 o 411 e incluso, quizás por este motivo, sí corresponde o no designarla con el nombre de los dos cónsules epónimos): el joven Publilius se había sometido en nexum al acreedor de su padre para evitar medidas contra este último. Se trataba de un joven apuesto, y el acreedor entendió que le asistían ciertos derechos extrapatrimoniales sobre la persona del nexi, quien se resistió y por eso fue desnudado y castigado despiadadamente. Consiguió huir y se exhibió en público bañado en sangre, espectáculo que actuó como detonante ante un pueblo ya altamente sensibilizado por los abusos de los patricios. La indignación se tradujo en una revuelta que indujo al cónsul Paetelio (o a Papirio) a lograr la sanción de una ley, que fue la famosa Lex Paetelia o Lex Papiria, en cuya virtud se atenuaron los excesos a que eran sometidos los nexi, aunque el instituto no desapareció.

En la época del imperio surge una solución al problema citado el pie de pagina 3, planteado por el autor citado, sobre la cuestión del literal c, la solución nace y se comprende teniendo en cuenta que el Pretor, ante quien debía acudir en primer término para que adjudicara el juez si estimaba que la petición del reclamante merecía someterse a juicio. No solamente estaba investido de potestad jurisdiccional sino también de imperium; y es que no se trataba de un magistrado judicial, o al menos exclusivamente judicial. El cónsul, posteriormente el emperador, delegaban en él parte de su imperium que involucraba la totalidad de los poderes del gobernante, por eso el Pretor, que también poseía competencia delegada en grado de imperium, podía ordenar validamente medidas que no se reducían a la mera aplicación de la ley.

Es así que ante un deudor que se ocultaba, que huía, que rechazaba la comparecencia a juicio y especialmente que desatendía una condena judicial, el Pretor, ejercitando su imperio, disponía que los bienes del renuente fueran puestos en posesión del acreedor que así lo solicitaba (missio in

possessionem, llamada missio in rem sí recaía sobre un solo bien y missio in bona cuando abarcaba todo el patrimonio).

Fueron características de esta medida:

1. Aunque la pidiera un solo acreedor, beneficiaba a todos (esbozo concursal).
2. La missio in bona, no se trataba de uno o varios bienes individualmente considerados sino de su universalidad, que incluía los créditos (lo que hoy se llamaría patrimonio, en alguna de sus acepciones).
3. Si bien se confería la detentación del patrimonio a los acreedores, no por ello se privaba de la posesión en forma total al deudor: era mas bien una vigilancia o custodia que no equivalía a un franco desapoderamiento, aunque incluía poderes de administración.
4. Como circunstancia que hace concretamente a nuestra materia, no era requisito de la missio la insolvencia del deudor.

En cuanto a la mención inserta en el numeral 3, si bien el pretor disponía que el patrimonio del incumplidor fuera puesto en posesión del acreedor , esa medida no equivalía al embargo o secuestro de nuestras legislaciones actuales, en vista a la oportuna venta de esos bienes para que el acreedor se cobre sobre el producido. Por el contrario, la aprehensión tendía a coaccionar al deudor a que se someta al juicio que rehuía, vale decir, para que concurra con el actor ante el magistrado a fin de que el reclamo sea sometido a juicio. El acreedor, por su parte, lograba indirectamente mediante la missio que sé efectivizara la in ius vocatio, y de esa forma que el magistrado dispusiera su juzgamiento, incluso que se le otorgara la addictio si correspondía: en ese caso lograba una nueva medida de compulsión, incomparablemente mas grave; salvo, claro, que el deudor tuviera razones atendibles que aducir o consiguiera un vindex que evitara su encarcelamiento por el acreedor.

Luego de impetrarse la *missio* y transcurridos sesenta días, la medida no operaba los efectos esperados –por que el deudor se rehusaba a pagar , o por que realmente había desaparecido- entonces se procedía a pagar mediante sus bienes; pero no como pensaríamos hoy, sino mediante un mecanismo sustentado en la necesidad de cumplir las obligaciones *in natura*, y en parte por las tantas veces ”destacada vocación de los romanos de las ficciones : al deudor se lo suponía muerto y se procedía a la manera de una sucesión; es decir , quien pagaba a los acreedores venía a serlo el heredero del deudor, solo que un heredero ficto”<sup>4</sup>.

Ficción sinónimo de desprestigio, se cumplía con todo el rito funerario; transcurrido un término variable, los acreedores nombraban un “magíster” figura algo parecida al síndico de un concurso por las funciones que le competían , hacía pública la *missio* mediante proclamas, inventariaba los bienes, recibía los reclamos de los acreedores, evaluaba la procedencia de los créditos (rudimento del proceso concursal), y procedía a determinar en definitiva cuál era el haber y cuál el debe de la supuesta sucesión, admitiendo posibles compensaciones<sup>5</sup>. Previo bando que publicaba anunciando la venta (*lex venditionis*) entregaba el patrimonio al mejor oferente –podía serlo uno de los acreedores- pero no se lo vendía como entenderíamos hoy por una suma de dinero para distribuir entre los acreedores , sino que la *bonorum* se adjudicaba a quien ofrecía pagar a los acreedores el mas alto porcentaje de lo adeudado. El adquirente del patrimonio del deudor, llamado *bonorum emptor*, sustituía la propiedad al deudor y pagaba en la proporción comprometida.

Al lado de la *bonorum venditio* estaba la figura de la *bonorum distractio*, en cuya virtud se aprehendía, como en la *pignoris capio*, un bien individual del deudor, pero a efectos de su venta. Esta medida, mucho mas sencilla y obviamente preferible a la *bonorum venditio*, no correspondía sin embargo a la mentalidad romana de aquellos siglos, a tal punto que aun cuando possibilitaba

---

4 Leal Pérez, op. Cit., p.27.

5 Ourliac y De Malafosse, Derecho Romano y Francés Histórico. T I, Pág. 377. trad. esp. Barcelona.1960.

en forma breve, expeditiva y práctica el cobro de algo debido con solo afectar los bienes estrictamente necesarios a ese fin, su aparición se ubica en los comienzos del Imperio (siglo I a. C), es decir, algunas décadas después de la bonorum venditio.

A comienzos del imperio (2 da mitad del siglo I a.C.) la “lex julia” de Cesar o de Augusto, dio un nuevo paso en orden a la separación bienes – persona , en la que consagra la cessio bonorum en cuya virtud el deudor estaba facultado para ceder la totalidad de sus bienes a los acreedores, con lo cual evitaba todo el procedimiento de ejecución, e incluso se liberaba del remanente adeudado, salvo que posteriormente ingresaran en su patrimonio bienes de valor considerable, en cuyo caso le era exigible el saldo del impago. Además gozaba del beneficio de competencia, o sea el derecho a que se le reconociera un mínimo imprescindible para atender sus necesidades más imperiosas.

“Un aporte del Derecho Romano que se le podría dar un carácter concursal es el pactum ut minus solvatur, que consistía que si el pasivo de la herencia superaba el pasivo del heredero se hallaba este ultimo ante una férrea alternativa: aceptar la herencia confundiendo patrimonios, con la consecuencia de que debía soportar las deudas aunque excedieran el haber relicto, o rechazar la herencia gravosa para evitar, así, la responsabilidad ultra vires, pero al precio de la infamia que aparejaba la bonorum venditio para causante y familiares. Ese pacto se parece a un acuerdo concursal; pero aislado y circunscrito a la materia sucesoria, lo cual nos deja la conclusión que no cuenta como antecedente de los concursos que aparecerán regulados, y bien en los siglos XIII y XIV”<sup>6</sup>; amén de las referencias que hacen ciertos autores, al afirmar que el derecho concursal tiene sus orígenes en el Derecho Romano, y siguiendo con esta línea de estudio, no es así. Es indudable que se aportó en cuanto al régimen de las ejecuciones, y a algunas figuras antes mencionadas y estudiadas, que por analogía se aplican hoy en día, sin dejar de ser mera coincidencia ya que, si bien es cierto algunas de estas figuras son análogas, no

---

6 Hidelbrando Leal Pérez, Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial, editorial Iyer, agosto 2003, p 29.

se puede negar que fueron creadas para regular otro tipo de situaciones distintas al estudio que nos ocupa.

Sigamos en nuestro recorrido histórico analizando, ahora el Interregno bárbarico, el cual solo aporta un par de rasgos interesantes, no para la materia concursal sino en lo que hace referencia a las ejecuciones.<sup>7</sup>

Cuando los Bárbaros conquistaban alguna ciudad y ahí se establecían, se operaba una suma de regímenes: el local, mezcla del derecho interno (Romano), costumbres propias y el derecho canónico, y la ley del conquistador –los famosos estatutos personales- que los invasores transportaban consigo: *les sequitur personae, lex ossa adherentis*, que posteriormente los imponía en los aspectos que hoy llamaríamos de derecho público. Eran rudimentos de Derecho consuetudinario y oral, y se sobrepuso a lo que en las diversas regiones restaba del derecho Romano, del derecho canónico y de las costumbres locales. Se ha señalado que cuando se encuentran dos regímenes durante suficiente tiempo, termina por operarse una especie de simbiosis o composición, algo así como un producto o resultantes de fuerzas<sup>8</sup>. Ocurrió entonces el surgimiento de dos figuras relativas a la ejecución: el secuestro, especialmente en la legislación germánica, y la prioridad del primer ejecutante.

La primera consistía en secuestrar los bienes, mediante un primer decreto que expedía el juez con una promesa que debía firmar el deudor, más no una sentencia ejecutoria, vencido el plazo venía una segunda decisión que era la verdadera sentencia de ejecución. En relación con nuestra materia vemos que se vuelve a la ejecución personal, lo que importa un claro retroceso en comparación con el derecho romano que al cabo de una larga elaboración había insinuado su tendencia a la satisfacción colectiva de los acreedores; el privilegio del primer ejecutante es el aporte del rito bárbarico, es decir, cobra el

---

7 Leal Pérez, op. Cit., p.29.

8 Hilaire Belloc, *Las Cruzadas*, pags. 8-9, trad. Esp., Buenos Aires, 1945: “.....invariablemente en la historia de una lucha humana, por definidos que sean los fines primitivos, el resultado es siempre otro que el mero logro del fin propuesto o el mero fracaso de la acción emprendida. Dos cosas generan siempre una tercera y las dos fuerzas en pugna, aunque sean tan claramente distintas como el negro y el blanco, no darán jamás como resultado único la pura victoria de una y la pura derrota de otra”.

que ejecuta antes, pudiendo ocurrir que obtuviera la satisfacción total de sus derechos y los demás acreedores no recibieran absolutamente nada. La negación del concurso en esta época consiste en el carácter “personal” y no colectivo, de la ejecución.

## **1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS INMEDIATOS**

La génesis de todo el derecho concursal y el comercial se ubica en las celebres comunas de la baja Edad Media. Desmembrado el imperio de Carlos Magno, no existían los países, pero existían unidades jurídicas llamadas Reinos.

En la alta Edad Media, el feudalismo, la economía agrícola, los dominios arbitrarios del señor sobre su feudo, los reyes sin poder centralizador, todo ello explica la conformación de unidades políticas que fueron las ciudades, las villas, las comunas algunas de ellas autollamadas “republicas”<sup>9</sup>. Las ciudades atrajeron a todo el que desarrollaba una actividad comercial, arte o industria, -a propósito del comentario al pie de pagina anterior-, ya que la vida de la ciudad y la actividad comercial suponían la concesión por el señor feudal de ciertas garantías, de ciertas franquicias, de ciertas libertades en suma.<sup>10</sup>

Muchas ciudades, especialmente las marítimas, crecieron notablemente tanto en lo político como en lo económico con motivo de las cruzadas (fines de S.XI a fines de S. XIII), por que el enriquecimiento de las vías de comunicación, el conocimiento con otros países, de mayores mercados para la venta, de nuevos

---

9 Satanowsky, Tratado de Derecho Comercial, t.1, III, , Cáp. I, Págs., 265 y ss. “El derecho comercial así surgido como derecho autónomo se exteriorizo como derecho de la persona y de la libertad individual, sin sujeción servil a la tierra y a la nobleza,. Justamente ocurre durante un régimen social que se basaba en la propiedad de la tierra, y a la nobleza. Justamente ocurre durante un régimen social que se basaba en la propiedad de la tierra por la nobleza y la explotación en beneficio de esta por los siervos, mientras que, ya en las corporaciones y en las ciudades la forma mas elevada de la economía común la constituían, la profesión de artesano y la del comerciante. La historia del derecho comercial demuestra una vez mas que este solo puede subsistir, y desarrollarse en un ambiente de libertad económica. El arte y la industria incipiente se convirtieron poco a poco en actividades comerciales de gran importancia.

10 Hidelbrando, explica al citar a Satanowsky, las ciudades surgieron de una nueva clase de comerciantes profesionales y el ejercicio libre de la industria garantizaba medios de vida y derechos para el ciudadano, el que podía convertirse en burgués o ciudadano podía contar siempre con el apoyo de las autoridades de la ciudad frente a cualquier intento de opresión del señor.

productos (perlas, sedas, especias) permitieron que la actividad mercantil y luego artesanal e industrial creciera.

Los comerciantes, los artesanos e industriales, se agruparon por diversas razones para reclamar derechos ante la autoridad política, autoridad que ellos mismos integrarían más tarde al alcanzar con su progreso económico, la calidad de notables de la comuna. La necesidad primaria de unirse para oponerse a opresiones de las autoridades, para reivindicar derechos, para emprender la aventura de transportar mercadería y moneda a través de interminables rutas; a la vez la necesidad de unirse para afrontar mejor estos riesgos, como asimismo las presiones o abusos de la autoridad política dentro de la ciudad, explican que quienes participaban de una misma actividad se unieran, formando así las “comunidades de artes y oficios”.

Cada gremio era una agrupación de comerciantes o artesanos que se dedicaban a una misma actividad (la producción del vidrio, lana, cerámica, telas); a la vez, cada unidad de labor o “casa” estaba dirigida por un maestro, que era el experto. Subordinados a él se desempeñaban los oficiales, competentes pero aún sin el grado de aptitud que se exigía para reconocerle derecho a fundar una casa: a ese fin debía probar su capacidad, presentando ante las autoridades de la corporación una muestra de su idoneidad profesional, la llamada “obra maestra”. Si era aprobada se le confería el título de “maestro” y entonces podía establecer su negocio propio.<sup>11</sup>

Otros integrantes de la casa eran los aprendices: debían desempeñarse durante largos años para aprender el arte de que se trataba, no percibían salario y en vez de esto debían pagar por el aprendizaje y manutención, ya que vivían en casa del maestro. Estas unidades se reunían en grupos llamados “Comunidades de Artes y oficios”: son las célebres “Corporaciones”, como se las llamó en el Siglo XVIII. Surgieron poco después de la primera Cruzada, progresaron rápidamente y en el siglo XIII ya se sentía su aporte a la vida

---

11 Leal Pérez, op. Cit., p.34.

económica de las comunas. En los siglos XIV y XV signarían también su vida política.

Las corporaciones estaban gobernadas por un colegio formado por los mismos negociantes. Quien lo presidía se llamaba “cónsul” designado por períodos de seis meses o un año. En sus siglos de esplendor -baja Edad Media: XIII. XIV. XV- dictaban las propias reglas a que se sometería la actividad y conducta de los asociados, sus derechos recíprocos, su protección ante desgracias, el amparo de los familiares en caso de fallecimiento, auxilio en los viajes arriesgados, además una serie de pautas que el “cónsul” expresaba por escrito al comenzar su período de gobierno en la corporación (algo así como el edicto del pretor en Roma. aunque incluía normas técnicas sobre producción, sobre comercialización de productos)”.<sup>12</sup>

las pautas a que el cónsul sometía su gobierno, era una especie de promesa o juramento que redactaban minuciosamente y año por año se iban reuniendo en colecciones sin otro orden que el cronológico, que al cabo de cierto tiempo las colecciones eran inmanejables por extensas, a ello se puso remedio designando, siempre dentro del grupo profesional, a expertos llamados “enmendadores” o “estatutarios”, quienes actualizaron y ordenaron tanto material: el resultado fueron los célebres "estatutos" de la corporación.<sup>13</sup>

Los estatutos estaban conformados no solo por la suma de los escritos consulares, sino también por disposiciones tomadas del derecho común y especialmente por los criterios consagrados por la propia práctica comercial: todo ello hizo que el derecho de la corporación se aplicara primero a sus miembros y extendiendo ulteriormente a los terceros que trataron con ellos. Son muchos los autores que han estudiado el tema, afirma el tratadista Osvaldo J. Maffia precitado en esta monografía, las obras de Pértile<sup>14</sup>, de Lattes<sup>15</sup>, de Rocco en lo que hace específicamente a la quiebra<sup>16</sup>.

---

12 Leal Pérez, op. Cit., p.34.

13 Leal Pérez, op. Cit., p.34.

14Pértile. Storia del Diritto Italiano. Torino.1900.

15 Lattes. Il Diritto Commerciale nella legislazione statutaria della città italiana Milano. 1884.

16 Rocco. Il filamento. Teoria Generale e Origine Storica. Pág. 122. Milán. 1962.

Las corporaciones, terminarían por imponer a sus miembros en los diversos cuerpos comunales, decisiones orientadas a lograr las máximas garantías, seguridades e incluso privilegios para los empresarios, para los actos comerciales, para la dignidad de sus actividades, además establecieron, sanciones graves para quienes infringieron derechos de los comerciantes agremiados.

Es entonces donde ubicamos la materia en estudio, entre los siglos XIII y XIV las ciudades comercialmente más desarrolladas (Venecia, Génova, Florencia, Siena, Amalfi, Milán) coincidieron, en establecer una regulación sistemática y completa de la quiebra, al punto que sus principales conclusiones conforman aun en la actualidad la estructura fundamental del instituto, según palabras de Rocco<sup>17</sup>.

Trataré de sintetizar las características más llamativas de esa regulación en los siguientes puntos, para evitar una exposición que de otro modo sería interminable:

1. En los comienzos la quiebra alcanzaba tanto a los comerciantes como a los no comerciantes (Estatuto de Siena, 1262), pero rápidamente se restringió a los primeros ya que sólo los comerciantes realizaban operaciones vinculadas al crédito y quedaban expuestos a las secuelas del incumplimiento.
2. “La quiebra consistía en dejar de pagar; en cesar en los pagos. Fallitus y cessatus eran sinónimos. No es, que la cesación de pagos posibilitara la declaración de quiebra como ocurrirá siglos después, sino que derechamente “constituía” al deudor en quiebra. La ulterior intervención del magistrado partía de esa situación”<sup>18</sup>.
3. La fuga era considerada el síntoma típico de la insolvencia; no la mera ausencia, por supuesto, sino la desaparición relacionada con un pasivo

---

17 Rocco. Op. Cit Pág. 221.

18 Leal Pérez, op. Cit., p.36, al citar a Santarelli, afirma que “ aun cuando asociada a ciertos hechos, característicamente la fuga propter debita.

insatisfecho y cuyo monto variaba según las regulaciones; se considera fallido a quien huía en razón de sus deudas (fuga propter debita).es decir, para no pagar<sup>19</sup>.

4. La intervención del tribunal, no requería instancia de parte interesada - acreedores o el propio deudor-; sea cual fuere la vía por la que el hecho de la quiebra llegaba a conocimiento del magistrado se ponían a marchar de inmediato las previsiones legales.
5. Sin perjuicio de los poderes oficiosos del tribunal, su intervención podía ser pedida -o contestada- por el deudor o sus acreedores.
6. Cuando un acreedor alegaba la situación de quiebra de su deudor y solicitaba la intervención del tribunal, debía producir la información de tres testigos para acreditar que el deudor se había ausentado dejando impagas sumas cuyo monto justificara la actuación del juez. El magistrado ordenaba medidas cautelares y citaba mediante afiches al deudor para que tomara intervención en el trámite y eventualmente dedujera oposición, Un aspecto llamativo del procedimiento consistía en que, además del deudor, también podían oponerse al progreso del pedido de quiebra los acreedores cuyos derechos superaban en cuatro veces al de quien instaba el procedimiento.
7. Cuando el propio deudor recurría a la autoridad reconociendo hallarse en quiebra, debía poner a disposición del tribunal sus bienes, libros y

---

19 Santarelli, Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell 'eta intermedia, Editorial Papuam, 1964, págs. 32,40,48 y ss "El más importante de los síntomas de la quiebra es seguramente la fuga del insolvente del lugar de su residencia habitual o de su ejercicio comercial; hecho este del cual -más que de cualquier otro- nuestros legisladores de la época intermedia extrajeron argumento para presumir la insolvencia de un sujeto. Presunción similar es dable encontrar en la mayoría de las legislaciones, desde las más antiguas y fragmentarias del siglo XIII hasta las más tardías y evolucionadas: siempre se considera que cuando un sujeto, cuya posición deudora fuese particularmente grave, se alejase del lugar de residencia o abandonare el ejercicio de su comercio. a consecuencia de lo cual o en la forma que fuere se hiciera inhallable, en todos esos casos era necesaria la intervención de la autoridad pública la cual, atenta la insolvencia del fugitivo, proveyera a liquidar su patrimonio o beneficio de los acreedores. Es necesario precisar que cuando se habla de "fuga" y de "fugitivo" en el sentido que nos interesa. no se quiere hacer refererencia al puro y simple dato de la ausencia de un sujeto el cual, por azar, sea deudor de alguno: entre los dos hechos, ausencia y deudas. debe darse una relación de causalidad en el sentido de que la fuga en territorio extranjero, la clausura del ejercicio comercial o la inhallabilidad deben ser provocadas por la imposibilidad de hacer frente a las propias obligaciones" (pág. 48).

demás elementos de contabilidad. Su situación, si así procedía, era más benigna.

8. Sea cual fuere la vía por la que el estado de quiebra llegaba a conocimiento del tribunal, el magistrado disponía diversas medidas cautelares: se apartaba al fallido de la disposición y administración de su patrimonio (desapoderamiento), un funcionario judicial examinaba los libros y demás elementos de contabilidad del fallido, inventariaba sus bienes, mediante bandos se hacía público el estado de quiebra (en algunos casos lo que se publicaba era la resolución judicial que reconocía este estado) y se ordenaba a quienes poseyeran bienes del fallido a incorporarlos a la masa.
9. Los actos de disposición que realizara el fallido o los familiares solidarizados con su suerte después de que la quiebra era declarada, eran nulos.
10. Los pagos que efectuara el fallido antes del vencimiento a acreedores carentes de privilegio, o al modo que fueren violatorios de las condiciones a los quebrados, eran revocados.
11. Los pagos o entregas de bienes efectuados por el fallido en los días inmediatamente anteriores a la quiebra<sup>20</sup>, eran revocados.
12. Los acreedores eran convocados por el juez para que solicitaran la verificación de su crédito, y si no lo hacían dentro del plazo fijado, perderían su derecho frente a los demás acreedores.
13. Se origina la sindicatura, los acreedores proponían de tres a cinco síndicos (algunos estatutos los llamaban “diputados”, otros “curadores”, otros “embajadores”) y normalmente el juez confirmaba esa designación.<sup>21</sup>, los síndicos eran más representantes de los acreedores que funcionarios u órganos judiciales. Intervenían en la administración, liquidación del patrimonio y oportuna distribución del producido del dinero entre los acreedores. En algunos estatutos, estas funciones eran asignadas a un órgano judicial o aún a los propios magistrados<sup>22</sup>. Su función era que cuando el fallido intentaba alcanzar un concordato,

---

20 Santarelli, Op. Cit. Págs. 17, 19 y ss.

21 Leal Pérez, op. Cit., p.39.

22 Santarelli, op. Cit. Págs. 316-321.

tenía que tratarlo con los síndicos , quienes en caso de lograrse un acuerdo trasladaban la propuesta a los acreedores para que resolvieran su aprobación por mayoría.

14. “El concordato permitía al fallido superar las gravísimas consecuencias – tanto comerciales, civiles y penales- y si la mayoría de los acreedores lo aprobaba, sus efectos se extendían a quienes no hubieran participado o incluso votado en contra, se conoció el concordato “de mayoría”, pero en relación al importe de los créditos, no del número de acreedores<sup>23</sup>. El concordato era remisorio, es decir, se perdonaba una parte de la deuda (lo que posteriormente se llamó “quita”)<sup>24</sup>.
15. Para promocionar el concordato entre los deudores fallidos se otorgaban los “salvoconductos”, a fin de que el quebrado tuviera libertad de desplazamiento si estaba preso, o pudiera regresar a la ciudad si se había fugado, durante el tiempo necesario para las negociaciones el “salvoconducto” se otorgaba por seis, doce o más meses, por la autoridad política de la comuna, en casos por los propios acreedores o los síndicos que los representaban.
16. Posteriormente ese concordato, se llamará “resolutorio” -porque apunta a superar la quiebra, no a evitarla- apareció el concordato “preventivo” en los estatutos de Lucca (mediados siglo XVI,). Luego en Florencia y Siena, también siglo XVI. Esos estatutos otorgaban derecho al deudor para acudir al magistrado a fin de que convoque a sus acreedores para proponerles un acuerdo, pedido que podían formular antes de ser citados por el juez, a efectos de darlo por “fallido”. Reunidos los acreedores, si tres cuartos de ellos que representaran la mitad de los créditos aprobaba la propuesta, el concordato se hacía extensivo a disidentes y ausentes. El presupuesto del concordato era la insolvencia y su finalidad apuntaba a “evitar la quiebra”<sup>25</sup>.
17. Se profundiza la institución de la cesión de bienes para evitar las consecuencias de la quiebra, subsistente desde el siglo I a. C. (“lex Julia”), pero era mal vista, y aun cuando no la derogaron la sometieron

---

23 Santarelli, op. Cit. Pág. 279.

24 Leal Pérez, op. Cit., p.39.

25 Santarelli, op. Cit. Pág. 301.

a condiciones tales de infamia que redujeron al mínimo esa fórmula a la vez práctica y humana de superar las dificultades del deudor honesto.

18. La quiebra se hacía extensiva al núcleo familiar del fallido: los padres, los hijos salvo que fueran religiosos, los hermanos que con él convivían, se presumía que eran sus socios. La medida de esa extensión variaba según los estatutos, tanto por los familiares alcanzados como por la intensidad del efecto que iba desde atribuirles responsabilidad patrimonial hasta involucrarlos derechamente en la quiebra. En cuanto a la mujer, algunos estatutos también la solidarizaban con la suerte del fallido, pero la mayoría respetaba sus bienes dótiles. No era considerada socia del fallido pero sí, a veces, su cómplice.
19. Se habla de incapacidades y de sanciones penales<sup>26</sup>. Las penas previstas para el delito de quiebra son memorables por su entidad y severidad. Los fallidos eran equiparados a ladrones y la primera de las penas consecuentes a esa asimilación era el arresto, que podían efectivizarlo los propios acreedores<sup>27</sup>. En Francia se ordenaba derechamente la muerte.
20. Otra pena era el bando, que consistía en la publicación del nombre del fallido aparejaba su exclusión del amparo legal. Eso significaba que cualquiera podía hacerlo objeto de agresiones en su persona o en sus pertenencias sin que la ley lo protegiera. Se exceptuaba el homicidio, pero no siempre, si bien las valoraciones vigentes se oponían a que un hombre, aunque fallido, fuera muerto impunemente, ciertos estatutos permitían matar a un quebrado sin consecuencias para el homicida. Consecuencia del bando era la exclusión de la sociedad civil a que hasta entonces pertenecía el fallido (eieto a civitate), no podía invocar ningún derecho, no podía recurrir a las autoridades, y en particular le estaba específicamente vedado utilizar los servicios de abogados y procuradores. Si bien esas y otras consecuencias se derivaban de la figuración en el bando, algunos estatutos las incorporaban en forma expresa.

---

26 Santarelli, op. Cit. Pág. 118 y ss.

27 Santarelli, op. Cit. Pág. 136.

21. La publicidad infamante. Consistía inicialmente en pintar la imagen del fallido en la pared de los edificios públicos, para que su condición de quebrado fuera reconocida incluso por los analfabetos. A la imagen se agregaba el nombre del fallido y el oficio en cuyo ejercicio había quebrado. Este modo de publicidad, primordial y quizás exclusivo de Florencia, fue luego reemplazado por la inclusión del nombre en un registro "ad hoc". La "berlina" o "picota" era un poste en que se ataba el quebrado fraudulento y se colocaba preferentemente en la intersección de los caminos que confluían en la ciudad. A veces se utilizaba una jaula de barrotes donde se exponía al fallido a la burla y al escarnio de los circunstantes. Además al fallido lo mismo que a su esposa, le estaba prohibido el uso de vestimenta fina (por ejemplo, ropa de seda) o de alhajas bajo pena de cárcel. En ciertas épocas y ciudades, si asistían a algún espectáculo público debían ocupar determinado recinto, ubicación que los individualizaba como quebrados.
22. El estado de quiebra además traía como consecuencias, la prohibición de ejercer el comercio, pérdida de derechos electorales de elegir y ser elegido, prohibición de desempeñar cargos públicos en tanto no se hubiera pagado la totalidad de lo debido o cumplido un concordato -en este último caso sólo en relación al plazo para el pago, no al monto-. También a los hijos del quebrado les estaba prohibido ejercer el comercio.

El régimen de la cesión de bienes con efectos liberatorios, vigente desde los romanos subsistía en esta época aunque supeditado a condiciones tales que no quedaba duda del disfavor con que era visto. El deudor podía, sí, evitar la quiebra cediendo sus bienes, pero sometiéndose a imposiciones que alcanzaron el nivel máximo de humillación a que fueron sujetos los comerciantes arruinados.

Diversas regulaciones, tanto en Italia como en Francia, indicaban minuciosamente los pasos en que consistía el procedimiento de cesión de bienes, el deudor era conducido desde el palacio comunal hacia la plaza pública, habitualmente precedido por un trompetero y seguido por un cortejo de

niños que saltaban, gritaban y reían, agitando bolsas vacías, símbolo de pobreza. Así llegaba el deudor a la plaza donde los acreedores y la población curiosa disfrutaban del espectáculo<sup>28</sup>. Una vez en la plaza el deudor debía aproximarse a una piedra colocada especialmente a ese fin, llamada “piedra del vituperio”, y allí, despojado de sus ropas, se exhibía desnudo ante los espectadores como demostración de que con nada se quedaba. Pero no terminaba allí la humillación del cedente: el extremo máximo lo constituía lo que los estatutos llamaban aculattata: el deudor, desnudo, debía dejarse caer sentado por tres veces sobre la piedra del vituperio, al tiempo que proclamaba que todo su deber era cedido a los acreedores.

El cedente estaba obligado bajo pena de prisión a llevar de por vida un gorro verde o del color que consignaran los estatutos, el verde prevalecía en Francia; en Venecia debía ser rojo si el quebrado era judío. Otras ciudades lo ordenaban de color amarillo o blanco, a veces con la efigie de un zorro símbolo de malicia<sup>29</sup>. Por último, diversas prohibiciones -portar armas, vestir prendas finas, ocupar cargos públicos- completaban su castigo por ser deudor.

---

<sup>28</sup> Leal Pérez, op. Cit., p.43.

<sup>29</sup> La utilización obligatoria de un gorrito era una de las humillaciones más características a que se sometía al cedente, Renoard - transcribe una curiosa y pintoresca -defensa- -llamémosla así- del gorrito verde. color que se imponía en Francia en la época. siglo XVI. Una sentencia del Parlamento de París confirmó un fallo por el cual un cedente de sus bienes debía llevar “por signo y marca” un gorrito verde con el agregado de que si fuere hallado sin él cualquier acreedor podía hacerlo encarcelar, Un consejero y abogado en la Corte de París. Gabriel Bounyn. publicó un trabajo defendiendo el fallo. Dice Renouard que es un trabajo de una “erudición indigesta” de “estilo grotescamente ampuloso” y a fe que no exagera, Después de recordar la severidad de los hebreos. griegos y romanos contra los deudores. Bounyn refiere los usos de Francia en la época-transcribe en francés.- Recuerda que hasta treinta años antes se negaba sepultura a los deudores excomulgados por sus deudas y luego entra a lo más pintoresco de su trabajo, la defensa del gorrito verde. que podemos traducir sin el velo del original que la discreción aconseja mantener en vista a algún vocablo. Bounyn sostiene con apoyo en numerosas citas. que la pena del gorrito verde es una pena suave. No hay lugar donde los cedentes “sean tratados más dulcemente que en este reino, ello procedente de la humanidad natural de los franceses, suaves y tardíos para castigar”. Por haber arruinado cinco o seis comerciantes y otras tantas viudas. huérfanos y pupilos, ¿no es acaso un buen negocio quedar libre por un gorro verde, y que todavía no le cuesta nada? (el gorro le era provisto al cedente por los acreedores), Sigue toda una historia de los gorros y de su origen. cuya transcripción Renouard omite. y luego continúa transcribiendo a Bouniyn “los impostores, estafadores y gastadores de bienes no pueden dolerse por ese gorro verde. atento que tal gorro no difiere de los demás sino por el color que es verde. Color que es bello, agradable y placentero a la vista. Muchos bravos caballeros y portadores de armas, en sus escudos. blasones y red de caza han llevado el verde que es el sinople.... el verde o sinople como blasón de armas significa tres virtudes, honor, amor y cortesía; de los siete planetas representa mercurio, de las piedras, la esmeralda, de los días de la semana, el miércoles, y de los metales, la plata viva de la que se hace el verde: y también significa árboles. hierba y toda verdura. Luego agrega que el color verde conviene a los cedentes por antítesis de aquellas

Así las cosas cada gremio organizado, había llegado a conformar un orden jurídico parcial relativo a sus miembros, sus actos, sus conflictos<sup>30</sup>, sus resoluciones. Era un derecho “de clase”, siglos después, se presentó el derecho de los gremios como privilegio de la clase comercial, situación que duro hasta la Revolución Francesa, en cuyo ideario la eliminación de las clases ocupaba un lugar importante, enemiga de esas organizaciones gremiales y sus estatutos. Fue así que la ley “Le Chapellier” de 1791 suprimió las asociaciones, ya entonces llamadas “profesionales” y el Code de 1807 consagró el criterio “objetivo” de los actos de comercio -no ya la persona del comerciante, menos todavía su pertenencia aun gremio- como definitorio de la comercialidad, es decir los “actos de comercio” son tales porque así figuran en la ley, no porque sean realizados por los comerciantes inscritos en sus respectivos gremios.

Al final de la época enmarcada, y me refiero a la de las comunas y clases, se produjo una novedad importantísima en el movimiento comercial europeo que facilitó la generalización del régimen comunal italiano, con el surgimiento súbito y pujante de las ferias a un nivel, que hoy diríamos, internacional. Su importancia, en relación por un lado con el comercio y la industria, por el otro con instituciones y prácticas jurídico-mercantiles. Es llamativo que las célebres ferias de aquellos siglos de la baja Edad Media- en el siglo XIV comenzó su rápida decadencia y en el siguiente pocas subsistían- surgieron casi simultáneamente en Francia, en España, en Alemania, en los Países Bajos, en Inglaterra, en Rusia. Por su trascendencia en relación con el derecho comercial y su ulterior influencia en nuestro país, importa especialmente lo ocurrido en

---

virtudes. en cuanto a la esperanza. por la de adquirir honor a expensas de otros; en cuanto al amor y a la cortesía. porque el amor desordenado los llevó al gorro verde y la cortesía es el instrumento para adular a sus acreedores y atraerlos a sus redes. El planeta Mercurio era considerado. por los antiguos dioses de los mercaderes tramposos y ladrones. -En cuanto al color verde. demuestra que esos deudores son siempre niños desconsiderados verdes sin llegar a buen fruto y maduración. siempre locos y malsanos en su entendimiento para hacer negocios, disipar y prodigar lo propio y lo ajeno sin considerar a quien, a qué fin ni cómo, en signo de lo cual. para mostrar su interior por un signo' exterior, se le hace llevar el referido Sombrero verde para advenir a cada uno de cuidarse de tales esponjas, sanguijuelas y harpías, así como antiguamente a los bueyes salvajes y cornúpedos se les colocaba paja sobre los cuernos para advertir a todos de cuidarse de sus cornadas según dice Horacio....como se ve toda una defensa del famoso gorrito. Aclaro que esta cita fue tomada del autor Hidelbrando Leal Pérez, de quien he venido trabajando la estructuración histórica.

<sup>30</sup> Satanowsky. Op. Cit. Págs. 318-322.

Francia, ya que a través de su derecho se conformó un modelo legislativo del que somos seguidores.

La autorización para el funcionamiento de las ferias debía otorgarla la autoridad política -sea el Rey, el señor feudal, más frecuentemente el noble en sus dominios- contra pago de importes que compensaban diversos privilegios y exenciones con que se favorecía su realización, por ejemplo, los derechos que ordinariamente se cobraban por el uso de los caminos -que eran del señor feudal-, el *droit d'aubaine* o sea la propiedad del señor sobre los bienes del extranjero fallecido en su feudo, la suspensión de medidas coercitivas por deudas comerciales, la autorización del préstamo a interés, rigurosamente prohibido, y especialmente la llamada *pax nundinarum*, la paz que se aseguraba bajo penas severísimas en ocasión de la feria, por todo el tiempo que duraba. Esas liberalidades estimulaban en particular la afluencia de comerciantes, artesanos, agricultores e industriales alejados, que llevaban sus productos y a la vez hacían acopio de lo que les interesaba adquirir hasta la próxima feria.<sup>31</sup>

Las primeras ferias importantes lo fueron las de Brie, de Champaña, así llamadas por los condes epónimos que las autorizaron. Se empezaron a celebrar a principios del siglo XII.

No solo el derecho comercial sustantivo surgió o se desarrolló impulsado por esas prácticas mercantiles, -el contrato de cambio trayecticio, seguros terrestres, fueron entre otras figuras las nacidas en esa época-, nace una especie de jurisdicción especial, las controversias que surgían durante las ferias y en relación con su actividad eran resueltas por una jurisdicción

---

<sup>31</sup>Leal Pérez, op. Cit., p.46, afirma que “Las reuniones se efectuaban una o dos veces por año -por excepción más- y duraban entre cuatro y seis semanas. Solían coincidir con alguna festividad religiosa y se desarrollaban en clima de fiesta, con los espectáculos y diversiones característicos de la época: malabaristas, payasos, bandas de música, juegos de dados, etc. Desde lugares distantes se conducía todo lo que se procuraba vender, de todas partes se iba a comprar lo que frecuentemente sólo se conseguía en las ferias -de ahí que se hicieran provisiones suficientes hasta la próxima-, se adquirían bienes para transportar a otras ciudades en vista a su reventa, se permutaban cosechas por implementos de cultivo, productos artesanales por materia prima, y en ese clima eufórico de venta, de compra, de cambio, de fiesta. cursaba la primera parte de ese acontecimiento que lo era”.

especial, el custodes nundinarum, nombrado por el señor feudal. Posteriormente la designación de un magistrado “ad hoc” elegido por los interesados.

Las costumbres mercantiles de las ciudades italianas, la consagración de esas costumbres en reglas -estatutarias, consuetudinarias, legislativas-, el derecho comercial se propagó en ocasión de las ferias a Francia, a Alemania, a los Países Bajos. Importancia fundamental reviste para nosotros el trasplante a Francia de ese derecho comercial de las comunas italianas porque a través de la Ordonnance de 1673 llegó al Code de 1808 que inspiró, directa y mediatamente, el nuestro<sup>32</sup>.

En Francia, existían tantas unidades de regulación jurídica como unidades político-geográficas, se llegaron a contar más de setecientas “costumbres locales” y más de sesenta “costumbres generales” (cuyo ámbito de aplicación era más extenso, como las costumbres de París, de Orleáns, etc.)<sup>33</sup>. En materia concursal, cuando las autoridades se ocuparon de la quiebra fue exclusivamente para regular su aspecto penal, precisando, extendiendo ya a veces agravando las severas medidas prescritas por la legislación estatutaria italiana. En ese orden de ideas se considera que la ley general más antigua es la Ordenanza del Emperador Francisco I para la ciudad de Lyon del año 1536. Esa Ordenanza prescribe que los quebrados sean encarcelados hasta que paguen el total de lo debido. Indica un procedimiento especial y sumario y ordena la aplicación de medidas, a la sazón generalizada, mezcla de represión corporal y de humillación ejemplarizadoras típicos al respecto eran el "carcán" y la picota o berlinas. Si bien existió la preocupación por regular los efectos penales de la quiebra, no ocurrió lo mismo en los otros aspectos que hoy llamaríamos comerciales y procesales, al respecto se aplicaron directamente las prácticas vigentes en las comunas italianas, llegadas a Francia a través de las Ferias.

---

<sup>32</sup> Así lo afirma Vélez Sarsfield y Acevedo en su nota de elevación del proyecto de Código de Comercio. Véase Cáp. V. ap. 1 y nota de vigencia del mismo.

<sup>33</sup> Leal Pérez, op. Cit., p.52.

Eso de que en un país se admita la regulación creada para otro se explica por el carácter rudimentario del comercio de aquellos siglos. Como decía Pardessus, “las necesidades eran las mismas e iguales necesidades imponían iguales soluciones”. En principio, pues, bastaba con imitar aquella praxis; pero aun con esa explicación resulta llamativo cuánto se tardó en regular la materia concursal) en Francia, sobre todo sí Comparamos Con Italia, Alemania, los Países Bajos, etc. Quizá se deba a que en Francia el comercio no había alcanzado el nivel de aquellos otros países, aunque podría ocurrir -y así lo entiende Bédarride- que fuera a la inversa, es decir, que la carencia de legislación adecuada hubiera impedido el florecimiento del comercio<sup>34</sup>. Lo concreto es que en la segunda mitad del siglo XVII, bajo el fuerte reinado de Luís XIV y la inspiración de Colbert, Francia despertó de su letargo legislativo y sancionó, aquellas famosas ordenanzas que fueron base de ulteriores códigos. El más importante de todos la Ordonnance de 1673<sup>35</sup>, considerada el primer código de comercio del mundo. Está compuesta por doce títulos 54 de los cuales el XI trata de quiebras, aunque también le son aplicables partes de los artículos en los capítulos III) libros y registros de comerciantes, IX) moratorias y X) cesión de bienes.

Sus disposiciones más importantes son las siguientes:

- a. Se declaran nulas las ventas, cesiones y donaciones, hechas en fraude de los acreedores, las que vuelven a la masa;
- b. Se consagra la validez de las decisiones mayoritarias de la asamblea de acreedores: lo aprobado por concurrentes que sumen tres cuartos del monto de los créditos vale incluso contra los disidentes;
- c. los quebrados fraudulentos son juzgados en forma extraordinaria;

---

<sup>34</sup> Leal Pérez, op. Cit., p.55.

<sup>35</sup> Leal Pérez, op. Cit., p.55, al citar a Cervantes Ahumada Raúl, Derecho de Quiebra. Pág. 146. “1) sobre aprendices, negociantes y mercaderes tanto mayoristas como minoristas: II) sobre agentes de bancos y corredores; III) sobre libros y registros de comerciantes y banqueros; IV) Sobre sociedades V) Sobre Letras de cambio; VI) Sobre intereses del cambio y recambio: VII) Sobre prisión por deudas; VIII) Sobre separación de bienes; IX) sobre exenciones a la prisión por deudas y moratorias; X) sobre cesión de bienes; XI) Sobre quiebras y bancarrotas; XII) Sobre jurisdicción consular”

- 2 se prescribe la pena de muerte para el fallido fraudulento;
- 3 los cómplices y encubridores son sancionados con multa y devolución de lo obtenido.
- 4 no determina expresamente el comienzo de la quiebra con base a una resolución judicial que así lo establezca;
- 5 no se regula la función que incumbe a la junta de acreedores ni la oportunidad y modo de actuar;
- 6 no se menciona el juicio declarativo de quiebra;
- 7 no se consagra el desapoderamiento (no obstante hallarse en vigor , de hecho, desde cuatro siglos atrás), de manera que el fallido continuaba en la posesión de sus bienes;
- 8 los acuerdos entre el fallido y los acreedores se realizaban sin control judicial alguno;
- 9 los síndicos eran elegidos abusivamente por acreedores supuestos o por minorías -incluso amigos del fallido- que fabricaban acuerdos a su gusto, sin control jurisdiccional.

En la Ordenanza de 1673 concluye la reseña histórica de los orígenes del instituto concursal. Surge entonces el Code de 1808 en el plano del derecho comparado. Señalemos sin embargo que en punto a quiebras el Code alcanzó una regulación muy superior a aquel cuerpo legal, su rigor excesivo comprometió sus beneficios. Coinciden los tratadistas en desatacar el clima que signó su nacimiento, tras la Revolución y a favor de los mismos vientos que soplaban, surgió como inevitable el aprovechamiento de los grandes ideales y las grandes reivindicaciones. Se cambió la “clase” de privilegiados por un “grupo” de privilegiados, sólo que incomparablemente más voraces. Esos despojos y ulteriores negociados fraudulentos produjeron tal indignidad, que el propio Napoleón exigió una legislación severísima, la quiebra debía ser pedida no solo por el propio deudor, como hasta entonces, sino también por el acreedor; asimismo, declarada por el tribunal ante la mera notoriedad de la cesación de pagos, procediendo de oficio a clausurar locales y disponer otras medidas conservatorias. El auto de quiebra ordenaba el arresto del quebrado en la cárcel de deudores. Preso y desapoderado de sus bienes, debía confiar en que el Tribunal no encontrara nada reprehensible en su conducta o estimara

útil para los acreedores que volviera a la libertad para salir de la prisión. Tal severidad fue exigida por el propio Napoleón: todo fallido debe ser encarcelado.

Como era previsible, los comerciantes en dificultades rehuyeron la solución concursal, pues era demasiado -y más importante que dinero, cosas y negocios- lo que arriesgaban sometiéndose al trámite previsto para esos casos. La consigna, pues, era prolongar la situación cuanto se pudiera, calmar a los más exigentes, entretener a quienes aceptaban promesas y postergaciones, tratar que la liquidación judicial fuera reemplazada por arreglos privados, a los que se convenían la mayoría de los acreedores porque el trámite de la quiebra era tan largo que disuadía toda esperanza de mejores resultados, excesivamente costoso en tiempo y molestias. El exceso de severidad que mostraba ante el deudor le impedía su presentación espontánea a tiempo. El deudor prefería luchar hasta el fin salvo, para evitar la cárcel, huir a último momento privando así al síndico de informes a veces necesarios<sup>36</sup>.

El libro II del Code fue reformado por la Ley de 1838. Atenuó severidades, simplificó el trámite, agilizó la liquidación, delimitó mejor el período de sospecha, facilitó y estimuló el recurso a la vía judicial para los comerciantes con problemas susceptibles de arreglo ante el tribunal. Con esas correcciones el Code prosiguió su vida venturosa: antes de la reforma del año 1838 Napoleón lo impuso en ocasión de sus conquistas.

Fue adoptado por otros países o tomado como modelo, por ejemplo, Bélgica lo acogió, modificándolo en 1851 y nuevamente en 1883. España, Holanda, Grecia, Turquía, etc., se inspiraron en él. A través de España lo recibieron México, Venezuela, Perú, Bolivia y Portugal (y .a través de Portugal, Brasil). Influyó sobre nuestro código que rigió también en Uruguay y Paraguay -en Italia el código francés fue “copiado”, por el código sardo de 1848 (se le llamó código Albertino, por ser el rey sardo Carlos Alberto quien lo sancionó)<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Leal Pérez, op. Cit., p.57.

<sup>37</sup> Leal Pérez, op. Cit., p.70.

### **1.3. ANTECEDENTES EN COLOMBIA**

Para referirnos al origen del concordato en Colombia, basta con hacer una referencia legislativa. Nuestro país no posee un antecedente propio como si lo tienen la mayoría de los países americanos, pues nuestro derecho mercantil es importación del europeo, surgido en la edad media. Desde el punto de vista comercial, en Colombia, se podría afirmar que su nacimiento tiene origen en los sucesos de la colonia y la conquista. Con el sometimiento constante de España a las colonias, no solo militar sino económico, que trascendió a nivel político y jurídico expandiéndose de la metrópoli a nosotros. Durante la colonia, se observan legislaciones españolas aplicables a América, específicamente al Nuevo reino de Granada. Por ejemplo las Siete Partidas, la Recopilación de Leyes de Indias, las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación.

Las Ordenanzas de Bilbao tuvieron, como particularidad, el convenio de "quita y espera", claro esta, éste no contaba con procedimiento alguno para lograr sus objetivos.

Cuando se logra la independencia de España, no es drástico el cambio como se esperaba, el panorama sigue en términos generales, igual. La Constitución de Cúcuta de 1821 mantuvo la aplicación de dicha legislación, siempre y cuando no fuera en contra de la Constitución, decretos o leyes que expidiera el Congreso.

Retomando las Ordenanzas de Bilbao, vale la pena mencionar que fueron introducidas a nuestra legislación, por medio de la Ley del 23 de mayo de 1836, aunque su vigencia fue muy corta, pues fueron derogadas por el primer Código de Comercio Nacional en el año de 1853. Criticado por ser una copia del Código español de 1829, y con influencia del Código Napoleónico francés. Así como las ordenanzas de Bilbao tuvieron poca vigencia, el Código de Comercio de 1853 también. Consecuencia del cambio de régimen constitucional: El advenimiento del Federalismo.

El 15 de abril de 1887, por medio de la Ley 57 se incorpora a nuestra codificación un nuevo Código de Comercio, gracias a la integración, en el tema que nos ocupa, de los Códigos de Comercio de Panamá y el Código Nacional o Marítimo. En el artículo 178 del Código de Panamá se hace mención al convenio concordatario para que los quebrados de primera y segunda clase pudieran lograr su rehabilitación como comerciantes. Además agrega que los mencionados para que obtengan su rehabilitación, les basta justificar el cumplimiento íntegro del convenio previa aprobación de sus acreedores. De no haberse hecho convenio, deberá probar que, con él haber de la quiebra, o por entregas posteriores si este no hubiere sido suficiente, quedarán satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra. Proceso que podría equipararse al concordato resolutorio.

Con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al ejecutivo, expidió el Decreto 750 de 1940, que regula el régimen de quiebras, y específicamente su artículo 34, cita los convenios entre acreedores y quebrados, en lo relativo al concordato resolutorio, es decir el que pone fin al proceso de quiebra. Además del resolutorio, incorporo el concordato suspensivo, que consiste en que acreedores y quebrados pactaban suspender por un tiempo determinado el proceso.

Este Decreto solo regula dos tipos de concordatos. Basta con mirar los motivos de la comisión para darnos una explicación del porque de esta regulación tan rigurosa. *“En vista de las grandes dificultades que se presentan, la comisión decidió prescindir de ocuparse del concordato que puede celebrarse antes de la iniciación del juicio de quiebra, siguiendo en el particular el camino trazado por eminentes tratadistas franceses. Desde que se principió a considerar ese concordato previo, se tropezó con la dificultad de saber cuando podía concederse al deudor el derecho de proponerlo:*

*Antes de cesar en el pago de sus obligaciones o dentro de un término contado desde la cesación. Si lo primero, fatalmente se lleva al deudor al estado de quiebra y nada práctico se consigue con la propuesta de concordato; y si lo segundo, se introduce un motivo de demora y aplazamiento, y se destruye en*

*realidad la obligación impuesta al comerciante de manifestar al juez su estado de quiebra. Obligación que no solo mira los intereses del deudor sino los generales del comercio. Bastará esto sólo para justificar la prescindencia del concordato fuera de juicio”.*

En fallo de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 1969, fue declarado inconstitucional el Decreto en mención. Rigió 29 años en nuestro país.

Por medio del Decreto 2264 del 31 de diciembre de 1969, se adiciona a nuestra ordenamiento jurídico, los procedimientos del concordato preventivo, potestativo y obligatorio, al igual que la liquidación administrativa forzosa. Este decreto es considerado la piedra angular de los concordatos en Colombia.

La expedición del actual Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, deroga el Decreto 2264 de 1969, del cual se extrae el Título I del Libro Sexto, que regulan los procesos concordatarios.

El capítulo I se ocupó del concordato preventivo potestativo, y el Capítulo II, del concordato preventivo obligatorio y liquidación forzosa administrativa.

El concordato preventivo que se reglamenta en el proyecto se acomoda en su fondo con legislaciones modernas, como la italiana, mexicana, la brasileña, la Argentina, etc., claro esta con algunas modificaciones para adaptar la nueva figura a las necesidades comerciales de nuestro país. Esta institución no es contraria a la quiebra, ni la excluye, sino forma parte de ella, pues se asemeja al concordato extintivo o suspensivo, enmarcado en la legislación del país, que cuando las circunstancias económicas y morales del deudor son favorables, se celebra no solo para terminar o suspender el juicio, sino para evitarlo o aplazarlo, con las mismas consecuencias para los acreedores.

La institución del concordato preventivo atiende a una necesidad de la vida del comercio. “Esta, como todas las instituciones de orden legal, si no se entrega indefensa a las disputas de los jueces y abogados, sino que se la va

reformando a medida que el desarrollo del comercio lo exija, para subsanar las deficiencias que forzosamente ofrece toda institución nueva, puede convertirse en un instrumento eficaz de moralización y seguridad en las relaciones entre deudores y acreedores”<sup>38</sup>

A pesar de la transparencia y soportes de los propósitos que inspiraron la iniciativa del concordato preventivo, en la elaboración del estatuto legal sobre quiebras, se modificó el espíritu inicial en puntos álgidos, en especial en tres de suma importancia:

- a. La eliminación de las condiciones objetivas que, junto con las condiciones personales que se indicaban en el artículo 1910 del Código de Comercio, se exigían para la aceptación de la solicitud de admisión a la celebración de un concordato preventivo;
- b. La introducción del concordato obligatorio para las sociedades comerciales indicadas en el artículo 1928 del mismo Código, sin discriminación alguna;
- c. La tramitación por los jueces competentes para conocer de la quiebra, en su caso, respecto del concordato preventivo, obligatorio de las sociedades sometidas a su control, según los artículos 1912 y 1928 del Código de Comercio.

Las exigencias de condiciones objetivas como activos suficientes para el pago, u otra oferta de garantías reales o personales satisfactorias, o estar coadyuvada la solicitud por acreedores relacionados en el inventario que representaran no menos del ochenta por ciento de los créditos se inspiraba en la idea de que el concordato preventivo no fuera una medida favorable solamente para el deudor, sino que fuera al mismo tiempo útil para los acreedores, para no convocarlos a discutir un arreglo cuando ya casi no pudieran convenir con su deudor sino medidas relacionadas con sus bienes futuros, por falta o insuficiencia de bienes presentes.

---

<sup>38</sup> Exposición de motivos proyecto del código de comercio, 1958, tomo II, Pág. 267

Porque no resulta recomendable prescindir de esa clase de condiciones, para limitar las exigencias legales a sólo condiciones personales del deudor, como las que se preveían en el artículo 1910 del Código de Comercio; en esta forma el concordato preventivo, en lugar de ser un estímulo más o menos eficaz de la buena conducta del deudor con sus acreedores que no excluye sino que exige la prudencia en el manejo del crédito, puede degenerar en estímulo para algunas formas vedadas de insolvencia.

Las condiciones subjetivas, necesarias para que sea aceptable la solicitud a la admisión a discutir un concordato preventivo, excluían, la posibilidad de que se acogieran a esa medida prevista para el buen comerciante los deudores que no merecieran ese tratamiento legal en favor. La comisión que preparó el proyecto de reforma de 1958 quiso proceder con alguna cautela al proponer una iniciativa que era no sólo nueva sino novedosa en la legislación comercial del país; por eso no previó el concordato preventivo obligatorio, que se introdujo con el artículo 1928 del Código de Comercio, fundado exclusivamente en las condiciones objetivas previstas en esa disposición legal.

Porque, siendo imputables a los administradores de las sociedades de las omisiones o actos de culpa de fraude que incidan en la quiebra de una sociedad, como se prescribe en el artículo 1999 del mismo Código, no puede propiciarse la evasión de la investigación y de la sanción penal de esas irregularidades mediante un concordato preventivo; con mayor razón si se tiene en cuenta que el desarrollo de empresas de grandes dimensiones es hasta cierto punto más fácil la comisión de tales irregularidades y son siempre mayores los perjuicios de toda índole que pueden ocasionarse impunemente, como se ha visto recientemente en el país.

Según el Código de Comercio, el concordato preventivo podría tener por objeto cualquiera de las siguientes medidas:

- a. La simple espera de los acreedores o el pago escalonado de sus créditos;

- b. La aceptación de abonos parciales a los créditos actualmente exigibles o de inmediata exigibilidad;
- c. La concesión de quitas de las dudas;
- d. La administración de los bienes o negocios del deudor por una tercera persona, o la simple vigilancia de la administración ejercida por el deudor mismo;
- e. La enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato; y ,
- f. Cualquiera otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de éste con sus acreedores.

El Código de Comercio, en su Título I del Libro Sexto, forma parte de la historia concordataria del país, aunque este fue derogado por el Decreto 350 del 16 de febrero de 1989. Por este Decreto se expidió en Colombia un nuevo régimen de los concordatos preventivos.

El Decreto 350 de 1989 constaba de 62 artículos, divididos en tres Títulos.

- a. El primero relativo al concordato preventivo potestativo,
- b. el segundo al concordato preventivo obligatorio y
- c. el tercero a la vigencia del decreto ya la normatividad que deroga.

El nuevo régimen de los concordatos preventivos, que entró en vigencia a partir del 1 de mayo de 1989, estudió el concordato preventivo potestativo:

- a. Artículo 1 a 47: los presupuestos y requisitos para la admisión del concordato, las funciones del contralor, la junta provisional de acreedores, los efectos de la admisión del concordato, la presentación de créditos, la audiencia preliminar, la calificación y graduación de créditos. la audiencia de deliberaciones finales, el acuerdo concordatario, las medidas cautelares dentro del proceso, el acuerdo concordatario privado y algunas disposiciones comunes.
- b. Artículo 48 a 60: regularon el concordato preventivo obligatorio, entre otras con las siguientes materias: las empresas (sujetos) sometidas, la

competencia de la Superintendencia de Sociedades, su trámite y la intervención de lo contencioso administrativo.

La modificación previó los inconvenientes del sistema concursal y fue entonces cuando la doctrina y los entes relacionados con el fenómeno, solicitaron una reforma al sistema, incluso se llegaron a presentar serios proyectos. El ejecutivo con base en las facultades extraordinarias provistas por el congreso, para reformar el concordato preventivo, conformó una comisión de juristas la cual entregó como trabajo final el citado decreto. Las diferencias eran notables, pues la nueva legislación era mas profunda y completa respecto de la anterior, por los siguientes motivos:

1. Se conservaron las dos modalidades concordatarias preventivas, es decir, el potestativo y el obligatorio.
2. Se acogió la institución "empresa" como sujeto del concordato, en reemplazo de la figura "comerciante", utilizada en la legislación anterior.
3. Hizo distinción entre la empresa y el empresario, pues lo que se protege en adelante es la empresa, independientemente de la suerte que corra su titular, propietario, representante, socios o administradores.
4. Se institucionalizó el carácter universal del concordato, en la medida que todos los acreedores, incluso los privilegiados, estaban obligados a hacerse parte en el proceso a efectos de que sus créditos pudieran ser reconocidos.
5. Quedó abolida la homologación como privilegio exclusivo del juez. En otras palabras, desapareció el término (homologar) y se reemplaza por el de (aprobar).
6. Se cambió la expresión "suspensión de pagos" por la "imposibilidad" para cumplir con las obligaciones mercantiles, como presupuesto del concordato, debiendo entenderse por "imposibilidad" el estado de crisis financiera de la empresa, su iliquidez transitoria o temporal.
7. Se obliga al empresario a presentar con la solicitud de concordato preventivo una fórmula de arreglo para que sea considerada por los acreedores.
8. Los términos y recursos (en especial el de apelación) fueron abreviados al máximo, con lo cual se pretendía agilizar el proceso.

9. Se establecieron los órganos del concordato, representados en el Juez, el Contralor y la Junta Provisional de Acreedores.
10. Se consagró la responsabilidad solidaria de los administradores y socios cuando el activo de la empresa era insuficiente para el pago de las acreencias, respecto de sus respectivos actos.
11. Se distinguió entre créditos o acreedores concursales y créditos o acreedores del concurso, siendo los primeros el origen mismo del concordato y los segundos los causados dentro de la administración del mismo.
12. Reguló la acumulación de concordatos.
13. Institucionalizó el acuerdo privado.
14. Distinguió entre admisión, inadmisión y rechazo de la solicitud al concordato preventivo.
15. Creó la audiencia preliminar, distinta de la audiencia de deliberaciones, donde se examinaban y reconocían los créditos, se trataban las objeciones e incluso donde podía salir un acuerdo concordatario, sin que fuera necesario continuar con su tramitación.
16. Obligaba allegar al proceso concordatario los procesos ejecutivos iniciados contra la empresa en concordato, los cuales quedan suspendidos pero reconocidos sus créditos de manera automática.
17. En adelante el concordato preventivo obligatorio era tramitado completamente por la Superintendencia de Sociedades, a excepción de las acciones revocatorias, de las cuales conocía el Juez Civil del Circuito.
18. Quedó abolida, en el preventivo obligatorio, la homologación del concordato por parte del Juez Civil del Circuito, aprobación que correspondía hacerla directamente al Superintendente de Sociedades, al igual que las controversias relativas a la cuantía, naturaleza, garantías, intereses y orden de pago de los créditos.
19. Ningún aspecto conexo al proceso concordatario suspendía éste. Las peticiones, controversias y discusiones que surgían respecto de alguna materia aledaña, se tramitaban y resolvían independientemente del trámite del concordato.
20. En adelante, tanto el juez como el Superintendente de Sociedades podían decretar las medidas cautelares que se consideren necesarias, así como el levantamiento de éstas.

21. Es más, tales funcionarios estaban facultados para decretar el levantamiento de medidas cautelares que se hubieran practicado en procesos anteriores al concordato, incluso aquellas sujetas a inscripción en los diferentes registros.

22. Confirió al juez y al Superintendente de Sociedades poderes no solo de dirección del concordato sino de sujeto con intervención activa en el proceso, hasta el punto de poder proponer las fórmulas necesarias a fin de lograr un acuerdo concordatario ajustado a cada situación concreta.

23. Finalmente, el concordato preventivo no creaba un régimen penal propio, pero de las conductas tipificadas sí podían derivarse hechos punibles que el funcionario debía comunicar a la autoridad competente.

La ley 222 de 1995 derogó el Decreto 350 de 1989. En él artículo 242 de la citada Ley, expresa que el decreto pierde toda vigencia. La nueva ley, entre los artículos 89 a 225, introdujo en Colombia un nuevo régimen de los procesos concursales, dedicando el Capítulo II del Libro II, artículos 96 a 148, al concordato preventivo.

La Ley 222 de 1995 concibe el concordato, como recuperación de los negocios del deudor, en el artículo 89. El artículo 90 hace relación a la competencia, mientras que el artículo 91 se refiere a los supuestos o causales que dan origen al concordato. La apertura del trámite concordatario es tratada en el artículo 92, dedicándose los artículos 93 y 94 a los recursos y al objeto del concordato.

El Capítulo II del Título II de la Ley 222 de 1995 se refiere expresamente a todo el trámite concordatario.

En efecto, la sección primera hace mención a los requisitos generales, es decir, tanto los requisitos sustanciales como formales, tratados en los artículos 96 y 97.

La sección segunda se dedica al trámite del concordato, especialmente referido al contenido de la providencia de apertura.

La sección tercera estudia los efectos de la apertura del concordato, es decir, los aspectos relacionados con la preferencia del concordato. la continuación de los procesos ejecutivos en donde existen otros demandados, las obligaciones diferentes al pago de sumas de dinero, la interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad, la continuidad de los contratos de tracto sucesivo, la prestación de servicios públicos, la cancelación y restablecimiento de gravámenes.

La sección cuarta, entre los artículos 106 a 110, se refiere al contralor, su designación, inhabilidades, funciones, remoción, honorarios y prescindencia.

La sección quinta hace referencia a la junta provisional de acreedores, su instalación, funcionamiento, causales de remoción, reemplazo y funciones.

La sección sexta menciona los órganos sociales de la entidad deudora para indicarnos su continuidad, causales de remoción de los administradores, la remoción del revisor fiscal y el trámite a seguir en estas remociones.

La sección séptima estudia la presentación de créditos, el término para hacerse parte, los créditos laborales, fiscales y parafiscales, los créditos de terceros que puedan pagar obligaciones del deudor, la situación de los acreedores extemporáneos y el traslado de los créditos presentados.

La sección octava se refiere a las reglas generales de las audiencias para indicar su dirección, suspensión y las reuniones de segunda convocatoria.

La sección novena indica las clases de audiencias en particular para regular la audiencia preliminar, final, de modificación y audiencia en caso de incumplimiento.

La sección décima tiene relación con la calificación y graduación de créditos, específicamente sobre la providencia de calificación y graduación y el tratamiento de los créditos mientras se decide por la justicia ordinaria.

La sección once se refiere a los requisitos, aprobación y efectos del acuerdo concordatario, en donde se examinan la inscripción del acta y el levantamiento de medidas cautelares, la cancelación y restablecimiento de gravámenes, la terminación de las funciones del contralor y de la junta provisional de acreedores, y la improbación del acuerdo y su declaración de cumplimiento.

Las secciones doce, trece y catorce tratan aspectos relacionados con el acuerdo por fuera de la audiencia, las medidas cautelares, las acciones revocatorias, las obligaciones post concordatarias y la acumulación procesal.

El Capítulo V del Título II de la Ley 222 de 1995 se refiere al trámite judicial del concordato, su aplicación y competencia, la legitimación, nombramientos, incumplimiento del concordato, fuero de atracción y recursos durante el trámite concordatario.

Entonces tenemos que este fenómeno surge en Colombia desde 1982 y hasta 1989 cuando se expide el Decreto 350. A la vez surgía una posibilidad de consagrar, legislativamente, una figura que permitiera un convenio privado, es decir un acuerdo extraprocesal con efectos vinculantes entre los negociadores: deudor – acreedores.

Inicialmente esta propuesta no tuvo eco y fue acogida la de la Superintendencia de Sociedades recogida en el Decreto 350 de 1989, que al decir de los doctrinantes tenía tendencia publicista y judicial, tendencia que fue ratificada por la Ley 222 de 1995. Precisamente estas características llevaron al concordato a una crisis originada por la situación económica que se presentó a nivel mundial en el año de 1997 y que culminó con la expedición de la Ley 550 de 1999.

Después de la crisis económica de 1997 se llegó a la conclusión que un mecanismo tan formalista y con intervención estatal no era lo más adecuado para frenar de manera eficaz la crisis de las empresas colombianas.

De otra parte, otro aspecto que trae a colación la ley 550 es la flexibilidad en el momento de negociar los acuerdos de reorganización empresarial, situación que exigía tomarse en cuenta desde hace mucho tiempo, pues la Ley 222 demostró que no se lograban los acuerdos de pago en cortos plazos, por el contrario un arreglo que se podía dar de forma sencilla podría demorarse hasta tres o cuatro años, a raíz de los rígidos formalismos legales, y dejaban a las empresas y sus acreedores en un estado de incertidumbre interminable. Con la nueva ley 550, se busca que los acuerdos de reestructuración, sin perder el orden, la transparencia y su claridad en las decisiones, que los acreedores se les facilite un acuerdo de pago en un periodo corto. Es por eso que prima la flexibilidad al formalismo, principio imperante en la ley 550.

Como se ve hoy en día la determinación de reestructurar la empresa le corresponde a los acreedores y no al Estado como antiguamente ocurría, además se ventila el carácter contractual y no procesal que tenían figuras anteriores.

Otro comportamiento erróneo que se presentaba en la ley 222 de 1995, el cual hacía dilatorio los procesos de negociación, eran los vetos en los acuerdos concordatarios. Para resaltar miremos la posición que sostenía el deudor, pues éste tenía un poder decisorio igual que el de los acreedores, situación que obstaculizaba de manera tajante el acuerdo de pagos, pues si se contaba con la aprobación mayoritaria de los acreedores, pero el empresario por su poder de veto decía que no, el acuerdo no se podía llevar a cabo y lógicamente fracasaba. Por otro lado desde el punto de vista de los acreedores, estos contaban con el 25% de las acreencias objeto del acuerdo concordatario. Para este acuerdo se requería una mayoría del 75%, lo cual conllevaba a que aquellos acreedores titulares del 25% que no quisieran la negociación podían impedir la celebración del acuerdo.

La ley 550 de 1999 acabo con estos vetos inequitativos que lo único que hacían era obstaculizar la celebración de los acuerdos de pagos, y los niveló al querer de la negociación, el deudor no tiene voto como tal sino que considera a los socios como otra categoría de acreedores, es decir ellos tienen voto

individual. En cuanto al porcentaje de acreencias, desapareció y fue reemplazado por la mayoría absoluta, es decir la mitad mas uno de los votos de los acreedores, con base en el artículo 29 de la Ley 550 que reza: *“Celebración de los acuerdos. Los acuerdos de reestructuración se celebrarán con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos la mayoría absoluta de los votos admisibles. Dicha mayoría deberá conformarse con votos provenientes de por lo menos tres (3) de las clases de acreedores previstas en el presente artículo. En caso de que sólo existan y concurren tres (3) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos provenientes de acreedores pertenecientes a dos (2) de las clases de acreedores existentes, siempre y cuando se obtenga la mayoría absoluta de votos admisibles; y de existir sólo dos clases de acreedores, la mayoría exigida por la ley deberá conformarse con votos provenientes de ambas clases de acreedores, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en el siguiente inciso.*

*Cuando un solo acreedor externo de una misma clase, o varios acreedores externos de una o varias clases de acreedores, pertenecientes a una misma organización empresarial declarada o no como grupo para efectos de la ley comercial, emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, para la aprobación o improbación correspondiente se requerirá, además, el voto emitido en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los votos admisibles. Para efectos del presente artículo, se entenderá que existen las siguientes cinco (5) clases de acreedores:*

- (a) los acreedores internos;*
- (b) los trabajadores y pensionados;*
- (c) las entidades públicas y las instituciones de seguridad social;*
- (d) las instituciones financieras y demás entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la superintendencia bancaria de carácter privado, mixto o público; y*
- (e) los demás acreedores externos.*

*El derecho de voto de todos los pensionados, sin perjuicio del derecho individual de veto previsto en esta ley, será ejercido en forma conjunta y en un solo sentido, por la persona natural o jurídica que los pensionados designen mediante el voto de la mayoría absoluta de todos ellos por cabezas, en reunión previamente citada para el efecto y presidida por un funcionario del ministerio del trabajo y seguridad social. En caso de no ser elegido por ausencia de quórum o falta de acuerdo al respecto, el mismo será designado por el ministerio del trabajo y seguridad social, dependencia que los representará a través de un funcionario si no designa a un representante con antelación a la reunión prevista en el artículo 23 de esta ley. El representante de los pensionados está legalmente facultado para presentar objeciones a la determinación de derechos de voto y de acreencias, así como para votar la celebración o reforma del acuerdo, en todas sus partes y en cualquier sentido.*

*Se presume de derecho que todos los apoderados y representantes legales están facultados para presentar objeciones a la determinación de derechos de voto y de acreencias, así como para votar la celebración o reforma del acuerdo, en todas sus partes y en cualquier sentido.*

*Parágrafo 1º. El Gobierno nacional reglamentará la forma de establecer que varios acreedores externos pertenecen a una misma organización empresarial, para efectos de lo dispuesto en el presente artículo.*

*Parágrafo 2º. Para facilitar la negociación del acuerdo, el promotor podrá coordinar la deliberación y decisión por comunicación simultánea o sucesiva, siempre y cuando quede prueba de la expresión y contenido de las decisiones y de los votos en documento o documentos escritos, debidamente firmados por el promotor y certificados por el revisor fiscal o el contador público, en el caso de la comunicación simultánea; y en los demás casos firmados por el votante respectivo con reconocimiento de su contenido ante el nominador, ante el promotor o ante un notario público.*

*Parágrafo 3º. La reforma del acuerdo, sin perjuicio de lo previsto en el numeral décimo del artículo 33 de esta ley, se adoptará con los mismos votos requeridos para su celebración, calculados con base en estados financieros ordinarios o extraordinarios del empresario que no tengan más de un mes de antelación respecto de la fecha para la cual se convoque una reunión, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 35 de esta ley. Dicha convocatoria se hará con los mismos requisitos previstos en el artículo 23 de la presente ley; se podrá deliberar con la presencia del promotor o de quien haga sus veces, y del funcionario designado por la entidad nominadora, y cualquier objeción a la determinación de los derechos de voto se resolverá en la forma prevista en la ley. A partir de la fecha prevista para la reunión, y durante los diez (10) días comunes siguientes, el promotor, mediante cualquier sistema de comunicación simultánea o sucesiva, podrá obtener los votos necesarios para la reforma del acuerdo, y proceder a su formalización según lo previsto en esta ley para la celebración.*

Hoy en día podemos hablar de principios reinantes en un Estado social de derecho como el nuestro, la equidad y la justicia, principios que deben perdurar en los acuerdos de reestructuración. Desapareciendo el veto para el deudor, priman los acreedores que son realmente los afectados en las decisiones que se tomen en el acuerdo. Por otro lado la eliminación de la prevalencia que tenía la minoría de acreedores para orientar el acuerdo de reestructuración a su arbitrio, permite la participación de los acreedores que más se les adeuda a los más representativos.

La adopción de la Ley 550 de 1999 se inscribe en una larga y compleja evolución legislativa de los procesos concursales en Colombia, la cual en algunos momentos se caracterizó por una predominante protección del crédito, en el entendido de que se trataba ante todo de unos instrumentos judiciales de defensa de los intereses económicos de los comerciantes, para finalmente asumir la salvaguarda de la empresa como objetivo predominante de esta variedad de procesos.

El 30 de diciembre de 1999 se expidió la ley 550 del mismo año, por la cual se estableció un régimen para promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, de manera que pueda asegurarse la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

Al respecto, cabe señalar que la mencionada ley fue adoptada como un instrumento encaminado a hacerle frente a la difícil situación que había enfrentado el país debido a las crisis económicas acaecidas en los años 1997 y 1998 y que se reflejaron en un incremento creciente de los concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades que padecieron las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo y deterioro de la calidad de su cartera.

Ante este estado de cosas, los instrumentos ordinarios del derecho concursal, diseñados para afrontar la iliquidez o insolvencia en circunstancias de normalidad, se mostraron insuficientes para afrontar un problema de esa magnitud. De allí que la nueva ley tuvo como norte diseñar un mecanismo ágil de recuperación empresarial de carácter no jurisdiccional sino contractual, que condujera a una solución a los inconvenientes que presentaban los acuerdos concordatarios anteriores y a la concertación de reglas laborales especiales y temporales, que asimismo permitiera una flexibilización en la prelación de los créditos y que dotara a deudores y acreedores de incentivos e instrumentos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de unos *acuerdos de reestructuración* que les despejase el camino a las empresas para normalizar su actividad productiva, atender oportunamente sus compromisos financieros, facilitar de nuevo el acceso al crédito con base en la recuperación de su capacidad de pago, facilitar la garantía y el pago de los pasivos pensionales y conservar los empleos de los trabajadores.

La ley 222 de 1995 modificó el Libro II del Código de Comercio y expidió un nuevo régimen de Procesos Concursales estableciendo así grandes cambios legales en el ámbito mercantil, particularmente en lo relativo al conflicto entre la empresa deudora y sus acreedores insatisfechos.

El régimen de Procesos Concursales consagrado por la ley, modifica sensiblemente la filosofía y la normatividad del denominado Concordato Preventivo previsto en el Decreto 350 de 1989, y elimina de la legislación comercial la figura de La Quiebra dándole nacimiento al proceso de Liquidación Obligatoria.

La ley 550 de 1999 denominada "Ley de Intervención Económica", consagró instrumentos de intervención para el salvamento empresarial dentro del cual se destaca el "Acuerdo de Reestructuración" como una novedad de procedimiento en el ámbito mercantil concursal.

Se trata de procesos que representan nuevas realidades comprometiendo a quienes juegan un papel en el mundo empresarial, en la búsqueda de soluciones frente al conflicto.

De igual manera el impacto que tales procesos tienen en la economía nacional se ha incrementado en cuanto al volumen de activos comprometidos pertenecientes a las sociedades concursadas. Tal realidad implica que el universo de actores se ha multiplicado exigiéndose una mayor preparación académica en el área jurídica, económica, contable, financiera y de negociación.

Los acuerdos de reestructuración son una opción para las empresas que, por fallas en su manejo administrativo, productivo y comercial, tienen dificultades económicas y requieren fortalecerse para continuar con su desarrollo empresarial.

La Ley 550 es una ley de intervención económica, en los términos del numeral 21 del artículo 150 y del artículo 334 de la Constitución política de Colombia. Por tanto la naturaleza de esta Ley es eminentemente económica y, como tal, hace prevalecer la recuperación y reactivación de las empresas y entes territoriales, sobre cierto formalismo jurídico que en el pasado impidió que se

cumplieran los fines para los cuales fueron creados los procesos de insolvencia de reorganización empresarial.<sup>39</sup>

Las distintas regulaciones acerca de la figura del concordato han sido depuradas con el transcurrir de los años, pero la existente en 1999 se había convertido en una regulación insuficiente para atender las necesidades de la comunidad económica colombiana en un momento de profunda crisis económica mundial.

Con el ánimo de proponer una salida jurídica a la recesión económica, el legislador expidió la Ley 550, que constituye una de las principales medidas de la intervención económica que se han dictado en los últimos tiempos. Múltiples factores han incidido en la actual situación de crisis que por igual afecta a unidades económicas tanto privadas como públicas. No se trata simplemente de presentar balances y demás documentos contables que reflejan una innegable pérdida de valor y una declinación en la dinámica de los negocios. Se evidencia un fenómeno generalizado de pérdida, donde la suma de defectos en el nivel de la microeconomía se proyecta en el plano macroeconómico y, por esta vía, se completa un escenario escabroso para el conjunto de las relaciones sociales y el querer del bien común, fin último del Estado.

La crisis empresarial, es otro flagelo que ataca al país, el futuro hay que negociarlo. Precisamente en el campo económico, esta Ley estimula ese necesario proceso de dialogo entre los sujetos a quienes de manera inmediata concierne el deterioro económico de cada una de las empresas.

La función social de la empresa no puede ser menoscabada por aires de turbulencia económica. Sus problemas financieros se expresan en la afectación de muchos intereses, derechos y principios. Si estas unidades económicas son recuperables, se torna indispensable, antes de llegar al extremo de la liquidación, proporcionar un acuerdo entre los titulares de derechos para determinar de consuno un nuevo marco de acción y definir un rumbo que

---

<sup>39</sup> Como Reestructurar su Empresa, Cámara de Comercio De Bogotá, julio 2002.Pág.110.

permita sortear de manera inteligente y racional una coyuntura difícil. De este modo se evita que los riesgos que convergen a la crisis se transformen en definitivas y mayores pérdidas para estos sujetos y, en general, para la sociedad, la cual no es indiferente a la sistemática desaparición de las empresas.

La negociación colectiva que permitirá conjurar la crisis de la empresa supone un esfuerzo serio de las partes, ordenado a examinar sus causas, configurar el nuevo diseño, anticipar su futuro y convertir equitativamente las cargas que se requiera asumir. No se trata de reeditar en el papel empresas económicamente no viables, por el contrario, el concurso colectivo, de capitales, imaginación y trabajo, cifra su éxito en lo que se podría llamar la capitalización de la crisis, esto es, en la utilización de una experiencia negativa como fuente del saber social para reconstruir una unidad económica dispuesta a servir mejor a la comunidad y recuperar su valor.

La reestructuración se concibe como una convención o contrato que interesaría a los acreedores de las empresas tanto internos como externos a lograr un acuerdo sobre la forma de cómo se debería organizar la empresa y como atender los pagos pendientes de manera efectiva logrando así reactivar la empresa. El objetivo de la Ley 550 de 1999 es dejar a un lado el formalismo y el carácter público de los convenios de reorganización empresarial, y por el contrario que los directamente afectados por el resurgimiento de la empresa tomen la decisión de salvarla o no.

#### **1.4. LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA**

Dentro de la ley 222 de 1995 encontramos la liquidación obligatoria para aquellas empresas que fracasan en el acuerdo de reestructuración, y su consecuencia jurídica es acogerse al proceso liquidatorio de su empresa, al respecto se hace mención de esta.

De conformidad con la doctrina sentada por la Superintendencia de Sociedades, el proceso liquidatorio presenta las siguientes características:<sup>40</sup>

- a. Es objetivo: porque comprende todo el patrimonio realizable del deudor, sin la individualización que caracteriza a los procesos ejecutivos.
- b. Subjetivo: actúan como demandantes todos los acreedores del deudor titulares de derechos patrimoniales.
- c. Procesal: porque atrae y consolida a un solo conductor todos los procesos ejecutivos que se estén adelantando contra el deudor.

De igual manera, el trámite de liquidación obligatoria está basado en los principios de *par conditio omnium creditorum*, es decir, de igualdad de trato entre todos los acreedores; universalidad patrimonial y prelación de créditos, de conformidad con la ley.

En cuanto a las diversas etapas que conforman un trámite de liquidación obligatoria, explica la accionada que son las siguientes:

1. Apertura, mediante un auto que es notificado personalmente al deudor y a los acreedores por medio de un edicto emplazatorio;
2. Emplazamiento a los acreedores y término para presentar créditos;
3. Traslado de créditos;
4. Traslado de objeciones y
5. Calificación de créditos.

Ahora bien, en lo que concierne a la carga procesal impuesta a los acreedores, se alega que la Ley 222, en su artículo 158, dispone que los acreedores del deudor deben comparecer al proceso dentro de los veinte días siguientes a la desfijación del edicto emplazatorio, aportando prueba siquiera sumaria de la obligación que se pretende hacer valer. En palabras de la Superintendencia de

---

<sup>40</sup> Sentencia C-403 del 19 de abril del 2001, Corte Constitucional. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-3187

Sociedades *“la prueba sumaria es aquella que acredita plenamente un hecho y que sólo carece del requisito de la contradicción propia de todo medio probatorio, razón por la cual no puede entenderse o asimilarse como prueba sumaria la incompleta o carente de un requisito legal”*.

La Ley 222 de 1995, en su artículo 158 dispone que a partir de la providencia de apertura del trámite liquidatorio y hasta el vigésimo día siguiente al vencimiento del término de fijación en lista del edicto, los acreedores deberán hacerse parte personalmente o mediante apoderado, presentando prueba siquiera sumaria de la existencia de sus créditos. La anterior regla se exceptúa cuando el trámite se inicie como consecuencia del fracaso o incumplimiento del concordato, evento en el cual los acreedores allí reconocidos y admitidos, se entenderán presentados en tiempo en el trámite liquidatorio.

En cuanto a la prueba siquiera sumaria, se trata de aquella mediante la cual se logre demostrar plenamente un hecho y que sólo carece del requisito de la contradicción, lo cual no significa que se trate de una prueba insuficiente o carente de un requisito legal. A manera de ejemplo cito el caso de los títulos valores, los cuales para procurar su cobro se requiere de la exhibición del original; si se trata de una prenda, será necesario aportar el contrato respectivo con una constancia de inscripción en la oficina de registro.

Por otra parte, la calificación y graduación de créditos sólo se hace una vez se haya surtido la etapa de traslado de créditos y objeciones, no es posible en el momento de presentarse éstas que el despacho precalifique o adelante una decisión indicando que no da trámite a cierta objeción por que quien la formuló va a ser rechazado como acreedor.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los procesos concursales, ya sean acuerdos de pago o liquidaciones patrimoniales, participan de una misma estructura conceptual, así se destinen a la conservación y recuperación de la empresa o a la satisfacción ordenada del crédito por cuanto:

1. Son asuntos de interés general;

2. Convocan a todos los acreedores;
3. Vinculan la totalidad de bienes del deudor, y
4. Han de dejar zanjadas las diferencias surgidas entre el deudor y sus acreedores, a causa del incumplimiento del primero.

En un acuerdo de reestructuración, siendo claro que no se trata de un proceso de carácter jurisdiccional; y en tal sentido, los acreedores no son realmente partes, pues no hay una instancia procesal en donde se obtenga tal reconocimiento.

Así pues, la liquidación obligatoria es un trámite judicial que se adelanta, por solicitud del deudor o de oficio, por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de la función jurisdiccional concebida a la misma.<sup>41</sup> Al respecto la Corte<sup>42</sup>, consideró lo siguiente:

*“La apertura del trámite liquidatorio implica, entre otras cosas, la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, salvo las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores; la remisión e incorporación al trámite de la liquidación de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor, para tal efecto se oficiará a los jueces que puedan conocer de procesos ejecutivos contra él aquél; y la preferencia del trámite liquidatorio, para lo cual se aplicarán las reglas previstas en el concordato para tal efecto.”*

La finalidad de un proceso de liquidación obligatoria es satisfacer las acreencias contraídas por el deudor con sus diversos acreedores, sean éstos particulares o entidades públicas. Se trata además de un proceso controversial, donde deudor y acreedores discuten acerca de la existencia o no de unos determinados créditos.

---

<sup>41</sup> Constitución Política de Colombia Art. 116 Inc. 3

<sup>42</sup> Sentencia C-939 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

De allí que la Superintendencia de Sociedades actúe como un juez, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, y la misma ley alude al término procesal “partes”, para referirse a quienes intervienen en el mismo.<sup>43</sup>

En contrapartida, los acuerdos de reestructuración persiguen unos objetivos económicos y sociales distintos, y por ende, lo es el papel que está llamada a cumplir la Superintendencia de Sociedades en el curso de los mismos.

La ley a excluido de la obligación de aportar prueba siquiera sumaria a los acreedores que previamente hayan sido reconocidos y admitidos durante un concordato que resultó fallido por cuanto, se trata de un proceso de naturaleza judicial; por el contrario, si antes de la liquidación obligatoria se negoció sin éxito un acuerdo de reestructuración, que no es un trámite judicial sino un mecanismo ágil de carácter contractual para recuperar una empresa, resulta necesario y lógico que los acreedores aporten en tiempo las pruebas de sus acreencias en el curso de la liquidación obligatoria y que no se tengan como tales aquellas que sólo fueron exhibidas durante la etapa de negociación del acuerdo de reestructuración.

No obstante, de vieja data, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han precisado la noción de prueba sumaria. Así, <sup>44</sup>para la doctrina: *la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar.*

En efecto, de conformidad con el artículo 29 Superior, toda prueba para ser considerada como tal debe ser sometida al principio de contradicción del adversario, lo cual significa que aunque de hecho en el proceso no haya sido controvertida, por ejemplo, porque la contraparte lo consideró inútil o haya dejado pasar la etapa procesal para hacerlo, se haya tenido la oportunidad procesal de hacerlo. De igual forma, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>45</sup>: *la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere*

---

<sup>43</sup> Sentencia C-939 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>44</sup> De la prueba en derecho, Antonio Rocha Alvira, Bogota, Edit. DIKE, 1990, Pág. 57

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial XLIII, núm. 1909, p. 691.

*decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, es decir, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos.* Es más, en algunos casos, la ley dispone no la libertad probatoria sino que, por el contrario, ciertos hechos deban ser demostrados únicamente de determinada manera.

Pues bien, en el caso de los procesos de liquidación obligatoria, se debe tener presente que a dichos trámites suelen acudir numerosos acreedores provistos de diversos títulos, por ejemplo, los pensionados de la empresa, sus trabajadores, las entidades financieras y bancarias, la administración de impuestos nacionales, los acreedores hipotecarios y quirografarios, etcétera. Puede suceder entonces que algunos de ellos exhiban títulos valores girados a su favor; que otros, aporten simplemente sus contratos laborales, y por supuesto, que algunos de ellos presenten contratos comerciales o civiles suscritos con el deudor.

De igual manera, es posible que algunas de esas obligaciones contraídas por el concursado no consistan en pagar sumas de dinero, sino en ejecutar obligaciones de dar o hacer.

En este orden de ideas, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, entidad pública que actúa como juez durante estos trámites, entrar a analizar, caso por caso, la situación que alega cada acreedor del concursado, así como la validez jurídica que ofrecen los documentos que aporta para demostrar la existencia de sus respectivos créditos, según lo establecido en las normas legales que regulan el crédito correspondiente.

Cabe asimismo señalar que, de conformidad con la ley 222 de 1995<sup>46</sup>, la apertura del trámite liquidatorio implica la remisión e incorporación al mismo de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor.

---

<sup>46</sup> Art. 151 Num.5 de la Ley 222 de 1995

Posteriormente, de conformidad con la misma ley, se contará con una etapa procesal para que el acreedor objete, si así lo desea, los créditos que le han sido presentados por sus acreedores; facultad legal que también está en cabeza de estos últimos en relación con sus pares. Una vez vencido el término para objetar, la Superintendencia de Sociedades entrará a calificar y graduar los créditos, según lo preceptuado en el Título XL del Código de Civil, y la jurisprudencia constitucional en la materia<sup>47</sup>.

En este orden de ideas, una determinada prueba, así haya sido sometida previamente a la controversia de la contraparte, debido a la estructura misma que conocen estos trámites, no por ello se convierte automáticamente en plena prueba, si no cumple con los requisitos legales necesarios, en virtud de la naturaleza jurídica del crédito cuya existencia se alegue. En otros términos, la inconducencia o impertinente de una prueba no se sanean por el hecho de haber sido ésta sometida a la controversia de la contraparte.

Así las cosas, para que un juez, en este caso la Superintendencia de Sociedades, decida mediante una providencia de calificación y graduación de créditos que el concursado tiene una obligación que cumplir a favor de un determinado acreedor, es necesario que este último haya demostrado, según la ley, la existencia de uno o varios hechos generadores de dicha obligación. Ese hecho generador viene a ser así la fuente de la obligación deducida en juicio.

---

<sup>47</sup> Sentencia T- 299 de 1997 y T-458 de 1997

## **CAPITULO II**

### **2. ASPECTOS GENERALES LEY 550 DE 1999**

Los procesos concursales en Colombia han sido definidos como un proceso universal, reglado de manera específica, cuya principal actividad es la pronta realización de los activos, el pago gradual y rápido de los pasivos existentes, siempre orientados a preservar la igualdad ante los acreedores.

Busca mantener las garantías de todos los acreedores vinculados al proceso no solo de forma sino principalmente de fondo, este fin se logra a través de diversos mecanismos que trae la Ley 550 de 1999 y que a continuación se describen.

#### **2.1. AMBITO DE APLICACIÓN**

La norma, indica de manera general cuáles son sus destinatarios y, luego, establece unas excepciones. La regla general es que la ley es aplicable a toda empresa realizada por cualquier clase de persona jurídica nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, siempre que opere de manera permanente en el territorio nacional. En efecto, el segundo inciso del artículo primero de la Ley 550 de 1999 incluye una definición de cómo debe entenderse el concepto "actividad empresarial", haciendo una remisión a las disposiciones que indican los actos y operaciones que reciben tal denominación. Entre otras actividades, el artículo en cuestión contempla las siguientes: la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones; el giro, otorgamiento,

aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para la reventa, permuta, etc., de los mismos; las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos; las empresas de seguros y la actividad aseguradora; los actos y contratos regulados por la ley mercantil (Código del Comercio, artículo 20); la entrega de bienes y mercancías; la prestación de servicios; el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria, que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico (Ley 256/96, artículo 5°); toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación financiera, bursátil y de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público (Ley 527/99, artículo 2°, letra b) así no se realicen mediante establecimientos de comercio. Incluso advierte que la persona que organice la actividad empresarial se denominará empresario, así no sea comerciante.

Es decir, para la Ley en cuestión, *empresa* sería toda entidad o persona organizada, que para la realización de sus labores tenga que desarrollar *actividades empresariales*.

## **2.2. FINES DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**

Los fines buscados por la Ley 550 de 1999, a los cuales ésta hace referencia desde el título: "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" y que se encuentran consignados en su artículo segundo, Artículo 2 Fines de la intervención del Estado en la economía. El Estado intervendrá en la economía conforme a los mandatos de la presente ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

1. Promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas pertenecientes a los sectores productivos

de la economía, tales como el agropecuario, el minero, el manufacturero, el industrial, el comercial, el de la construcción, el de las comunicaciones y el de los servicios.

2. Hacer más eficiente el uso de todos los recursos vinculados a la actividad empresarial.
3. Mejorar la competitividad y promover la función social de los sectores y empresas reestructuradas.
4. Restablecer la capacidad de pago de las empresas de manera que puedan atender adecuadamente sus obligaciones.
5. Facilitar el acceso al crédito y al redescuento de créditos en términos y condiciones que permitan la reactivación del sector empresarial.
6. Fortalecer la dirección y los sistemas de control interno de las empresas.
7. Procurar una óptima estructura administrativa, financiera y contable de las empresas reestructuradas.
8. Asegurar la calidad, suficiencia y oportunidad de la información que se suministre a socios o accionistas y a terceros.
9. Propender porque las empresas y sus trabajadores acuerden condiciones especiales y temporales en materia laboral que faciliten su reactivación y viabilidad.
10. Facilitar la garantía y el pago de los pasivos pensionales.
11. Establecer un marco legal adecuado para que, sin sujeción al trámite concursal vigente en materia de concordatos, se pueda convenir la reestructuración de empresas con agilidad, equidad y seguridad jurídica.–

Fueron objeto de pronunciamiento por la jurisprudencia<sup>48</sup> en los siguientes términos:

"A través de la referida Ley, conocida como de reactivación empresarial, el legislador buscó llevar a cabo objetivos de intervención económica, de conformidad con lo previsto por los artículos 334 y 335 de la Constitución

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1185/00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa).

Política, y con fundamento en las facultades que le concede el numeral 21 del artículo 150 del ordenamiento superior. En la exposición de motivos al proyecto correspondiente, el Gobierno adujo cómo la difícil situación económica que ha enfrentado el país en los últimos años, ha llevado al concordato o liquidación a un sin número de empresas del sector real de la economía, con la consecuente reducción en la demanda de empleo; así mismo, este cuadro produjo el deterioro de la cartera de los establecimientos de crédito, circunstancias ambas de gran impacto social y económico general, que se agravan por la crisis financiera por la que actualmente atraviesan las entidades territoriales.

Ante esta situación, se consideró que los instrumentos ordinarios del derecho concursal concebidos para afrontar estados de insolvencia o iliquidez en circunstancias de normalidad económica, resultaban ahora inapropiados para lograr la reactivación de las empresas, consideradas constitucionalmente como base del desarrollo, por lo cual la Ley 550 de 1999 busca dotar a deudores y acreedores de nuevos “incentivos y mecanismos que sean adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que les permitan a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros.”<sup>49</sup>

A esos efectos, la ley busca desjudicializar la solución de los conflictos que se han producido a raíz de las crisis empresariales referidas. Por ello, alternativamente al proceso jurisdiccional de concordato, cuya competencia por regla general se asigna a la Superintendencia de Sociedades de conformidad con la Ley 222 de 1995. Dentro de los fines que persigue la Ley 550 de 1999, el numeral 11 del artículo 2° de la misma contempla el de: Establecer un marco legal adecuado para que, sin sujeción al trámite concursal vigente en materia de concordatos, se pueda convenir la reestructuración de empresas con agilidad, equidad y seguridad jurídica. Se prevé un nuevo mecanismo de solución para dichas crisis empresariales, que permita evitar su liquidación, cual es el denominado “acuerdo de reestructuración”, que viene a ser un

---

<sup>49</sup> Exposición de motivos al proyecto de ley correspondiente a la Ley 550/99. Gaceta del Congreso N° 390, del martes 26 de octubre de 1999.

convenio entre los acreedores de la empresa y que es una convención colectiva vinculante para el empresario y todos los acreedores, cuando es adoptado dentro de los parámetros de la nueva Ley.

Así, se busca acudir a un mecanismo extrajudicial y de naturaleza contractual, que permita a la empresa salir de su situación y continuar con su importante misión productiva, considerada como de interés general.<sup>50</sup>

Considera pues la Corte que los fines buscados mediante la Ley 550 de 1999 por el Legislador, son de aquellos que según el artículo 334 deben ser las metas por las que propenda la intervención económica. Las medidas adoptadas a lo largo de dicha ley tienen por fin promover la productividad, mejorar las condiciones de empleo, así como mejorar las condiciones de vida de los habitantes.

### **2.3. ACUERDO DE REESTRUCTURACION**

El contenido mínimo del acuerdo esta consignado en él artículo 33 de la ley 550 de 1999. Sin embargo, no existe un modelo unificado, ni se pretende hacerlo, pues cada caso en particular es muy distinto de los demás. Solo se requiere establecer un orden y un contenido básico, que les permita a las diferentes partes que intervienen en el proceso, tener claridad sobre el acuerdo en sí y plasmar en él la situación y las condiciones de la empresa.

Es de tener en cuenta que el acuerdo de reestructuración no es otra cosa mas que la convención celebrada a favor de una o varias empresas para corregir deficiencias que presenten en su capacidad administrativa y atender obligaciones dinerarias, de lo cual surge que la empresa se recupere dentro del plazo establecido en la ley y en las condiciones que se hayan plasmado en el acuerdo.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1185/00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa). En esta sentencia la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 7º (parágrafo 4º), 57 (parágrafo 3º) y 75 de la Ley 550 de 1999.

<sup>51</sup> Como Reestructurar su Empresa, Cámara de Comercio De Bogotá, julio 2002., Pág. 163

Este deberá constar por escrito, deberá estipularse el plazo para su ejecución previsto en la ley, sin perjuicio a los plazos fijados para acreencias que exijan un diferente tratamiento o el que llegue a pactarse con los trabajadores en sus convenciones colectivas.<sup>52</sup>

La promoción del acuerdo puede hacerse en forma oficiosa por parte de las diferentes Superintendencias, tratándose de empresarios o personas sujetas, respectivamente a su vigilancia y control, de conformidad con las causales y normas vigentes. Los supuestos para que esta promoción se pueda hacer, es siguiendo los mismos lineamientos que se tiene para el empresario o sus acreedores.<sup>53</sup>

#### **2.4. PROMOCION DE LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN**

La reestructuración empresarial, a la luz de la Ley 550 de 1999, es un típico proceso de negociación, dirigido por un tercero neutral y calificado, denominado, *promotor*, designado especialmente para el caso por el nominador y con la función principal de defender los derechos de todos los acreedores, en equilibrio con la viabilidad de la empresa, para acordar una formula de pago y continuar con el desarrollo del objeto social del empresario.<sup>54</sup>

Por tanto, *el promotor* ejerce un papel de facilitador, mas que de negociador, por cuanto su *cliente* son todas las partes, sin encontrarse alineado con ninguno de los extremos, aun cuando defiende los intereses de la empresa en reestructuración, y al hacerlo, beneficia a todos los acreedores.

Cuando el promotor presenta una formula de pago razonable y ejecutable por el deudor (empresa), favorece al recaudo de los acreedores, pues, de otra forma, el empresario estaría frente a una liquidación y, en ese escenario, los acreedores resultarían desfavorecidos.

---

<sup>52</sup> Sentencia C-1319 del 27 de septiembre de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo

<sup>53</sup> Sentencia C-1319 del 27 de septiembre de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo

<sup>54</sup> Sentencia C-1185 del 9 de septiembre de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo.

Sin embargo, el *promotor*, para desempeñar su gestión y ser efectivo, sí debe negociar con las partes, presentar formulas de acuerdo y buscar la aprobación de todos los actores con derecho de voto.<sup>55</sup>

La función negociadora del *promotor* es promover una formula del acuerdo de reestructuración de las acreencias a cargo de la empresa, vencidas con anterioridad a la fecha de admisión al proceso de reestructuración.

La reestructuración de la empresa no debe limitarse únicamente a diferir el pago de los pasivos; el acuerdo debe incluir una verdadera reforma del proceder del empresario para asegurar el desarrollo de su objeto social y, en consecuencia, el pago de sus acreedores.

## **2.5. FUNCIONES DE LOS PROMOTORES**

### **2.5.1. EL PROMOTOR**

La figura del promotor, creada por la Ley 550 de 1999, es esencial para el futuro de los acuerdos de reestructuración.

La respectiva Superintendencia o la Cámara de Comercio, según sea el caso, al decidir sobre la promoción oficiosa o aceptar la solicitud de un acuerdo designará a una persona natural que actúe como *promotor* en el acuerdo de reestructuración. La función del *promotor* es la de participar en la negociación, el análisis y la elaboración de los acuerdos de reestructuración en sus aspectos financieros, administrativos, contables y legales.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Fisher, Roger y Ury William. Si, de acuerdo. Como negociar sin ceder. Proyecto de negociación de Hartad, editorial norma. 1985

<sup>56</sup> Bernal Gutiérrez, Rafael. "los promotores en los acuerdos de reestructuración empresarial". Jurisconsulto No. 4, año 2000, Cámara de Comercio de Bogotá.

La figura del promotor tiene extensa regulación a lo largo de la Ley 550 de 1999, en el Decreto 090 de 2000 y en la Circular Externa 004 de 11 de abril de 2001 de la Superintendencia de Sociedades.<sup>57</sup>

### **2.5.2. FUNCIONES**

Desde el momento de su aceptación, el ejercicio del cargo de *promotor* comporta una serie de facultades y obligaciones previstas en la ley 550 de 1999 y su inobservancia conlleva que se configure la causal de incumplimiento.

<sup>58</sup>

La ley señala, entre las principales funciones del *promotor* durante la negociación y en la redacción del acuerdo, actuar como amigable componedor, por ministerio de la ley, en los supuestos que en ella se prevén, proponer formulas de arreglo acompañadas de la correspondiente sustentación, y evaluar la viabilidad de las que se examinen durante la negociación.

En efecto, el *promotor*, protagonista de la ley de Reactivación Económica, es un profesional especialmente escogido de la lista oficial de la Superintendencia de Sociedades con funciones de mediador y conciliador que intenta transar las diferencias entre dos partes en conflicto y a quien le compete verificar que la empresa sea económicamente viable.

Sin embargo, como lo establece la reglamentación expuesta, el *promotor* no es un administrador de la empresa y su labor se supedita a facilitar y conducir a los protagonistas del acuerdo hacia una negociación exitosa, sin que ello signifique que puede reemplazar a los administradores de la empresa, dado que el legislador no le asignó funciones de representante legal.

La actuación del promotor dentro de las distintas etapas de la negociación del acuerdo de reestructuración consiste en analizar el estado patrimonial de la

---

<sup>57</sup> La circular 004 aplica solo para los promotores designados por la Superintendencia de Sociedades.

<sup>58</sup> Decreto 090 de 2000 art. 13.

empresa y su desempeño durante por lo menos los últimos tres años, examinar y elaborar las proyecciones de esta, con el objeto de suministrarles a los acreedores elementos de juicio acerca de su situación operacional, financiera, de mercado, administrativa, legal y contable, determinar las acreencias y los votos que corresponden a los acreedores y actuar como amigable componedor en los supuestos que prevé la ley o a solicitud de los interesados, proponer formulas de arreglo y evaluar la viabilidad de las propuestas que se presenten en la negociación.

El promotor tiene como principal misión lograr, si después de hacer un diagnostico sobre la empresa llega a la conclusión de que esta es viable, la celebración de un acuerdo de reestructuración que permita la reactivación de la empresa en crisis. Para ello, debe conocer a fondo la empresa, actuar como mediador o facilitador del proceso entre los acreedores e incluso, como un juez para determinar los derechos de voto y acreencias.

Las funciones y obligaciones de los *promotores* son indicadas pormenorizadamente por el artículo 8° de la Ley en comento, y fueron resumidas por la Superintendencia de Sociedades en la Circular externa 004 de 11 de abril de 2001 La circular externa 004 de 2001, solo se aplica para los promotores designados por la superintendencia de sociedades en la siguiente forma:

*“Título II*  
*Funciones del promotor*

***El promotor no es administrador ni coadministrador de la empresa y su opinión sobre la viabilidad de la misma o sobre las fórmulas de arreglo no sustituye la opinión y decisión de cada acreedor, pues su papel consiste en facilitar la negociación del acuerdo de reestructuración, actuando como un mediador informado. Sus funciones, que exigen independencia y transparencia respecto todas las partes involucradas, son las siguientes:***

***1. Analizar el estado patrimonial de la empresa y su desempeño durante por lo menos los últimos tres (3) años***

***Con base en el análisis a los estados financieros básicos (balance general, estados de resultados, estado de cambios en el patrimonio, estado de cambios en la situación***

*financiera y estado de flujos de efectivo), estado de inventario, informes y demás documentos relacionados con la empresa, el promotor realizará un diagnóstico integral de la misma, incluyendo además de los aspectos relativos a su estructura financiera, aquellos referentes a su situación operacional, de mercado, administrativa, legal y contable de por lo menos los últimos tres (3) años y que, de alguna manera, incidieron en el desarrollo de la crisis que actualmente afronta. De esta manera, al conocer el desarrollo histórico reciente de la empresa y las causas de su actual problemática financiera y operacional, el promotor tendrá los elementos de juicio necesarios para participar activamente, como un mediador informado, en la negociación, el análisis, la elaboración y la redacción del acuerdo de reestructuración.*

*En relación con esta función, el promotor deberá informar por escrito a la Superintendencia de Sociedades a más tardar quince (15) días antes de la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias, el resultado de dicho análisis, acompañado de los documentos de trabajo elaborados que así lo demuestren.*

## *2. Examinar y elaborar las proyecciones de la empresa*

*El promotor, al examinar las proyecciones de la empresa o, en su defecto, al elaborarlas, deberá tener en cuenta si los presupuestos están acordes con el entorno económico de la empresa, si están debidamente soportados y si son lógicos y consecuentes con las operaciones y resultados esperados, por cuanto esta herramienta le permitirá apreciar la viabilidad de la empresa y disponer de suficientes elementos de juicio para suministrar a los acreedores información referente a su situación y perspectivas en cuestiones de carácter operacional, financiero, de mercado, administrativo, legal y contable. Si el empresario no aporta los documentos necesarios para que el promotor elabore las proyecciones de la empresa, éste deberá convocar a la reunión de fracaso a que se refiere el artículo 28 de la Ley 550 de 1999.*

*Cabe señalar que el promotor debe llegar a sus propias conclusiones sobre la propuesta de negociación, apoyándose no sólo en el análisis de las cifras incluidas en las proyecciones, sino en su percepción del negocio y en el interés que haya apreciado en los acreedores internos y externos en la continuidad, recuperación y estabilidad de la empresa.*

*A más tardar quince (15) días antes de la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias, el promotor deberá remitir a la Superintendencia de Sociedades las proyecciones presentadas por la empresa o las elaboradas por él, acompañadas del estudio efectuado a las mismas, indicando su opinión sobre la validez de los supuestos tenidos en cuenta y sobre la viabilidad de la empresa.*

*El concepto sobre la viabilidad de la empresa deberá ser elaborado teniendo en cuenta parámetros mínimos, tales como que se demuestren márgenes operacionales positivos, que esos márgenes operacionales estén soportados en la generación de caja positiva de la empresa y que las proyecciones estén acordes con el comportamiento histórico de la empresa.*

3. Mantener a disposición de todos los acreedores la información que posea y sea relevante para efectos de la negociación

*Desde la fecha de publicación del aviso de convocatoria para la reunión de determinación de votos y acreencias, que no puede ser menor a cinco (5) días comunes anteriores al vencimiento del plazo para realizar dicha reunión, el promotor tendrá a disposición de los acreedores el listado preliminar de votos, votantes y acreencias, junto con sus correspondientes soportes.*

*No obstante lo anterior, el promotor deberá mantener a disposición de los interesados, durante todo el término de la negociación, los informes y documentos que vaya allegando el empresario, los que él vaya elaborando y, en general, todos los documentos e informaciones que sean necesarios para el desarrollo de la negociación. Toda la información y documentación a que se refiere el artículo 20 de la Ley 550 de 1.999, debe estar a disposición de los acreedores desde el momento en que se allegue por el empresario. La Superintendencia de Sociedades podrá verificar que el promotor cumpla con esta función.*

*Si los documentos a que se refiere el presente numeral se encuentran en un lugar distinto al que se menciona en el aviso de iniciación de la promoción del acuerdo de reestructuración, el promotor deberá utilizar los medios que considere adecuados en atención a las circunstancias de la empresa y sus acreedores para que todos ellos, tanto internos como externos, puedan informarse acerca del lugar donde podrán consultarlos, remitiendo a esta superintendencia prueba de los medios utilizados, como máximo dentro de los dos (2) meses siguientes a la iniciación de la promoción del acuerdo de reestructuración.*

*Es preciso aclarar que estos documentos sólo pueden ser examinados por los acreedores de la empresa o por las personas debidamente facultadas por éstos para tal efecto, toda vez que la negociación de un acuerdo de reestructuración sólo interesa a sus partes. Las medidas de previsión en cuanto a confidencialidad y custodia de la información, deben ser determinadas por el promotor.*

4. Determinar los derechos de voto y acreencias

*Para determinar los derechos de voto y acreencias, el promotor debe disponer de una relación de acreencias y acreedores con corte a la fecha de iniciación de la negociación. Lo anterior, por cuanto entre la fecha de corte del inventario presentado con la solicitud y la fecha de aceptación del acuerdo de reestructuración, han podido realizarse transacciones u operaciones que originen pagos o abonos a las acreencias existentes o creación de nuevos pasivos.*

*Con base en la relación antes aludida y en los documentos mencionados en el numeral anterior, el promotor, de conformidad con los artículos 22 y 25 de la Ley 550 de 1999, debe determinar:*

- (a) La existencia y cuantía de las acreencias que deben ser objeto del acuerdo; y*
- (b) El número de votos que corresponda a cada acreedor.*

*Para la determinación de los derechos de voto y de las acreencias, deberán tenerse en cuenta los pagos hechos con autorización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 550 de 1999.*

*Una vez el promotor haya determinado los derechos de voto y acreencias, y para efectos de la reunión del artículo 23 de la Ley 550 de 1999, debe elaborar un documento en donde se detallen todos y cada uno de los acreedores, indicando su nombre, número de votos y cuantía de la acreencia, el cual debe ser remitido a la Superintendencia de Sociedades como mínimo con cinco (5) días comunes de antelación a la fecha de realización de la reunión.*

*El promotor no podrá incluir en dicho listado de votos y acreencias aquellas obligaciones que no estén debidamente soportadas, aunque hayan sido relacionadas por el empresario en los documentos suministrados en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 550 de 1.999.*

#### *5. Celebrar la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias*

*Dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que haya quedado definida la designación del promotor (si no hubo recusación, el término comienza a correr a partir de la fecha de fijación del aviso en la Superintendencia de Sociedades; por el contrario, si hubo recusación, el plazo empieza a correr a partir del día en que se decida la recusación) y habiéndose determinado los derechos de voto y las acreencias, deberá realizarse una reunión para comunicar a los interesados el número de votos admisibles y la existencia y cuantía de las acreencias, la cual se realizará el día que venzan los cuatro (4) meses, a las 10 a.m., En las oficinas de la Superintendencia de Sociedades, a menos que sea convocada por el promotor en forma oportuna, indicando con precisión otro lugar, ubicado en el domicilio del empresario, fecha y hora para tal efecto.*

*La convocatoria a la reunión la hará el promotor mediante aviso en un diario de amplia circulación en el domicilio del empresario y en los de las sucursales que éste posea, publicado con una antelación de no menos de cinco (5) días comunes respecto a la fecha de la reunión, el cual debe ser inscrito en el registro mercantil de las cámaras de comercio con jurisdicción en los domicilios del empresario y en los de sus sucursales.*

*La sesión podrá realizarse con la sola presencia del promotor, de un funcionario de la Superintendencia de Sociedades designado para asistir a ella y, en su caso, del perito o peritos que se requieran para la determinación del número de votos y acreencias.*

*En el orden del día de la reunión se debe incluir el punto de la fijación de los honorarios posteriores del promotor (artículo 9º del Decreto 090 de 2000).*

*Cualquier solicitud de aclaración que no haya sido resuelta antes de la reunión de determinación de los derechos de voto deberá ser planteada en la misma y será resuelta por el promotor en su calidad de amigable componedor. Si no fuere posible resolverla, el objetante tendrá derecho, dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la reunión, a presentar ante la Superintendencia de Sociedades la objeción en cuestión, con los requisitos propios de la demanda judicial pertinente, la*

*cual será resuelta en única instancia mediante proceso verbal sumario. Las objeciones no resueltas en la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias no podrán ser conciliadas por fuera del trámite verbal sumario que se surte ante la Superintendencia de Sociedades; lo anterior sin perjuicio del allanamiento a las pretensiones, del desistimiento de las mismas o de la conciliación dentro del proceso judicial. Una de las principales funciones del promotor es la de propiciar todos los acercamientos posibles entre las partes para prevenir que se presenten objeciones o que se concilien las presentadas, labor que debe desarrollar no solamente durante la reunión, sino desde el inicio de la negociación.*

*En el acta que levante con ocasión de la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias, el promotor deberá dejar constancia expresa, entre otros aspectos, de las objeciones que fueron planteadas y no resueltas en dicha reunión, como quiera que de las objeciones que no se deje constancia, no se podrá iniciar ningún proceso ante la Superintendencia de Sociedades.*

*Son deberes del promotor:*

*a. Remitir a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los quince (15) días siguientes a la celebración de la reunión, copia del acta que se levante con motivo de la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias. Dicha acta deberá contener como mínimo la siguiente información:*

*a.1. Forma y antelación de la convocatoria.*

*a.2. Fecha, lugar y hora de celebración de la reunión.*

*a.3. Listado de asistentes.*

*a.4. Fijación de los honorarios posteriores del promotor.*

*a.5. Objeciones presentadas y si fue posible resolverlas o no.*

*a.6. Relación individualizada del total de acreedores, incluso de aquellos que presentaron objeciones y que no fueron resueltas, indicando el valor de sus derechos de voto y los porcentajes que representan. En dicha relación debe señalarse igualmente el valor y porcentaje total de derechos de voto por cada una de las cinco (5) clases de acreedores a que hace referencia el artículo 29 de la Ley 550 de 1999.*

*a.7. Relación individualizada del total de acreedores, incluso de aquellos que presentaron objeciones y que no fueron resueltas, indicando el valor de sus acreencias y los porcentajes que representan. En dicha relación debe señalarse igualmente el valor y porcentaje total de acreencias por cada una de las cinco (5) clases de acreedores a que hace referencia el artículo 29 de la Ley 550 de 1999.*

*El funcionario de la Superintendencia de Sociedades que asista a la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias sólo certificará lo tratado en relación con los asuntos arriba mencionados, sin perjuicio de que en dicha*

*reunión se trate el tema de la viabilidad de la empresa o cualquier otro que se considere pertinente, asuntos que no serán materia de su certificación.*

*El original del acta quedará en poder del promotor, una vez haya sido firmada por el funcionario de la Superintendencia de Sociedades. El promotor está obligado a anexar copia del acta con la contestación de la demanda, cuando los acreedores o los administradores hayan iniciado proceso de objeciones a la determinación de derechos de voto y acreencias en los términos del artículo 26 de la Ley 550 de 1.999 y hayan afirmado bajo la gravedad de juramento que no poseen copia del acta y que ésta se encuentra en poder del promotor.*

- b. Verificar que los asistentes a la reunión estén legal o convencionalmente facultados para representar a los acreedores.*
- c. No tratar en dicha reunión temas relacionados con el fracaso de la negociación, por cuanto para ello la ley establece un mecanismo especial en su artículo 28.*

*La reunión de determinación de derechos de voto y acreencias podrá suspenderse por decisión del promotor o por solicitud de la mayoría de los acreedores que se hagan presentes o que sean representados en la reunión. Podrán realizarse las suspensiones que se consideren necesarias, sin que entre la primera y la última fecha de la reunión pueda existir un plazo mayor a cinco (5) días hábiles consecutivos, sin incluir sábados.*

- 6. Coordinar la negociación en la forma que estime conveniente*

*Sin perjuicio de las reuniones a que se refieren los artículos 23 y 28 de la Ley 550 de 1999, el promotor podrá realizar libremente, desde la fecha de iniciación del acuerdo, reuniones con el objeto de buscar acercamientos con los acreedores, para lo cual podrá reunirse con todos ellos, por grupos o individualmente, en las fechas y lugares que estime convenientes, propendiendo así para que el acuerdo de reestructuración culmine de manera exitosa y en el menor plazo posible. Igualmente, se le otorga al promotor la posibilidad de coordinar la deliberación y decisión mediante comunicación simultánea o sucesiva.*

*Sin embargo, la flexibilidad e informalidad que otorga la ley no puede traducirse en falta de transparencia para la celebración de los acuerdos, en tratos discriminatorios a los acreedores o en clandestinidad. Por tal razón, en aras de la protección de los derechos de veto consagrados en el artículo 30 de la Ley 550 de 1999 y de la posibilidad de emitir votos en contra del acuerdo, una vez el promotor decida cómo dará a conocer el documento contentivo del proyecto de acuerdo que se piensa firmar, deberá informar a esta superintendencia acerca del mecanismo escogido. Hasta que no se informe a la Superintendencia de Sociedades sobre el mecanismo escogido, el promotor no podrá someter a la firma de los acreedores el proyecto de acuerdo.*

*Una vez escogido el mecanismo, éste no podrá modificarse y el proyecto de acuerdo se deberá dar a conocer a la totalidad de los acreedores en primera instancia, para que puedan formular los vetos quienes tengan dicho derecho. El promotor debe proveer los medios necesarios para que el derecho de veto se garantice. Todos los vetos que se*

*presenten al acuerdo de reestructuración deben ser tramitados antes de la celebración del mismo.*

*El documento contentivo del acuerdo de reestructuración deberá suscribirse dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir de la fecha en que queden definidos los derechos de voto y acreencias, mediante decisión del promotor o mediante la ejecutoria de la providencia de la Superintendencia de Sociedades que resuelva las objeciones que llegaren a presentarse.*

*Si el acuerdo no se celebra en el plazo antes indicado, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del mismo, el promotor dará traslado a la Superintendencia de Sociedades para que inicie de oficio el proceso concursal de liquidación obligatoria.*

7. Actuar como amigable componedor durante la negociación y en la redacción del acuerdo

*El promotor debe tener en cuenta que en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998 se define la amigable composición como "un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos (2) o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico o particular".*

*De esta manera, el promotor es la persona que debe propender a lograr el acercamiento entre las partes, tratar que se presente el menor número posible de objeciones a la determinación de derechos de voto y acreencias, y facilitar la adopción de una fórmula que permita la recuperación operativa de la empresa y la atención de sus obligaciones pecuniarias, cuando ella es viable.*

8. Proponer fórmulas de arreglo acompañadas de la correspondiente sustentación y evaluar la viabilidad de las que se examinen durante la negociación

*A partir de la fórmula presentada por el empresario en la solicitud de promoción del acuerdo de reestructuración, y una vez disponga de un diagnóstico de la real situación de la empresa, el promotor concluirá si, en su opinión, dicha fórmula se ajusta a la capacidad operacional de la empresa y a la situación macroeconómica general, así como la específica del sector al cual pertenece.*

*De lo contrario, deberá advertir esa situación y, de ser posible, proponer otros mecanismos o parámetros para introducir los cambios que garanticen que la fórmula se acople a la empresa y sea evaluada por las partes (acreedores externos e internos).*

9. Obtener la formalización del documento en el que conste el acuerdo que llegue a celebrarse

*El promotor debe obtener la formalización del documento en el que conste el acuerdo, tal como lo indica el artículo 31 de la Ley de Intervención Económica, y verificar que dicho acuerdo cumpla con los requisitos de contenido señalados en el artículo 33 de la citada ley.*

*El promotor, una vez transcurrido el término establecido en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 550 de 1999, deberá remitir a la Superintendencia de Sociedades un certificado de existencia y representación legal, donde conste la inscripción de la noticia de la celebración del acuerdo. Igualmente, allegará dentro de los diez (10) días siguientes a su celebración, el original del acuerdo, anexándole un cuadro resumen que contenga como mínimo, por clase de acreedor, los votos admisibles, los votos a favor y en contra del acuerdo y los acreedores que se abstuvieron de votar, expresados en pesos y porcentajes. Adicionalmente, debe presentar la relación individualizada de acreedores que votaron en contra, pues es indispensable para efectos de la legitimación a que hace referencia el artículo 37 de la Ley 550.*

*En razón de la naturaleza contractual del acuerdo de reestructuración, el promotor sólo podrá expedir copia del mismo a los acreedores internos y externos del empresario.*

*10. Participar en el comité de vigilancia del acuerdo, directamente o mediante terceras personas designadas por él*

*El promotor formará parte del comité de vigilancia del acuerdo durante todo el tiempo de su ejecución, con derecho a voz pero sin voto. Los promotores no pueden cobrar honorarios por hacer parte de dicho comité, salvo que en el acuerdo de reestructuración se prevea expresamente una remuneración por tal labor.*

*El comité de vigilancia estará en la obligación de informar a esta superintendencia sobre el incumplimiento del acuerdo.*

### *Título III Informes de gestión del promotor*

*Con el objeto de informarla oportunamente sobre la evolución de la negociación del acuerdo de reestructuración y para la evaluación del cumplimiento de sus funciones, los promotores deben presentar mensualmente, a la Superintendencia de Sociedades, informes de su gestión. Dichos informes deben relacionar en forma clara y completa las labores y avances logrados en el mes inmediatamente anterior en cumplimiento de sus funciones.”*

Sobre la naturaleza jurídica de la función que están llamados a cumplir los promotores en los acuerdos de reestructuración, la Corte consideró que "El acuerdo que, valga la redundancia, compete promover a los promotores, es definido como "la convención que, en los términos de la presente ley se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir las deficiencias que presente en su capacidad de operación, y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se han previsto en el mismo." Desde este punto de vista, es decir en cuanto el acuerdo de reestructuración pretende solucionar

*la situación de cesación en los pagos de la empresa en crisis, podría aducirse que la actividad de tales promotores que actúan como amigables componedores, se asimila a la de los conciliadores, y por lo tanto sería de naturaleza jurisdiccional, pues la propia Constitución califica de tal a la función de estos últimos. (Art. 116) Si así fuera, el cargo del actor debería prosperar. Sin embargo, la Corte no lo estima así, puesto que el acuerdo de reestructuración no produce los mismos efectos de cosa juzgada que la legislación reconoce a los acuerdos de conciliación, ni presta mérito ejecutivo, como si ocurre con éstos en los términos del artículo 66 de la Ley 446 de 1998. Por ello los promotores no ejercen funciones equiparables a las de los conciliadores, que, tal y como lo hace el artículo 116 superior, pueden catalogarse de jurisdiccionales.<sup>59</sup>*

## **2.6. NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION**

### **2.6.1. DEFINICION**

Para hablar de uno de los puntos mas esenciales del proceso de reestructuración empresarial, debemos por empezar a definir que es negociar y para ello traeré a colación varias definiciones de doctinantes versados en la materia:

- a. La negociación es la acción de discutir asuntos comunes entre dos partes, con el fin de llegar a un acuerdo. La negociación es el arte de transformar un conflicto potencial en una asociación creativa.<sup>60</sup>
- b. Es un proceso entre dos o más personas o partes, en que se hacen explícitos los intereses, necesidades y expectativas mutuos, mediante la aclaración de las contribuciones que cada uno debe hacer para su satisfacción y para alcanzar un acuerdo equitativo, voluntario y durable.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Sentencia C-1319 de 2000 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>60</sup> PEREZ, Maria Luzsabel y VARON, Juan Carlos. Técnicas de conciliación. Ministerio de Justicia y del derecho, Programa para la modernización de la administración de justicia, 1996.

<sup>61</sup> ZULUAGAR, José Octavio. Negociación en la conciliación. Conferencia, Centro de arbitraje y Conciliación, cámara de comercio de Bogota, 2001.

## 2.6.2. EL PROCESO

Comprende diferentes etapas, las cuales se desarrollaran de conformidad con la orientación del líder de la negociación, las cuales podrían ser:

- a. *La información* que se le presenta al promotor sobre la empresa, al inicio de la negociación, la cual fue presentada por el empresario al nominador con la solicitud de reestructuración.<sup>62</sup>
- b. *El análisis*: El promotor verifica la veracidad de la información, con base en las pruebas documentarias que solicite. Podrá, incluso pedirle al revisor fiscal de la empresa las certificaciones que considere necesarias. Elaborara propuestas de reestructuración, proyecciones financieras, ajustes a la estructura de la empresa y todo el contenido referido frente a la viabilidad de la empresa.<sup>63</sup>
- c. *Planeación*: El promotor debe identificar su estrategia para el desarrollo de la negociación con cada una de las partes, sus propios intereses, los de las partes y de los objetivos específicos dentro del proceso de reestructuración. Para ello, debe disponerse de una agenda o programa para seguir, el cual será reportado al nominador.<sup>64</sup>
- d. *Desarrollo*: La negociación se inicia concretamente en la segunda etapa prevista por la ley. Sin embargo esta puede adelantarse desde la celebración de la audiencia de determinación de los derechos de votos y acreencias, respecto a aquellos acreedores conformes con los votos y cuentas por cobrar, determinadas y confirmadas por el promotor. El término legal, solo se inicia formalmente hasta que los derechos de voto queden en firme, una vez resueltas todas las objeciones, bien por parte de la entidad oficial correspondiente, o bien por conciliación o allanamiento de las partes en las etapas previas a la resolución del superintendente de sociedades.

---

<sup>62</sup> Artículo 8, 20 de la ley 550 de 1999.

<sup>63</sup> Capítulo III, ley 550 de 1999.

<sup>64</sup> Circular 004 de 2001 de la Superintendencia de Sociedades.

- e. *Conclusión:* Es el acuerdo o la imposibilidad de acuerdo. El proceso de negociación de la reestructuración empresarial termina, según la ley, con el acuerdo, o con la comunicación del promotor a la entidad respectiva para iniciar la liquidación de la empresa que no fue posible reestructurarse.

## **2.7. ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO DURANTE LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO**

Uno de los efectos del inicio de la negociación consiste en que a partir de este momento, y para facilitar el acuerdo, no se dejen de cancelar las obligaciones que surgen durante su trámite -los gastos de administración-, para lo cual se les otorga prelación en el pago de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 550 de 1999. Es claro que las empresas sometidas a este mecanismo deben continuar desarrollando normalmente sus actividades, lo cual implica que no pueden dejar de atender sus obligaciones de carácter laboral.

Si una de las finalidades de la intervención del Estado en la economía es la promoción de su reactivación y siendo uno de los objetivos de la Ley 550 de 1999 el restablecer la capacidad de pago de las empresas, de manera que puedan recuperarse dentro del plazo y condiciones que se prevean en el acuerdo correspondiente, es claro que las empresas sometidas a este mecanismo deben continuar desarrollando normalmente sus actividades, lo cual implica que no pueden dejar de atender sus obligaciones de carácter laboral. El pago preferente de las acreencias laborales como gastos administrativos se consagró expresamente en el artículo 121 de la Ley 222 de 1995, para los efectos del régimen de los procesos concursales, e igualmente esta previsto en el artículo 2495 del Código Civil subrogado en lo correspondiente por las Leyes 165 de 1941, Art. 1º y 50 de 1994, Art. 36, preferencia que tiene pleno soporte en la protección de carácter constitucional que tienen dichas acreencias al tenor de lo establecido en los artículos 1, 25 y 53 de la Carta Política.

Considera la Corte que no existe diferencia alguna entre las obligaciones de carácter laboral que se generan a partir de la iniciación de la negociación y aquellas existentes a su inicio, que gozan también de la misma protección constitucional por ser acreencias de la misma naturaleza.<sup>65</sup>

La prelación de que gozan los gastos administrativos que se causen durante la negociación del acuerdo también cobija las obligaciones laborales causadas con anterioridad al inicio de la negociación.

## **2.8. PARTES EN LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN**

### **2.8.1. EL EMPRESARIO**

Denominado el deudor en el proceso de reestructuración, en éste el empresario beneficia su actividad productiva y la de sus acreedores.

La ley 550 de 1999, faculta al empresario a solicitar el acuerdo de reestructuración, previo cumplimiento de los requisitos previstos en la ley.

Otro beneficio que cubre al empresario es que se suspenden los procesos ejecutivos en su contra y se reúnen dentro del proceso de reestructuración con la finalidad de hacer un solo acervo de pasivos.

### **2.8.2. LOS ACREEDORES DEL PRIMER ORDEN**

En su orden encontramos a los trabajadores que sean acreedores del empresario, ya que el origen de su pasivo se haya generado antes o después de la solicitud del proceso de reestructuración. Esta medida favorece a la parte débil de la empresa.

Otro pasivo que se genera en este ítem son los parafiscales compuestos por los fondos de pensiones y cesantías, y lo hacen conforme al grado de

---

<sup>65</sup> Sentencia 1143 del 31 de octubre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

representación de intereses y recursos de los asalariados del empresario, pues estos lo que buscan es recibir su pago lo mas pronto posible y que los trabajadores conserven su empleo.

### **2.8.3. LOS ACREEDORES FINANCIEROS**

Este rango es quizás uno de los principales acreedores para el empresario. El sector financiero es el que le apalanca y por ello mismo el acuerdo de reestructuración debe ajustarse a las formulas para hacer viable al deudor saldar los pasivos frente a las entidades financieras y así evitar que el empresario se quede sin la posibilidad de acceso al crédito.

### **2.8.4. LOS PROVEEDORES Y DEMAS ACREEDORES**

Estos son, en mi opinión, la parte mas afectada frente al proceso de reestructuración, y si con ello concurre que varios de sus clientes en estos procesos, su capital de trabajo se ve muy afectado, es decir su perjuicio es doble, por una parte la mora en el pago de sus facturas por el empresario, esto hace que suspendan sus despachos o prestación de servicios y por otro lado, pierde un cliente.

Es por ello que lo que pretenden estos acreedores dentro del proceso de reestructuración, es recibir por lo menos el capital de sus acreencias y mantener el cliente.

## **2.9. DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS DE VOTO DE LOS ACREEDORES**

La primera etapa de la negociación del acuerdo de reestructuración se centra, en la determinación de los derechos de voto y acreencias.

Los derechos de voto y las acreencias, muy relacionadas entre si, son conceptos totalmente distintos, como lo señala el parágrafo segundo del artículo 22 de la ley 550 de 1999. Mediante la determinación de los derechos

de voto se define la participación política que va a tener cada uno de los acreedores en la votación del acuerdo de reestructuración, mientras que con la determinación de las acreencias se define la participación económica de los acreedores dentro del acuerdo. La determinación de las acreencias servirá para determinar cual es el objeto del acuerdo de reestructuración como contrato que es.

Las reglas sobre determinación de derechos de voto están consagradas en el artículo 22 de la ley 550 de 1999, mientras que las reglas sobre acreencias se encuentran en el artículo 25 de la misma ley.

Para determinar tales montos, debe acudirse a la relación de acreencias y demás documentos aportados por el empresario en desarrollo de los dispuesto por el artículo 20 de la ley 550 de 1999. Hay que advertir que la fecha de corte de tales documentos debe ser la del inicio de la negociación del acuerdo de reestructuración, pues entre la fecha de presentación de la solicitud de la admisión y la fecha de inicio de la negociación puede variar sustancialmente la información sobre las acreencias a cargo de la empresa. Son objeto del acuerdo de reestructuración todas las acreencias causadas con anterioridad a la fecha de inicio de negociación del acuerdo de reestructuración.

La regla general de la determinación de derechos de voto, se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 22 de la ley de Reactivación Económica, el cual dispone que para determinar los derechos de voto se debe tener en cuenta el valor causado del principal de su acreencia, sin incluir intereses, multas, sanciones u otros conceptos distintos del capital, con excepción de los intereses que hayan sido legalmente capitalizados.

El concepto *valor causado del principal* fue definido por la superintendencia de sociedades como “el valor recibido a título de préstamo, sin incluir otros conceptos distintos del capital, que a la fecha de solicitud del acuerdo de reestructuración se adeude, por parte del beneficiario de dicho acuerdo, sin

incluir intereses u otros conceptos distintos del capital con excepción de los intereses que hayan sido legalmente capitalizados”<sup>66</sup>

## **2.10. DETERMINACIÓN DE ACREENCIAS**

Para el efecto, se deben seguir las reglas contenidas en el artículo 25 de la ley 550 de 1999. La determinación de acreencias persigue establecer las obligaciones que serán objeto del acuerdo de reestructuración, es decir, la participación económica de los acreedores dentro del acuerdo de reestructuración.

Son objeto del acuerdo de reestructuración todas las obligaciones causadas con anterioridad a la fecha de inicio de la negociación del acuerdo de reestructuración, sin excepción. El concepto de causación es eminentemente contable.

Así, todas las acreencias incluidas en la relación de acreencias y en los demás documentos entregados al promotor por el empresario en desarrollo a lo dispuesto en el artículo 20 de la citada ley, deben contemplarse en la determinación de las acreencias que haga el promotor, salvo que éste encuentre que algunas de estas acreencias no están debidamente soportadas.<sup>67</sup>

De otro lado, si en los mencionados documentos no se relaciona determinada acreencia, pero una persona se acerca al promotor alegando su calidad de acreedor y demuestra la misma y el valor de su acreencia, el promotor será facultado para incluirla como acreencia objeto del acuerdo de reestructuración.

## **2.11. CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE RESTRUCTURACION**

Los acuerdos de reestructuración deberán incluir cláusulas que contemplen como mínimo lo siguiente:

---

<sup>66</sup> Superintendencia de Sociedades Oficio 340-52022 de 18 de agosto de 2000.

<sup>67</sup> Superintendencia de Sociedades Oficio 155-043165 de 18 de octubre de 2001.

1. Reglas de constitución y funcionamiento de un comité de vigilancia en el cual se encuentren representados los acreedores internos y externos de la empresa, y de la cual formará parte el promotor o el tercero que él designe, hará sus veces la persona que sea designada de conformidad con lo previsto en el acuerdo para el efecto.
2. Prelación, plazos y condiciones en las que se pagarán, tanto las acreencias anteriores a la fecha de iniciación del acuerdo, como las que surjan con base en lo pactado en el mismo.
3. Los créditos de cualquier clase, excepto los derivados de acreencias fiscales, parafiscales, y pensionales, podrán ser capitalizados y convertidos en acciones, de conformidad con lo previsto en el acuerdo.
4. Los créditos de cualquier clase podrán convertirse en bonos de riesgo. No obstante, la conversión solo podrá efectuarse sobre la parte renunciante de los pasivos pensionales; y en el caso de las acreencias a favor de la DIAN y demás titulares de acreencias fiscales y parafiscales sobre la parte que corresponde al 50 % de los intereses causados, corrientes o moratorios, sin comprender el capital adeudado por impuestos, tasas y contribuciones.
5. Los plazos y las condiciones en que se efectuaran las capitalizaciones y se suscribirán los bonos de riesgo y los desembolsos de créditos que se prevean en el acuerdo, si fuera el caso.
6. Las capitalizaciones de acreencias en cualquier empresa pública o mixta con forma asociativa, de cualquier nivel territorial, se sujetaran a las reglas del derecho privado y a las normas especiales que le sean aplicables.
7. El compromiso de ajustar, si fuera el caso, los plazos no superior a seis meses, las practicas contables y de divulgación de información de la empresa o ente contable respectivo a las normas legales que le sean aplicables.

8. Las obligaciones derivadas del código de conducta empresarial a que se refiere el artículo 44 de la ley 550 de 1999.

## **2.12. ESTRATEGIAS DE CAPITALIZACIÓN Y FINANCIACION UTILIZADAS**

Para muchos empresarios es difícil considerar vender lo que les costó tanto trabajo conseguir, y aunque son conscientes de su obsolescencia, ya que no se utilizan, además de que ocupan un espacio en la planta, les cuesta trabajo definir la venta de estos activos.

Cuando se evalúan las alternativas de desarrollo de la empresa se encuentran, normalmente, limitaciones económicas, y se establece que si no se cuenta con los recursos económicos suficientes, la empresa no será viable. En estos momentos se analizan las fuentes de financiación internas y externas, para contar con los recursos necesarios que permitan implementar las estrategias que la harán viable.

Esta etapa define el futuro de la empresa, básicamente, pero de estas alternativas depende la puesta en marcha de las acciones de reestructuración, pero también establece el marco de confianza y negociación para formular, con el apoyo de los diferentes acreedores, la mejor estrategia y las mejores condiciones para reestructurar la empresa.

Por lo general, cuando se define un proceso de reestructuración, se definen también todas las alternativas que tiene la empresa y la solución surge como una mezcla de acciones que aquella puede llevar a cabo para mejorar su liquidez y disminuir el nivel de endeudamiento.

### **2.12.1. MECANISMOS QUE PERMITAN LA UTILIZACIÓN Y READQUISICIÓN DE BIENES OPERACIONALES ENTREGADOS EN PAGO**

Es una de las opciones más comunes, dado que en épocas buenas los empresarios solicitaron préstamos para adquirir inmuebles, pero en esta época

de crisis y con tasas de interés más altas, no es posible el pago de tales obligaciones.

En muchos casos, las obligaciones Ascenden A cifras que superan el valor comercial del inmueble.<sup>68</sup> Por tanto, es una buena opción para pagar estas deudas, y además los acreedores que reciban en pago bienes operacionales de la empresa reactivada, podrán permitir su utilización por parte de la empresa a título de arriendo o a cualquier otro fin<sup>69</sup>.

Cuando se trata de bienes no operaciones, la negociación se realiza con base en el valor del avalúo comercial.<sup>70</sup>

### **2.12.2. SOCIEDADES DE PROMOCION EMPRESARIAL**

Se refiere a la definición de nuevos plazos y cuotas de una acreencia. Generalmente se negocia con la entidad financiera el saldo de la deuda con los intereses, como si se partiera de cero, y se define un nuevo plazo. Es el fin de los acuerdos de reestructuración.

Las condiciones de intereses y plazos se harán sobre la realidad que afronta la empresa y el ideal es negociar de acuerdo con las proyecciones de la empresa.

Esta estrategia se dirige a convertirse temporalmente en accionistas de la empresa, y actuar como intermediarios de valores o como emisores de valores inscritos cuando se encuentren en este supuesto<sup>71</sup>.

### **2.12.3. GESTION Y OBTENCIÓN DE RECURSOS DE LA BANCA DE SEGUNDO PISO**

Esta opción permite replantear la empresa, y, sin duda, debe desarrollarse un proyecto juicioso para establecer el monto de los recursos necesarios.

---

<sup>68</sup> Artículo 45 de la ley 550 de 1999

<sup>69</sup> Artículo 45 de la ley 550 de 1999

<sup>70</sup> Artículo 46 de la ley 550 de 1999

<sup>71</sup> Artículo 49 de la ley 550 de 1999

El artículo 47 de la citada ley define el acceso preferencial a líneas especiales de redescuento a través de entidades de segundo piso, para empresas que entren en acuerdo de reestructuración, y define cual puede ser el destino de esas líneas.

Estos recursos podrán ser destinados a financiar a los accionistas nuevos o antiguos de las empresas reestructuradas, a la suscripción de nuevas emisiones de acciones y de bonos de riesgo, al desembolso de nuevos créditos para capital de trabajo, inversión y demás fines acordes con la recuperación de la empresa en los términos previstos en el acuerdo y, en especial la normalización del pasivo pensional.<sup>72</sup>

El decreto 257 de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 550 de 1999, en lo relacionado con el régimen de los bonos de riesgo, establece las características y condiciones legales de esta figura. También se pueden capitalizar los pasivos, mediante mecanismos tradicionales, como la suscripción de bonos obligatoriamente convertibles en acciones (boceas), pues la ley no lo prohíbe.

#### **2.12.4. EMISIÓN DE BONOS DE RIESGO**

A fin de aproximar al lector de esta monografía, con el único propósito de analizar, este instrumento con que cuentan las empresas en crisis, para no hacer una simple mención, amen de que este instrumento ya ha sido utilizado en el país, siendo el precursor de este, las empresas pertenecientes al sector textil, como coltejer, tejicondor, y fabricato, con unos resultados óptimos, quienes al emitir esta clase de títulos dentro del acuerdo suscrito con los acreedores, en el marco de la ley 550 de 1999, destinados a sustitución de pasivos financieros lograron conjurar la crisis y hoy en día son empresas rentables que generan empleo; así las cosas me permito explicar de una forma breve, el concepto, características, procedimiento para la emisión, así como

---

<sup>72</sup> Artículo 47 de la ley 550 de 1999

sus contratos subyacentes, para aclarar este tema. No podría seguir adelante en el desarrollo de este tema sin antes advertir que se pueden emitir varias clases de bonos, como bonos ordinarios, bonos convertibles en acciones, bonos con cupones de suscripción de acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones<sup>73</sup> y bonos de riesgo, por supuesto me limitaré a esta última clase en atención al estudio que ocupa esta monografía.

#### **2.12.4.1. DEFINICION DE BONO**

Para comenzar a desarrollar este tema, primero veamos que es un bono: es un título valor que representa un empréstito o un préstamo adquirido por un emisor cualquiera,<sup>74</sup> cuya contraparte son inversionistas interesados en otorgar ese “préstamo”. El plazo de los bonos debe ser superior a un año, hasta su vencimiento, pero sin límite máximo, más allá del plazo de duración de la sociedad. (Para plazos inferiores a un año se pueden emitir los llamados “papeles comerciales” que constituyen una especie de pagaré cotizable en bolsa).<sup>75</sup>

Cuando alguien compra un bono se convierte en prestamista de una empresa o de un gobierno, los cuales deben compensar su préstamo con unos intereses que se pagan de manera periódica y con la devolución del capital en un plazo preestablecido, con la ventaja adicional de que estos títulos valores son negociables en el mercado secundario.

(El proceso de aprobación y emisión de los bonos es sencillo, pero debido a que los montos involucrados en las emisiones son bastante grandes, el emisor necesita los servicios de un banco de inversión para que éste lo apoye en la distribución y colocación del empréstito, garantizando que se accede al mercado público en las mejores condiciones para adquirir un préstamo sin intermediario,

---

<sup>73</sup> Para profundizar más acerca de los tipos de bonos y su definición ver: Ravassa Gerardo José, Nuevo Curso de Títulos Valores. Ediciones USTA, enero de 1999, Pág. 422 - 423.

<sup>74</sup> Digresión hecha desde el artículo 752 del Código de Comercio Colombiano.

<sup>75</sup> Ravassa Gerardo José, Nuevo Curso de Títulos Valores. Ediciones USTA, enero de 1999, Pág. 423.

una emisión de bonos no requiere garantía general, no paga impuesto de timbre y no es necesario negociar varios contratos con diferentes bancos.

Todos los emisores que quieran acceder al mercado público mediante estas emisiones deben pasar por un proceso de calificación de la EMISIÓN, proceso que refleja la capacidad del emisor para cumplir oportunamente con las obligaciones adquiridas con los tenedores de los bonos. Dicha calificación refleja de cierta manera el riesgo adquirido por los compradores y de ésta depende en gran parte el éxito de la emisión, el precio del papel en el mercado secundario y la rentabilidad ofrecida a los inversionistas.<sup>76</sup>

#### **2.12.4.2. CARACTERISTICAS DE LOS BONOS**

Además de las anunciadas anteriormente, las principales características son las siguientes:

- a. Corresponden a un pasivo para el emisor
- b. Generalmente son emitidos a mediano y largo plazo, amén de la explicación que da el autor Gerardo Ravassa, precitado, en la práctica los bonos son emitidos con plazos que pueden oscilar entre 3 y 10 años.<sup>77</sup>
- c. Reconocen durante su vigencia un rendimiento establecido como una determinada tasa de interés fija o indexada a una tasa de referencia del mercado (D.T.F., I.P.C.).
- d. Establece una forma de amortización que puede ser por instalamentos periódicos o un solo pago a su vencimiento.<sup>78</sup>

#### **2.12.4.3. NORMATIVIDAD APLICABLE**

Las emisiones de bonos de riesgo para ser colocados en el mercado de valores colombiano, se encuentran regulados en su integridad por la Resolución 400 de

---

<sup>76</sup> [http://www.supervalores.gov.co/alternativa\(sep-19-02\).pdf](http://www.supervalores.gov.co/alternativa(sep-19-02).pdf).

<sup>77</sup> [http://www.supervalores.gov.co/alternativa\(sep-19-02\).pdf](http://www.supervalores.gov.co/alternativa(sep-19-02).pdf).

<sup>78</sup> Para profundizar más acerca de las formas de vencimiento de un título valor ver: Ravassa Gerardo José, Nuevo Curso de Títulos Valores. Ediciones USTA, enero de 1999, Pág. 274 - 284.

1995 de la Superintendencia de Valores, en concordancia con la ley 550 de 1999, reglamentando la emisión de bonos de riesgo en particular, el decreto 257 de 2001, que a continuación me permito transcribir:

**MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO**

**DECRETO NÚMERO 257 DE 2001**

**(19 FEB 2001)**

Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 550 de 1999, en lo relacionado con el régimen de los bonos de riesgos

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales de las consagradas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y, en desarrollo de lo previsto en el artículo 40 de la Ley 550 de 1999

**DECRETA:**

**ARTÍCULO 1°. CAPACIDAD DE EMISIÓN:** - Cualquier empresa o entidad que celebre un acuerdo de reestructuración de los previstos en la Ley 550 de 1999, tiene capacidad para emitir bonos de riesgo.

**ARTÍCULO 2°. CARACTERÍSTICAS.**- Los bonos de riesgo tendrán las siguientes características:

1. Pueden incorporar el reconocimiento de un rendimiento financiero, tasa de interés o cualquier otra forma de rendimiento que se convenga en el acuerdo de reestructuración.
2. Cuando la naturaleza jurídica del emisor lo permita, pueden ser convertidos, de manera total o parcial, en cuotas, partes de interés social, aportes o acciones, sean éstas ordinarias, privilegiadas o con dividendo preferencial y sin derecho de voto. En el acuerdo y en el documento contentivo del bono de riesgo deberán expresarse la totalidad de las condiciones que se utilizarán para la conversión, incluyendo, entre otras, si la misma es voluntaria u obligatoria; si puede darse en forma anticipada o únicamente al vencimiento de los bonos, y las características específicas de las acciones, partes de interés social, aportes o cuotas en que se pueda hacer tal conversión.
3. En caso de liquidación de la empresa reestructurada, los bonos de riesgos que se suscriban dentro de los acuerdos a que se refiera la Ley 550 de 1999, se pagarán con posterioridad a los demás pasivos externos y antes de cualquier reembolso a favor de los acreedores internos, salvo el caso de bonos que corresponda a la capitalización de acreencias laborales o fiscales, las cuales en este caso conservarán los privilegios legales que les corresponden en virtud de tal naturaleza.
4. Pueden otorgar a lo tenedores del derecho privilegiado a que de las utilidades de la empresa reestructurada se les destine, en primer término, una cuota determinada, acumulable o no, según se pacte en el acuerdo de reestructuración. La acumulación no podrá extenderse a un período mayor de cinco años, contados a partir del momento en que la empresa comience a generar utilidades netas.
5. Pueden otorgar cualquier otra prerrogativa de carácter exclusivamente económico que, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, se establezca en el acuerdo de reestructuración de conformidad con lo previsto en la ley 550 de 1999. En todo caso los beneficios económicos que se incluyan en el acuerdo de reestructuración, deberán sujetarse a lo previsto en los numerales 11 y 12 del artículo 33 de la ley 550 de 1999.

**PARÁGRAFO 1°. -** No será obligatorio que la emisión de bonos de riesgo cuente con un representante legal de tenedores de dichos títulos, salvo que así se decida en el acuerdo de reestructuración.

**PARÁGRAFO 2°. -** Cuando se trate de aprobar modificaciones que puedan desmejorar los derechos o las condiciones económicas fijados para los bonos de riesgo en el Acuerdo de reestructuración, se requiera a la aprobación de una mayoría calificada de tenedores, en términos de lo dispuesto en las normas vigentes que les sean aplicables. Cualquier otra modificación que se realice respecto a las condiciones inicialmente establecidas en el Acuerdo para los bonos de riesgos debe ser aprobada por cualquier número plural de tenedores que represente no más del cincuenta y uno por ciento (51%) del valor total de los bonos de riesgo emitidos por el respectivo empresario.

**ARTÍCULO 3°. NEGOCIABILIDAD.**- Los bonos de riesgo podrán negociarse en la siguiente forma:

- a. Directamente, en forma privada, o
- b. A través del mercado público de valores, previa inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

En el Acuerdo de Reestructuración deberá constar si los bonos de riesgo se inscribirán o no en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y en una o más bolsas de valores. En caso afirmativo, deberá indicarse quién asume la responsabilidad por el pago de los gastos que se ocasionen como consecuencia de tal inscripción.

**PARÁGRAFO 4º. PROTECCION A LOS TENEDORES DE BONOS DE RIESGO.**- Los tenedores de bonos de riesgos que se negocien en el mercado público de valores gozarán de las garantías y protecciones previstas en las normas que rigen dicho mercado, sin perjuicio de aquellas que se pacten en el respectivo acuerdo de reestructuración.

Tratándose de bonos de riesgo que no se negocien en el mercado público de valores, en el respectivo acuerdo de reestructuración deberán estipularse las reglas sobre protección de los tenedores que se consideren pertinentes, en adición a las previstas en las normas vigentes.

**PARÁGRAFO 5º. DEL DOCUMENTO CONTENTIVO DEL BONO DE RIESGO.** - Los documentos donde conste los bonos de riesgo, deberán contener como mínimo lo siguiente:

1. La denominación "Bono de riesgo" debidamente destacada y la fecha de expedición.
2. La clase de bono y condiciones de conservación, cuando sea del caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 del presente decreto.
3. El nombre de la entidad emisora, su domicilio principal y el de las sucursales u oficinas a las cuales puede acudir el tenedor para el pago de las prestaciones que genere a su favor el bono de riesgo.
4. El capital suscrito, el pagado y la reserva legal de la sociedad emisora.
5. La serie, número, ley de circulación, valor nominal y primas, si las hubiere.
6. El número de cupones que lleva adheridos, si los hubiere. En cada cupón debe indicarse el título al cual pertenece, su número, valor y fecha en que puede hacerse efectivo.
7. Además los cupones deberán tener la misma ley de circulación del bono en riesgo.
8. El rendimiento del bono o la indicación clara sobre la inexistencia del mismo.
9. El monto de la emisión, la forma, lugar y plazo para amortizar el capital y los rendimientos, si los hubiere según lo pactado en el acuerdo de reestructuración.
10. Las medidas que proceden si, llegado el momento en que se hagan exigibles los rendimientos y/o el capital, el emisor del bono no cuenta con los recursos necesarios para atender su pago.
11. El nombre y domicilio de los avalistas o garantes, si los hubiere, así como el monto del aval respectivo.
12. La firma del representante legal de la entidad emisora y de la entidad avalista, si la hubiere, o de las personas autorizadas para ello.
13. La Advertencia, debidamente destacada, respecto a que el capital de los bonos de riesgo, en caso de liquidación de la empresa reestructurada, sólo se cancelará con posterioridad al pago de los otros pasivos externos y antes de cualquier reembolso a favor de los acreedores internos.
14. Las demás indicaciones que sean necesarias y aplicables de conformidad con la pactado en el acuerdo de reestructuración y las normas legales vigentes.

**ARTÍCULO 6º. SUSCRIPCIÓN DE LOS BONOS DE RIESGO.** - La suscripción de los bonos de riesgo emitidos como consecuencia de un acuerdo de reestructuración no será obligatoria. En tal sentido, sólo serán suscritos por aquellos acreedores que así lo decidan voluntariamente y que tengan capacidad legal para el efecto.

**ARTÍCULO 7º REMISIÓN DE NORMAS.** - En los aspectos no previstos para los bonos de riesgo en la Ley 550 de 1999, en el presente decreto y en el respectivo acuerdo de reestructuración, a los referidos títulos se aplicarán las normas vigentes para bonos, en tanto dicho régimen no pugne con su naturaleza y con las disposiciones antes citadas.

Adicionalmente, a los bonos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios se aplicarán las normas expedidas por la Superintendencia de valores en desarrollo de su facultad para señalar los requisitos y condiciones para la emisión, inscripción en el Registro, negociación y oferta de títulos en el mercado público de valores.

**ARTÍCULO 8º. VIGENCIA** - En presente decreto rige a partir de su fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

#### **2.12.4.4. PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE EMISION DE BONOS DE RIESGO**

- a. Emisor: es la compañía que realizará la emisión y se obligara con los tenedores al cumplimiento de las condiciones pactadas en los títulos, previo cumplimiento de los requisitos que se deberán cumplir para ser

- emisor de bonos,<sup>79</sup> en el mercado público, sin perder de vista el artículo 1 del decreto 257 de 2001.
- b. Asesor de Banca de inversión: será el banquero de emisión quien contratará con el emisor los servicios de asesoría para la estructuración de la emisión. El asesor deberá certificar en el prospecto de emisión de bonos, la debida diligencia en el desarrollo de sus actividades.
  - c. Sociedad calificadora de valores: Es cualquiera de las sociedades debidamente autorizadas para operar en Colombia, que tiene a su cargo el otorgamiento de la calificación inicial de riesgo de la emisión así como las revisiones anuales que deben realizarse de la misma; cabe anotar que actualmente existen dos sociedades calificadoras debidamente autorizadas para operar en Colombia, que son las sociedades Duff and Phelps de Colombia S.A. y BRC investors Services S.A., entidades que están sometidas a la inspección y vigilancia a la Superintendencia de Valores.<sup>80</sup> Cabe destacar que en la materia en estudio se denomina bonos de riesgo, ya que su emisor indirecto esta sometido al proceso de reestructuración empresarial y estas sociedades calificadas de riesgo las califica como A, letra utilizada para advertir a los inversionistas sobre las contingencias que pueden llegar a tener.
  - d. Administrador de la emisión: Será la entidad responsable de administrar los bonos durante su vigencia así como de realizar los pagos a los tenedores y suministrar la información relativa a los mismos. Puede ser una entidad externa o el mismo emisor, pero en la actualidad la mayoría de emisiones de bonos son administradas en forma desmaterializada a través de los depósitos descentralizados de valores<sup>81</sup> autorizados para operar en Colombia, con quien se contrata el respectivo servicio.

---

<sup>79</sup> Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores Artículos 1.1.1.1 y 1.2.4.1.

<sup>80</sup> Título III Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores

<sup>81</sup> “los depósitos centralizados de valores significan una respuesta a la tendencia de transmitir valores sin título. Pero también cumplen otros fines. Las personas físicas o jurídicas con inversiones en acciones, bonos y otros papeles, cotizables o no en bolsa de valores, pero inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, carecen en muchos casos de los medios, tiempo y conocimiento necesarios para sacarles a estos papeles todo su fruto. Los depósitos centralizados de valores se encargan de administrarlos. El Decreto 437 de 1992, artículo 5, contempla a estos efectos el “endoso en administración” que permite al depositante realizar las gestiones pertinentes por cuenta de los endosantes. Destacan dos depósitos centralizados de valores: DECEVAL y DCV del Banco de la República. DECEVAL opera con todos los títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. El uso de las

Cabe anotar que el manejo desmaterializado de las emisiones ofrece mayor eficiencia, seguridad y agilidad al proceso, adecuándose a los parámetros mundiales para su manejo de emisiones y eliminando la manipulación física de los títulos valores que usualmente van asociados a riesgos operativos y financieros.

Actualmente solo existe una entidad que ofrece el servicio de manejo desmaterializado de emisiones de bonos que es el Depósito Centralizado de Valores de Colombia, Deceval, entidad que esta sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de Valores.

- e. Agente colocador de la emisión: Es la entidad a través de la cual se llevara acabo la colocación de la emisión de bonos en el mercado, que bien puede ser una sociedad comisionista de bolsa, una sociedad fiduciaria o cualquier otro intermediario de valores debidamente facultado para el efecto.

Para efectos del proceso de colocación existen los siguientes mecanismos:

1. Colocación (underwriting)<sup>82</sup> en firme: modalidad en la cual la sociedades comisionista de bolsa suscribe la totalidad o parte de una emisión de valores, obligándose a ofrecer al publico inversionista los títulos así suscritos o adquiridos, en las

---

computadoras para hacer las inscripciones, transferencias, anotaciones varias, etc., elimina el riesgo del manejo físico de los títulos. El sistema de anotación en cuenta, como se llama en Europa "Uria Rodrigo 24 edición Pág. 263", queda así implantado en Colombia. Los títulos se guardan en bóvedas de alta seguridad y las operaciones que ha ellos afectan se realizan a través de registros electrónicos" Ravassa Gerardo José, Nuevo Curso de Títulos Valores. Ediciones USTA, enero de 1999, Pág. 87, 88 y SS.

<sup>82</sup> "con el objeto de situar los bonos y otros títulos entre el publico, con o sin garantía,. Aparece por primera vez en Colombia, el llamado contrato de "underwrating" , mal traducido como "contrato de colocación de títulos valores", este contrato debe celebrarse cunado la sociedad piensa destina el monto de la emisión a uno o varios proyectos específicos. Para simplificar, diremos en unas cuantas palabras que el contrato se suscribe entre la sociedad y los intermediarios o comisionistas de valores... menciona tres modalidades... ver mas explicaciones en el texto citado" Ravassa Gerardo José, Nuevo Curso de Títulos Valores. Ediciones USTA, enero de 1999, Pág. 423.

condiciones de precio que se hubieren establecido en el contrato respectivo.

2. Colocación (underwriting) garantizado: modalidad en la cual la sociedad comisionistas compromete a colocar la totalidad o parte de una emisión de valores dentro de un plazo determinado, con la obligación de suscribir el remanente no colocado en dicho plazo.
3. Colocación (underwriting) al mejor esfuerzo: modalidad que pueden utilizar las sociedades comisionistas de bolsa y las sociedades fiduciarias, en las cuales se realizan las gestiones de colocación buscando el mejor resultado posible pero sin asumir un compromiso determinado de adquisición parcial o total de la emisión.

La modalidad de colocación se define de común acuerdo entre el emisor y el colocador atendiendo a parámetros tales como las condiciones de mercado, las características del título, entre otros.

- f. Representante legal de los tenedores: Las emisiones de bonos deberá contar con un representante legal quien tendrá a su cargo la defensa de los intereses de los tenedores así como la representación de los mismos ante todas las situaciones que puedan presentarse durante la vigencia de la emisión. Los artículos 1.2.4.4. y SS. De la resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores regulan todo lo relativo a las gestiones y actuaciones del representante legal de tenedores.

Cabe anotar que actualmente solo se encuentran facultados para actuar como representantes legales de tenedores, las sociedades fiduciarias y las corporaciones financieras, siendo una labor de alta responsabilidad por cuanto contempla, las siguientes gestiones:

1. Realizar un adecuado seguimiento de la situación financiera de los emisores y del cumplimiento de los compromisos derivados de la emisión.

2. Detectar posibles riesgos en la estructura financiera del emisor que puedan afectar en un momento determinado los intereses de los tenedores, estableciendo planes de acción específicos para la defensa de los mismos.
3. Realizar actuaciones para defender a los Tenedores en evento de siniestros de los emisores, ante incumplimientos en pagos o ante situaciones jurídicas especiales “procesos de ley 550, liquidaciones, entre otros”.
4. Representar en todo momento y ante todas las entidades y organismos de control, a los tenedores de dichos bonos.

Nótese que no es necesario para la emisión de bonos de riesgo, salvo que así se estipule en el acuerdo de reestructuración, que dicha emisión cuente con un representante de tenedores de bonos.

- g. Bolsa de valores: Corresponde a la bolsa de valores en donde se inscribirán los títulos y a través de la cual se canalizarán y registrarán las operaciones que se efectúen en el mercado secundario una vez sean colocados los bonos.

Actualmente en nuestro país opera la bolsa de valores de Colombia, la cual fusionó las operaciones de las antiguas bolsas de valores de Bogotá, Medellín y Occidente de manera tal que se ha logrado una centralización de la totalidad de las operaciones bursátiles; para efecto de las emisiones de bonos, debe surtirse el trámite de la inscripción de dichos títulos valores ante el consejo directivo de la bolsa, cuya autorización permite que los mismos sean transados y negociados posteriormente a través de los mecanismos que prevén las normas bursátiles. Nótese que para la emisión de bonos de riesgo solo será obligatoria la suscripción si los acreedores lo consideran necesario además de la capacidad legal de éstos para hacerla.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Decreto 257 de 2001 ARTÍCULO 6°. SUSCRIPCIÓN DE LOS BONOS DE RIESGO. - La suscripción de los bonos de riesgo emitidos como consecuencia de un acuerdo de reestructuración no será obligatoria. En tal sentido, sólo serán suscritos por aquellos acreedores que así lo decidan voluntariamente y que tengan capacidad legal para el efecto.

#### **2.12.4.5. DESCRIPCION GENERAL DEL TRÁMITE PARA LA EMISION**

Los procesos de emisión de bonos, independientemente de las características particulares que puedan tener de acuerdo con el emisor, deben surtir un trámite genérico de autorización cuyas principales etapas se describen a continuación:

- a. El proceso se inicia con las fases previas de anabiosis por parte del emisor para efectos de tomar la decisión de llevar a cabo la emisión. Normalmente es en esta fase se cuenta con la asesoría financiera de un banquero de inversión, con el fin de establecer la conveniencia de llevar a cabo la emisión de bonos y definir las condiciones financieras de los mismos, para lo cual es conveniente la realización de las proyecciones financieras que determinen la bondad del proceso, detectare ventajas y desventajas y orientar la toma de decisión por parte de la administración de la entidad.
  - b. Con base en lo anterior, debe prepararse toda la información relativa a la emisión que comprende, entre otros, los siguientes documentos:
    1. Reglamento de emisión: es un documento que compendia las condiciones generales de los bonos a ser emitidos, que debe ser sometido a la respectiva consideración y aprobación de la instancia de decisión máxima del emisor. Este reglamento deberá contener la información mínima requerida por el artículo 1.2.2.1. y 1.2.2.2. de la Resolución 400 de 1995.
    2. Prospecto de colocación: Documento que presenta toda la información relativa a la emisión, incluyendo las condiciones financieras de los títulos, información financiera y general del emisor, así como las constancias y certificaciones de los participantes respecto de la veracidad y suficiencia de la información contenida en el documento. En el artículo 1.2.2.2. de la resolución 400 de 1995 presenta las menciones que deberá contener un prospecto de colocación.
-

3. Contratos accesorios a la emisión: Corresponde a los contratos que acompañan un proceso de emisión tales como el contrato de administración desmaterializada de la emisión, el contrato de representación legal de tenedores, los contratos de colocación de la emisión y todos los demás relativos al proceso.
  4. Formulario de inscripción ante el registro nacional de valores e intermediarios: De acuerdo con el formato preestablecido por la Superintendencia de Valores.
  5. Aviso de oferta pública de la emisión: corresponde al aviso que debe ser publicado en un medio de amplia circulación, generalmente un diario de amplia circulación nacional, en donde se informa al mercado la salida de la emisión de los títulos y las condiciones generales de los mismos.
  6. Copia de los folletos y el material publicitario que vaya a ser utilizado: Aplica para aquellos casos en los cuales se vaya a realizar una labor de mercadeo y comercialización de títulos, para lo cual puede diseñarse un material especializado como folletos, presentaciones, avisos publicitarios entre otros. En la práctica no es muy utilizado dado que la venta de este tipo de emisiones es muy especializada, lo cual conlleva una labor personalizada apoyada en los documentos tradicionales de la emisión.
  7. En el evento que la emisión vaya a estar garantizada, descripción de las garantías a otorgar y la documentación relativa a la misma: comprende los contratos o documentos en los cuales conste la descripción de la garantía a utilizar para la emisión, para conocimiento y entendimiento de los inversionistas.
- c. Una vez se ha definido por parte de la administración del emisor la realización de la emisión, debe someterse la misma al proceso de autorización por parte del órgano máximo de decisión que usualmente corresponde a la asamblea de accionistas, en el caso de sociedades

anónimas o la junta de socios en el caso de responsabilidad limitada. Para estos efectos es importante la revisión de los estatutos sociales de la compañía para determinar la competencia en la toma de este tipo de decisiones.

El órgano de decisión competente deberá aprobar en su integridad el reglamento de emisión de bonos de igual manera, debe aprobarse el prospecto de emisión de bonos, facultad que puede delegarse en la junta directiva si así se considera.

- d. Posteriormente deberá iniciarse el trámite para la calificación del riesgo de la emisión a través de alguna de las sociedades calificadoras de riesgo debidamente autorizadas para operar en Colombia, las cuales fueron mencionadas previamente, aportando a las mismas toda la información requerida para adelantar el trámite respectivo. Cabe anotar que el emisor está en libertad de elegir la sociedad calificadora que considere más conveniente para la realización del proceso.
- e. En forma simultánea deberá iniciarse ante la Superintendencia de Valores el trámite de solicitud de autorización para la inscripción de los bonos a emitir en el registro de valores e intermediarios, así como la autorización de la oferta pública de los mismos. Cabe anotar que los establecimientos de crédito se exceptúan de realizar este trámite por considerar que estas emisiones corresponden a un mecanismo de captación propio de su actividad de intermediación., así mismo debe tenerse en cuenta que la capitalización de pasivos en la ley 550 solo puede realizarla los establecimientos de crédito.
- f. Deberá realizarse el trámite de inscripción de los bonos a emitir en la bolsa de valores de Colombia, para lo cual se solicitará la respectiva autorización por parte del consejo directivo de la misma.
- g. Teniendo en cuenta que la mayoría de las emisiones de bonos actualmente se manejan en forma desmaterializada a través del

depósito centralizado de valores, deberá realizarse la correspondiente inscripción del emisor en el mismo así como la coordinación de los procedimientos operativos pertinentes.

- h. Una vez se obtenga la autorización por parte de la Superintendencia de Valores, se procederá a la formalización de todos los contratos accesorios a la emisión y se programará la fecha de la realización de la oferta pública
- i. Surtido el trámite anterior, el emisor define la fecha de realización de la oferta de los bonos a través de la publicación del respectivo aviso dirigido al público en general y se procede a la colocación de los mismos de conformidad con la modalidad que haya sido definida para tal efecto.
- j. Una vez colocada la emisora de bonos se debe realizar la administración de la misma durante su vigencia, atendiendo los compromisos de pago a los tenedores en las fechas previstas así como el deber de información establecido en el capítulo III de la sección segunda de la resolución 400 de 1995.
- k. Cualquier situación especial que pueda presentarse durante el lapso de emisor y que sea de relevancia para los tenedores, deberá ser informada a la Superintendencia de Valores y será responsabilidad del emisor así como del representante legal de los tenedores en los casos que el mismo aplique, el seguimiento y la opción de medidas conducentes a la defensa de los derechos de los tenedores.

#### **2.12.4.6. CONTRATOS ACCESORIOS**

Atendiendo a los requisitos y condiciones establecidos en la normatividad aplicable a las emisiones de bonos, se presentan a continuación la relación de los diferentes tipos de contratos que están involucrados en el proceso de emisor y colocación, con ejemplos prácticos que han sido utilizados en diferentes procesos de emisión:

a. Contrato de asesoría financiera:

Corresponde al contrato de prestación de servicios que es suscrito con una firma de banca de inversión, para efectos de regular las gestiones de asesoría que serán realizadas para estructurar la emisión de bonos. Estos contratos tienen características particulares dependiendo del tipo de asesoría ofrecida, del banquero de inversión entre otros.

b. Contrato de calificación de la emisión:

Corresponde al contrato suscrito con la sociedad calificadora de valores para efectos de llevar a cabo las labores de calificación de la emisión. Este contrato tiene unas condiciones preestablecida por la sociedad calificadora y se ajusta a las particularidades de la emisión según se pacte con el emisor.

c. Contrato de administración de la emisión:

Corresponde al contrato suscrito con la entidad que llevara a cabo las labores de administración de la emisión. Dado que actualmente la mayoría de las emisiones se manejan de manera desmaterializada, es usual contratar los servicios de un deposito centralizado de valores, que es actualmente DECEVAL S.A.

d. Contrato de colocación de la emisión:

Este contrato se suscribe con la firma que va a llevar a cabo la colocación de la emisión, de acuerdo con la modalidad que se pacte con el emisor.

e. Contrato de representación legal de tenedores:

Corresponde al contrato suscrito por el representante legal de tenedores para regular lo relativo a sus gestiones y funciones durante la vigencia de la emisión. Dicho contrato debe incorporar las normas establecidas por la resolución 400 de 1995.

f. Contrato accesorios para conformación de garantías:

Dependiendo de la estructura de la emisión, pueden incorporarse mecanismos de garantías externos regulados con contratos específicos.

A continuación me referiré a tres aspectos básicos tributarios que regulan estos contratos:

1. Los efectos tributarios y contables que una emisión de bonos puede generar deben ser analizados de manera particular por cada emisor, ya que dependiendo de su estructura financiera estos pueden ser diversos y determinar en un momento dado la conveniencia de realizar la emisión.
2. Los contratos están sujetos al pago del impuesto de timbre básicamente si la prestaciones económicas en ellos contenidos, ya sea por efecto de las comisiones o de los honorarios perseguidos, superan la suma mínima definida en el estatuto tributario vigente, para la acusación y pago de dicho tributo fijada para el año 2003 – 2004 en la suma de cincuenta y tres millones de pesos (53.000.000) (decreto 3257 del 30 de siembre de 2002 articulo 519).
3. Dentro de la normatividad tributaria vigente estos contratos no generan tributos adicionales.) \* **EL TEXTO SEÑALADO, ES PROPIEDAD INTELECTUAL DEL DR RICARDO DURAN VINAZCO, APORTADO COMO MATERIAL DE CONSULTA EN LA ESPECIALIZACION DE DERECHO COMERCIAL Y DE LOS NEGOCIOS, UNIVERSIDAD SANTO TOMAS JUNIO DE 2004, TOMADO CON AUTORIZACION EXPRESA DEL AUTOR.**

## 2.13. EXONERACIÓN DEL IMPUESTO POR RENTA PRESUNTIVA

*Artículo 53. Exoneración del impuesto por renta presuntiva. En adición a las excepciones previstas en el artículo 191 del estatuto tributario, durante la negociación y ejecución de un acuerdo de reestructuración de los previstos en esta ley, y por un plazo máximo no prorrogable de cinco años, contados desde la fecha de celebración del acuerdo, el empresario no estará sometido al régimen de renta presuntiva. Sobre la parte del año en que se celebre el acuerdo y que haya transcurrido con anterioridad a su celebración, se aplica el régimen de la renta presuntiva en forma proporcional<sup>84</sup>.*

El artículo en mención se refiere a una norma tributaria, toda vez que adiciona el artículo 191 del Estatuto Tributario, en el sentido de indicar que se exonera a los empresarios del impuesto por renta presuntiva durante la negociación y ejecución de un acuerdo de reestructuración de los previstos en la Ley 550 de 1999 y hasta un término de cinco años contados a partir de la celebración de dicho acuerdo. Por tal razón le son aplicables los artículos 338 y 363 de la Constitución, en el sentido que las normas de carácter tributario no se aplicarán con retroactividad, es decir, que surtirán efectos hacia el futuro, a partir de su vigencia.

Se señala que el artículo 53 de la Ley 550 de 1999, referente a la exoneración de renta presuntiva, no podrá ser aplicado a empresarios que hayan negociado o celebrado acuerdos de reestructuración con anterioridad al 30 de diciembre de 1999, fecha en la que comenzó a regir la Ley 550 de 1999, pues se estaría permitiendo que el empresario que haya negociado o celebrado acuerdos de reestructuración con anterioridad a la mencionada Ley, estuviese exento del impuesto por renta presuntiva, contrariando un principio constitucional de irretroactividad de las normas tributarias.

---

<sup>84</sup>Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-625-03 de 29 de julio de 2003, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Por su parte, la negociación de un acuerdo de reestructuración en los términos de la Ley 550 de 1999, si bien no es un proceso judicial, constituye un mecanismo de recuperación empresarial, inspirado en los principios de universalidad y colectividad, al que deben concurrir todos y cada uno de los acreedores de la empresa con la finalidad de celebrar un acuerdo en el que se defina la forma en que se atenderán sus créditos y se corrijan las deficiencias que la deudora presente en su capacidad de operación.

Sólo los acuerdos de reestructuración de la Ley 550 de 1999 gozan de las características propias de un proceso concursal, en especial de la de ser un proceso colectivo, es decir, un proceso que vincula a la totalidad de los acreedores del deudor en crisis.

El legislador expidió la Ley 550 de 1999 con base en las facultades otorgadas por los artículos 334 y 335 de la Constitución, que en términos generales establecen que la dirección general de la economía estará en manos del Estado y que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

En virtud del principio de irretroactividad de la ley, al menos que el legislador hubiese dispuesto lo contrario, la norma rige hacia futuro. En relación con este aspecto, he de tenerse en cuenta el artículo 363 Superior, el cual además de contener los principios de equidad, eficiencia y progresividad establece, a su vez, que *"las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad"*.

La potestad del Congreso de la República, para crear, modificar y eliminar impuestos, tasas o contribuciones,<sup>85</sup> se extiende a la facultad de establecer exenciones o a excluir a determinados sujetos del pago de algunos impuestos, tasas o contribuciones, con el fin de incentivar o reactivar sectores económicos

---

<sup>85</sup> Artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política

de la sociedad, sin que ello signifique que se estén vulnerando los principios de igualdad y equidad consagrados en la Constitución.

El legislador<sup>86</sup>, decidió excluir de la aplicación de la misma, a las empresas que desarrollan actividades financieras, bursátiles y aseguradoras, por cuanto su regulación y campo de aplicación (captación, manejo aprovechamiento e inversión de recursos públicos), difiere ampliamente de las demás empresas.

Además todas las prescripciones de la Ley 550 de 1999 están encaminadas a lograr que el sector empresarial al cual se le aplica cuente con mecanismos, beneficios e incentivos.

Es de entenderse que el régimen establecido por la Ley 550 de 1999, con vigencia durante cinco años<sup>87</sup> a partir de su publicación, para promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones; contiene objetivos bien claros en cada uno de sus temas, que por supuesto la hacen de naturaleza especial, mixta y temporal. En este sentido se señala que esta ley<sup>88</sup>, que no singulariza situaciones, no puede ser retroactiva. Sin embargo, permitió que todas aquellas personas interesadas en sus beneficios, se acogieran a ella desde el mismo instante de su publicación.

En la ley 550 de 1999, frente a la materia tributaria se encuentra en el Título IV, artículos 52 al 57. Dicho articulado, por su naturaleza y expreso mandato del articulado 363 de la Constitución no admite retroactividad; por otra parte, en virtud a que la ley tuvo amplia difusión para que se acogieran a ella quienes se encontraran en las condiciones señaladas y bajo tal circunstancia, el límite de

---

<sup>86</sup> Artículo 1º de la ley 550

<sup>87</sup> Pese a la evidente desactualización de la ley, la labor investigativa emprendida al abordar esta monografía, se encontró un proyecto de ley de reforma, que a la fecha de entrega de este material, ha superado tres de los cuatro debates necesarios, para convertirse en ley, no entiendo si es por parálisis paradigmática, o por que nuestro legislador está mas ocupado en otros temas como el de la reelección, en dicho proyecto se plantea prolongar la vigencia por dos años mas, el texto puede consultarse en el anexo No. 1. denominado ponencia para primer debate al proyecto de ley 175 de 2004 senado de la Republica de Colombia.

<sup>88</sup> Artículos 150 numeral 19 de la Constitución

los efectos de la norma y de exoneración tributaria de renta presuntiva a la personas jurídicas según los acuerdos de reestructuración solo se presenta cuando el negocio jurídico no reúne los requisitos previstos en la norma que así lo señale.

La Ley 550 de 1999 en su artículo 53 señala que su aplicación está dirigida a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, por cuenta de cualquier clase de persona jurídica, nacional y extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de las bolsas de valores y de los intermediarios de valores inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores.

Las empresas que se pueden acoger a lo previsto en la citada ley son aquellas que realicen los actos y operaciones previstos en el artículo 20 del Código de Comercio, 5º de la Ley 256 de 1996, 11 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en el literal b) del artículo 2º de la Ley 527 de 1999.

En virtud de lo anterior, si una empresa se ajusta en todo lo previsto a la Ley 550 de 1999 tiene derecho a determinar la renta sobre la base de renta presuntiva a partir de la fecha de celebración del acuerdo sin olvidar que por el primer año debe determinar la renta presuntiva en forma proporcional al tiempo corrido entre el 1º de enero y la fecha en que se celebre el mencionado acuerdo por expresa disposición legal.

Por otra parte, la ley de reestructuración económica es un estatuto que legisló sobre el manejo de los pasivos de las sociedades y la reactivación económica de las mismas para lo cual consagró incentivos tributarios.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Sentencia 1143 del 31 de octubre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

El legislador, pretendió incentivar a las empresas con problemas económicos a acogerse al mecanismo creado por la misma ley con fin de enmendar las deficiencias en su capacidad de operación, y en el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias. En este sentido, el beneficio de exclusión de la renta presuntiva para las personas jurídicas que se acojan a la ley de reactivación empresarial obedece a la necesidad de dar un estímulo fiscal en desarrollo de una política económica y social, que no contradice el principio de equidad, pues es razonable y necesaria para promover la finalidad perseguida.

Otros fines perseguidos por el legislador con la adopción de esta ley apuntan a solventar la crisis económica que padecen, unas con mayor rigor que otras, las entidades territoriales en Colombia. Sobre el particular la Corte consideró que *"...es incuestionable que la aplicación de los acuerdos de reestructuración empresarial a las entidades territoriales no sólo se fundamenta en el propósito interventor de lograr el desarrollo armónico de las regiones, que está invocado expresamente en la exposición de motivos, sino también en la competencia del legislador para intervenir en el ámbito de la autonomía de dichos entes de acuerdo con lo establecido en el artículo 287 Superior, sin afectar su núcleo esencial, conformado por la posibilidad de gestionar sus propios intereses y constituir sus formas de gobierno y de administración local - funciones de autogobierno y autogestión-. Esta intervención, claro está, debe encontrar justificación en razones vinculadas con el interés general tales como la estabilidad macroeconómica y financiera de la Nación, que en el caso de la Ley 550 de 1999 se patentiza en la necesidad de propender por la viabilidad financiera de los entes territoriales cuyos efectos de orden macroeconómico son indiscutibles."*<sup>90</sup>

El artículo 1 de la Ley 550 de 1999 indica las personas jurídicas que pueden celebrar acuerdos de reestructuración empresarial, es decir, cualquier empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, sea nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan

---

<sup>90</sup> Sentencia 1143 del 31 de octubre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

actividades financieras y de ahorro y crédito, las vigiladas por la Superintendencia Bancaria y las Bolsas de Valores y los intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores. De igual manera se aplica a las entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Título IV de la ley y a las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia.

Específicamente, en relación con la renta presuntiva, la medida adoptada por el legislador debe ser suficientemente clara y expresa. Al respecto, la Corte consideró que "*Tanto las exclusiones como las exenciones o excepciones a la aplicación del sistema de renta presuntiva contribuyen a la determinación de la base gravable del tributo sobre la renta, y por lo tanto, al constituir uno de los elementos fundantes de la obligación sustantiva tributaria, deben ser clara y expresamente determinadas por el legislador.*"<sup>91</sup>

De igual manera, es preciso que el ejercicio de esta facultad con que cuenta el Congreso de la República en materia de determinación de sistemas o métodos para establecer la base gravable, como es precisamente el caso de la renta presuntiva, se encamine a garantizar un orden económico justo y no vulnere los preceptos constitucionales acerca de la intervención del Estado en la economía.

En ejercicio de esa libertad de configuración en materia tributaria, el Congreso de la República configuró el régimen del impuesto sobre la renta y complementarios.

De conformidad con el artículo 26 del Estatuto Tributario existe un sistema de depuración normal u ordinario de la renta para determinar la renta gravable, en virtud del cual, y en términos generales, de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios constitutivos de renta se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los

---

<sup>91</sup> Sentencia C-992 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil

ingresos netos se deben restar los costos, con lo cual se obtiene la renta bruta; a la renta bruta se le restan las deducciones y se obtiene la renta líquida. A esta última, por su parte, se le restan las rentas exentas, con lo cual se obtiene la renta líquida gravable, a la que se le aplica la tarifa del impuesto y se obtiene el impuesto de renta gravable, el cual al restarse los descuentos, se convierte en impuesto neto de renta. Se trata, por tanto, de un método directo o de realidad efectiva que está basado en declaraciones, documentos, certificaciones e informes que aporta el sujeto pasivo, bien voluntariamente, bien por la actividad de la administración. Se trata por tanto de averiguar, con la mayor precisión posible, el monto de los ingresos y de los egresos, para llegar a la base imponible <sup>92</sup>

En esencia, el régimen de la renta presuntiva constituye un método indiciario o de aplicación de presunciones legales basado en índices o promedios predeterminados legalmente. Se relaciona con la aptitud del bien o de la actividad económica desarrollada por el sujeto para producir un rendimiento económico, sin tomar en cuenta el beneficio efectivamente obtenido por el sujeto.

Así pues, al momento de entrar en vigencia la Ley 550 de 1999, el Estatuto Tributario, en su artículo 188, definía la renta presuntiva de la siguiente manera:

*"Bases y porcentajes de renta presuntiva. Para efectos del impuesto sobre la renta se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior a la cifra que resulte mayor entre el cinco por ciento (5 %) de su patrimonio líquido o el uno y medio (1.5%) de su patrimonio líquido bruto, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior"<sup>93</sup>.*

Se consagraban, en el artículo 191 del Estatuto Tributario, las siguientes exclusiones al régimen de renta presuntiva:

---

<sup>92</sup> A. Leyva Zambrano, "Elementos de la obligación tributaria. Hecho gravado", Derecho Tributario, Bogotá, Instituto de Derecho Tributario, 1999, p. 443.

<sup>93</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

*"De la presunción establecida en el artículo 188 se excluyen el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA y las entidades del Régimen Especial de que trata el artículo 19. Tampoco están sujetas a la renta presuntiva las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ni los fondos de inversión, de valores, comunes, de pensiones o de cesantías contemplados en los artículos 23-1 y 23.2 de este Estatuto. Tampoco están sometidas a renta presuntiva las sociedades en concordato o en proceso de liquidación, ni las empresas dedicadas al transporte masivo de pasajeros por el sistema de tren metropolitano"<sup>94</sup>.*

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 633 de 2000, el artículo 191 del Estatuto Tributario definió la renta presuntiva como sigue:

*"Base y porcentaje de renta presuntiva. Modifícanse el inciso primero y el párrafo 4 del artículo 188 el Estatuto Tributario, los cuales quedarán así:*

*"Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al seis por ciento (6 %) de su patrimonio Líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior.*

*"Parágrafo 4. La deducción del exceso de renta presuntiva sobre la renta líquida ordinaria podrá restarse de la renta bruta determinada dentro de los tres ( 3 ) años siguientes, ajustada por inflación"<sup>95</sup>.*

El artículo 16 de esta misma ley modificó los incisos primero y cuarto del artículo 191 del Estatuto Tributario y le adicionó asimismo dos incisos. En lo pertinente la norma tributaria disponía lo siguiente:

*"A partir del año gravable 2000, no están sometidas a renta presuntiva las empresas de servicios públicos que desarrollan la actividad complementaria de generación de energía; las Entidades Oficiales prestadoras de los servicios de*

---

<sup>94</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>95</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

*tratamiento de aguas residuales y de aseo; las sociedades en concordato; las sociedades en liquidación, las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria que se les haya decretado la liquidación o que hayan sido objeto de toma de posesión, por las causales señaladas en los literales a ) o g ) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; los bancos de tierra de los distritos y municipios destinados a ser urbanizados, y por los años gravables 2001, 2002 y 2003, las sociedades titularizadoras de cartera hipotecaria"*

Es decir, los objetivos de la ley se orientan hacia la recuperación de las empresas y no de los empresarios<sup>96</sup>, a fin de lograr a su vez la reactivación económica del país.

Para lograr lo anterior, consideró el legislador necesario crear un régimen tributario especial y transitorio para aliviar la carga impositiva de las empresas que se encontrasen en el proceso de reestructuración consagrado en la ley. Para ello, entre otras medidas, consagró en el artículo 53, para las empresas que celebrasen acuerdos de los regulados por ella, la exoneración del impuesto por renta presuntiva, a fin de no someterlas al régimen especial de presunción de la renta sino al ordinario de renta líquida.

#### **2.14. CLAUSULAS MINIMAS LEY 550 DE 1999**

El artículo 33 de la mencionada normatividad consagra un catálogo de *cláusulas mínimas* que debe contener cualquier acuerdo de reestructuración. Se señalan, de igual manera, un conjunto de elementos básicos y esenciales que es preciso que contenga el mismo y se establecen algunas previsiones en caso de incumplimiento como son, entre otras, la constitución de un comité de vigilancia en el cual se encuentren representados los acreedores internos y externos de la empresa y del cual formará parte el promotor con derecho de voz pero sin voto; los créditos fiscales, parafiscales y pensionales no podrán ser capitalizados; sólo la parte renunciante de los pasivos pensionales podrá

---

<sup>96</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

convertirse en bonos de riesgo; los pagos que se realicen violando el acuerdo serán ineficaces y al respectivo acreedor se le postergará el pago y el incumplimiento de ciertas estipulaciones del acuerdo dará lugar a multas y a la remoción del cargo de los administradores y del revisor fiscal.

## **2.15. FORMALIDADES LEY 550 DE 1999**

De igual manera el artículo 31 de la ley en comento prevé ciertas *formalidades* que debe reunir un acuerdo de esta naturaleza para ser válido como son su aprobación con el voto favorable de un número plural de acreedores internos y externos que representen por lo menos la mayoría absoluta de los votos admisibles, la cual en algunos casos debe ser cualificada; deberá constar por escrito y su contenido será reconocido ante notario público por cada suscriptor, o ante la entidad nominadora del promotor y se elevará a escritura pública si contiene decisiones que exijan tal requisito; se precisa que la noticia del acuerdo sea registrada en la Cámara de Comercio; el documento se depositará en la Superintendencia de Sociedades pudiendo ser reformado dando cumplimiento a los mismos requisitos exigidos para su celebración.

## **2.16. EFECTOS JURIDICOS LEY 550 DE 1999**

El artículo 34 de La Ley 550 de 1999 establece, de igual manera, diversos *efectos jurídicos* de los acuerdos de reestructuración como son, entre otros, los siguientes:

- a.** La enajenación a cualquier título de bienes de la empresa debe ser previamente autorizada por el *Comité de Vigilancia*;
- b.** El levantamiento de las medidas cautelares vigentes, con excepción de aquellas de la DIAN;
- c.** La suspensión de la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias a favor de los créditos involucrados en el acuerdo, a menos que se haya pactado sin el voto del beneficiario de dicha garantía;
- d.** La posible reducción de las garantías a cargo del empresario deudor; la eventual sustitución de las garantías fiduciarias originadas en patrimonios autónomos integrados por inmuebles o de hipotecas de mayor extensión por

derechos fiduciarios o certificados de garantía sobre determinadas porciones de los mismos bienes;

e. A partir del acuerdo, el régimen de las obligaciones será el que se establezca en el mismo;

f. Los créditos que se causen con posterioridad a la fecha de iniciación de las negociaciones, incluidos los correspondientes al promotor y a los peritos, serán pagados de preferencia en el orden establecido en la ley civil y para que el acuerdo de reestructuración obligue a terceros no vinculados en él se requerirá su aceptación expresa.

## **2.17. COMITÉ DE VIGILANCIA LEY 550 DE 1999**

En lo que concierne al *Comité de Vigilancia*, cabe señalar que éste se erige en un órgano de suma importancia para el seguimiento, supervisión y salvaguarda del acuerdo de reestructuración, lo cual se advierte analizando las funciones que la Ley 550 de 1999 le asigna al mismo.

Ahora bien, la solicitud de promoción de acuerdo deberá presentarse ante la *Superintendencia* que vigile o controle al respectivo empresario, en determinados casos ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del respectivo empresario y tratándose de una entidad territorial, y cualquiera que sea el porcentaje de participación pública, la promoción corresponderá exclusivamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Aclara el artículo 6 de la Ley 550 de 1999 que los acuerdos de reestructuración también podrán ser promovidos *de oficio* por las Superintendencias de Valores, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Transporte, Nacional de Salud, del Subsidio Familiar, de Vigilancia y Seguridad Privada, de Economía Solidaria y de Sociedades, tratándose de empresarios o empresas sujetos, respectivamente, a su vigilancia y control.

## **2.18. PRESUPUESTOS BASICOS**

Resulta asimismo importante señalar que, para que un procedimiento concursal de esta naturaleza sea admitido por la Superintendencia correspondiente el

petionario debe cumplir con unos *presupuestos subjetivos* referidos a su legitimación para iniciar el trámite; unos *presupuestos objetivos* relacionados con determinados incumplimientos de obligaciones señalados por el legislador y otras carácter estrictamente *probatorio* como son aportar el registro mercantil, la constancia de la autorización del órgano competente de la persona jurídica y una propuesta de bases para la negociación del acuerdo, sustentada en las proyecciones y flujos de caja que sean del caso.<sup>97</sup>

## **2.19. FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

Cabe asimismo destacar que a lo largo de estos acuerdos de reestructuración la Superintendencia de Sociedades está llamada a cumplir diversas *funciones jurisdiccionales* como son, entre otras, las siguientes:

- a. resolver las demandas en torno a la existencia, eficacia, validez y oponibilidad de la celebración del acuerdo o de alguna de sus cláusulas presentadas por los acreedores que no hayan votado el acuerdo;
- b. decretar el embargo y secuestro de los bienes o la inscripción de la demanda;
- c. declarar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de algún acreedor, así como tramitar las acciones revocatorias y de simulación.

En este orden de ideas, la negociación de un acuerdo de reestructuración constituye un proceso concursal no judicial, encaminado a recuperar una empresa que atraviesa por una crisis económica profunda, inspirado en los principios de la universalidad y la colectividad, al cual es preciso que acudan todos los acreedores del empresario a fin de celebrar un convenio en el que se defina la forma en que éste atenderá sus créditos y se procure por una óptima estructura administrativa, financiera y contable de la empresa en aras a restablecer su capacidad de pago.

---

<sup>97</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

## 2.20. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

De conformidad con el *principio de universalidad*, todo el patrimonio del deudor se encuentra afecto a los fines de la reestructuración, y por ende, el empresario no podrá adoptar reformas estatutarias, ni constituir ni ejecutar garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa que recaigan sobre sus bienes, ni efectuar pagos, arreglos, conciliación o transacciones de ninguna clase, ni efectuar enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de la empresa o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables.<sup>98</sup>

## 2.21. PRINCIPIO DE COLECTIVIDAD

En virtud del *principio de colectividad*, se debe llamar a todos y cada uno de los acreedores del empresario, sin discriminación alguna, a fin de que, con sujeción estricta a unas reglas procedimentales señaladas en la ley, se negocie y adopte un acuerdo de reestructuración, que resulta vinculante para el empresario, los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él<sup>99</sup>.

## 2.22. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Se trata, por lo demás, de un proceso concursal basado en el *principio de publicidad*, en tanto que garantiza necesaria para la igualdad entre los acreedores.

Por último, es preciso señalar que las empresas que decidan acogerse a éste régimen, cuya *vigencia* es de cinco (5) años<sup>100</sup> contados a partir de su publicación en el Diario Oficial num. 43836 del 30 de diciembre de 1999. Posteriormente, por errores de transcripción de los originales y para garantizar

---

<sup>98</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>99</sup> Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>100</sup> Artículo 79 de la ley 550 de 1999

su correcta promulgación, se volvió a publicar en su integridad el 11 de marzo de 2000 en el Diario Oficial num. 43940, quedan sometidas a un régimen tributario especial consagrado en el Título IV, que consagra entre otros asuntos el contemplado en el artículo 53 sobre la exoneración temporal del empresario del impuesto por renta presuntiva.

## **CAPITULO III**

### **3. LEY DE QUIEBRAS DE LOS ESTADOS UNIDOS**

#### **3.1. ANTECEDENTES DEL DERECHO CONCURSAL NORTE AMERICANO**

Algunas fuentes de Derecho Comparado señalan el sistema norteamericano como el primero en plantear la necesidad de configurar institutos concursales preventivos de carácter reorganizativo desde finales del siglo XIX. De esta forma el primer antecedente en esta materia se ubica en la Ley de Compañías Ferroviarias de 1867, en la cual se estableció un procedimiento de reorganización de empresas ferroviarias y que posteriormente fue expandido a otras formas de organización empresarial, como un procedimiento concursal tramitado a través de los "Tribunales de Equity"<sup>101</sup>.

Estas formas de solución de crisis económicas se ven aceleradas en su desarrollo institucional luego de la gran depresión económica y la caída de Wall Street en 1929. Así la legislación norteamericana sentada en esta materia sobre la base que le daba el Bankruptcy act de 1898, es sometida a importantes reformas en los años 30's. En 1934 se modifica el procedimiento de reorganización de sociedades ferroviarias para ser aplicado en forma general a todas las sociedades. Pocos años después, en 1938 se introduce una nueva reforma conocida como "Chandler Act", promulgada de conformidad con el artículo 1, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos. Esta es

---

<sup>101</sup> "Es importante destacar que en el sistema de Derecho Común en dicha época el sistema jurídico reconocía dos tipos de órganos judiciales: los tribunales que operaban bajo las fórmulas procesales del "Common Law" o Derecho Común en las cuales la finalidad era principalmente indemnizatoria, y los tribunales de "Equity" o equidad, quienes tenían facultades dispositivas sobre los sujetos sometidos al proceso en el sentido de ordenar la realización de ciertos actos, entrega de cosas e inclusive la abstención de determinadas conductas". PULGAR Juana, La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español (Los nuevos institutos concursales reorganizativos), Editorial Civitas, S.A. 1° Edición, 1994. P. 23.

una ley que estaría dirigida a mantener en vida a las sociedades por acciones y, en efecto, reestructurarlas o reorganizarlas, antes que liquidarlas. En dicha legislación se estableció un procedimiento especial de reorganización para sociedades capitalistas, y que constituye el antecedente inmediato de la actual "Reorganización Empresarial", introducida el 6 de noviembre de 1978. En ese momento mediante la "Ley de Reforma a la Ley de Quiebras", nace el nuevo "Bankruptcy Code" que entraría en vigencia el 11 de octubre de 1979, posteriormente modificado en 1984 y 1994.<sup>102</sup>

A la luz de estos cambios en la legislación norteamericana, que no resulta en un fenómeno aislado y que luego se extendería al resto de las legislaciones, se puede hablar de una nueva filosofía concursal. Este nuevo pensamiento supera aquellas ideas de que ante la insolvencia del deudor como víctima de las fuerzas del mercado, de su mala suerte, o inclusive de su ineptitud o mala fe, el sujeto debía ser dejado a una liquidación y desapoderamiento para que se honrara hasta la medida de lo posible sus obligaciones económicas. Con la inserción del interés público en los problemas económicos de los comerciantes, el Estado encuentra razones para buscar el mantenimiento de la empresa como uno más de los medios de producción del país, es decir, al Estado le interesa mantener en lo posible la estabilidad económica de aquellos mecanismos generadores de riqueza, y que forma parte esencial del balance financiero del país, de la sociedad.<sup>103</sup>

El sistema desarrollado a partir de este pensamiento, intentará dejar como última opción el desmembramiento del deudor, para buscar soluciones en las que se puedan satisfacer de mejor manera los intereses de todos aquellos que se verían afectados por un cese en las operaciones, incluidos los trabajadores, los terceros, el propio titular, e inclusive los mismos acreedores<sup>104</sup>. Comienza a

---

<sup>102</sup> AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>

<sup>103</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Case Administration, <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawadmin.asp>

<sup>104</sup> Sobre este tema PULGAR Juana, op.cit. p.137 comenta que: "la filosofía de la segunda oportunidad americana, que se manifiesta también en el tratamiento concursal a las crisis económicas, y que se basa en el *favor debitoris*, incidiendo en el Derecho Concursal americano incluso en la quiebra en la que, antes de llegarse a una liquidación definitiva, existe una fase

nacer aquí un principio moderno del derecho concursal: El principio de "conservación de la empresa", el cual eventualmente puede llegar a satisfacer de forma más eficiente los intereses antes indicados. En este sentido se podría afirmar que la conservación de la empresa viable aparece como principio general, rector y medular de la nueva filosofía concursal existiendo así mayores posibilidades de satisfacción de los acreedores si la empresa se reorganiza. Los enormes costos que implica la reasignación total de los recursos, el interés público que se vería afectado por la eliminación de la empresa en crisis y la esperanza de abaratar los costos administrativos a través de procedimientos adecuados de conservación, llevan fácilmente a la conclusión de que la liquidación ha dejado de ser la norma general y se ha convertido en la norma residual del sistema concursal.<sup>105</sup>

En el derecho norteamericano el "equity receivership" como procedimiento reorganizativo a través de los tribunales de equidad, consistía en el nombramiento por parte del juez de un administrador, ante la solicitud de un acreedor y en el supuesto de que el deudor se encontrara en falta de pago de obligaciones vencidas. Este acto judicial suspendía de inmediato todas las acciones ejecutivas contra el deudor. Los acreedores se organizarían en comités de acuerdo al tipo de crédito que accionarían en contra del deudor insolvente, para defender en forma grupal los intereses por naturaleza del título. Estos comités deberían aprobar un plan de reorganización de la empresa y nombrar los miembros de un comité de ejecución del plan que se encargaría de llevar a cabo lo dispuesto en el plan.<sup>106</sup>

---

obligatoria que puede acabar en un convenio que impida la liquidación y permita al deudor reanudar su actividad empresarial. Asimismo, influye también el hecho de que los especialistas en "Common Law", más pragmáticos que los del "Civil Law", se preocupan ante todo y por encima de construcciones teóricas, de aportar soluciones al caso práctico..."

<sup>105</sup> LEYVA SAAVEDRA José, Crisis de empresas y soluciones concursales, documento disponible en la red Internet en la dirección: <http://comunidad.derecho.org/dermercantil/derechoconcursal.html> el autor hace una descripción comparada de algunos sistemas concursales preventivos y liquidatorios y analiza desde la filosofía concursal hasta las soluciones modernas a las crisis de las empresas.

<sup>106</sup> DUETT A. Blanch. The Right to Convert: To be or Not To Be "Absolute", En: Cracking the Code, A Newsletter of Insolvency Issues. Julio 13, 2001.

Normalmente el plan de reorganización preveía la constitución de una nueva sociedad a la que se transfería el activo de la sociedad deudora, suscribiendo las acciones de la nueva sociedad los anteriores acreedores, accionistas y demás terceros que gozarán de alguna obligación en contra del deudor. Para aquellos acreedores, que a lo interno de su comité no había aceptado el plan, el comité de reorganización les pagaría lo que la antigua sociedad deudora les debía mediante la venta judicial de ciertos bienes sobre la base de un precio mínimo fijado por el juez, combinando de esta forma vías liquidativas con fines reorganizativos.

Este "equity receivership" que podría ser traducido al español como un "desapoderamiento justipreciado", tendrá un importante efecto en la evolución de los concursos preventivos, especialmente en lo que corresponde a los procesos reorganizativos, en el tanto "plantea la necesidad de coordinar la reorganización de la sociedad deudora con los derechos preexistentes de acreedores, accionistas y terceros afectados por la crisis de la empresa, regulándose así su participación en la futura sociedad reorganizada, lo que, constituirá una constante en el Derecho Americano. Con esta finalidad se constituyen en el "equity receivership" comités de acreedores, accionistas y obligacionistas que asuman separadamente la protección de los intereses no siempre coincidentes, de estas categorías de sujetos dentro de la sociedad reorganizada."<sup>107</sup>

En el citado "Bankruptcy Code" están regulados todos los procedimientos concursales que el sistema norteamericano pone a disposición de los interesados para la solución de las crisis económica-financieras tanto de las personas físicas como jurídicas, tenemos así las siguientes opciones : a) procedimientos liquidativos o "liquidation proceedings" que se regula en el capítulo 7; b) ajuste de deudas de un municipio o "adjustments of debts of a municipality" que está definido en el capítulo 9; c) reorganización o "reorganization" conocido también como capítulo 11; d) ajuste de deudas de familia granjera con un ingreso anual regular o "adjustments of debts of a family

---

<sup>107</sup> PULGAR Juana. Op. cit. p. 134

farmer with regular annual income" localizado en el capítulo 12; y finalmente e) ajuste de deudas de persona física con ingreso regular o "adjustments of debts of an individual with regular income" capítulo 13. El primero es un procedimiento base del que se excepcionan las sociedades de gestión de ferrocarriles, de seguridad nacional y las instituciones de crédito. Los otros, por su parte, se presentan como alternativas al primero, aunque el segundo y el tercero con carácter especial.<sup>108</sup>

Junto a estos típicos procedimientos concursales encontramos los llamados "friendly adjustments y assignments for the benefit of creditor", que son procedimientos de liquidación extrajudicial del patrimonio del deudor. Estos procedimientos se tramitan ante la National Association of Credit Men, institución que opera a través de un departamento especial compuesto por expertos concursales. Los bienes del deudor son transmitidos al "Departamento de Expertos", del Ministerio de Justicia, los que procederán, por medios extrajudiciales, a su ejecución en beneficio de los acreedores.<sup>109</sup>

Este capítulo tiene como finalidad adentrarse en el sistema legislativo norteamericano, y habiendo definido el marco histórico en el cual evolucionaron los procesos concursales de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos, corresponde analizar 3 de las distintas opciones que ofrece dicho sistema.

### **3.2. PROCESOS CONCURSALES EN LOS ESTADOS UNIDOS**

El sistema para atender crisis empresariales en los Estados Unidos, por medio de la Legislación de Quiebras, intenta mantener un equilibrio que beneficie tanto al deudor como a los acreedores, buscando solucionar la existencia de deudas que no pueden ser asumidas por el deudor, mientras que los acreedores puedan ser pagados mediante aquellos bienes que no son indispensables para que el acreedor pueda seguir adelante con su actividad. Los procesos concursales se encuentran regulados por un grupo de normas federales que en conjunto son conocidas como el Título 11 del "Código de los

---

<sup>108</sup> LEYVA SAAVEDRA (José), op.cit. Pág. 225

<sup>109</sup> LEYVA SAAVEDRA (José), op.cit. Pág. 235

Estados Unidos". El título 11 se subdivide en capítulos, algunos regulan aspectos de manera genérica en cuanto a cuestiones procesales aplicables a todos los tipos de procesos concursales, mientras que otros capítulos corresponden a formas específicas de procesos concursales. Por ejemplo, los capítulos 1 y 3 regulan aspectos aplicables a todos los procesos, como terminología, plazos, legitimación procesal, entre otros; y los capítulos 7, 11 y 13, establecen procesos concursales específicos.

El Título 11 o "Código de Quiebras", como ley federal tendrá jerárquicamente un nivel superior en cualquier conflicto que se presente entre éste y la legislación estatal, por ser una ley especial fundamentada directamente en la Constitución.<sup>110</sup>

### **3.3. NORMAS GENERALES.**

En relación con las normas generales en materia de quiebras, éstas las encontramos en los capítulos primero, tres, y cinco del Título 11 del Código de los Estados Unidos. En estos capítulos encontraremos un marco general aplicable a todos los procesos concursales contenidos en la legislación norteamericana.<sup>111</sup>

---

1 <sup>110</sup> NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION, Pub. L. 103-394, title VI, Oct. 22, 1994, 108 Stat. 4147, established the National Bankruptcy Review Commission to (1) investigate and study issues and problems relating to title 11, United States Code, (2) evaluate the advisability of proposals and current arrangements with respect to such issues and problems, (3) solicit divergent views of all parties concerned with the operation of the bankruptcy system, and (4) prepare and submit to the Congress, the Chief Justice, and the President a report not later than 2 years after the date of its first meeting, and provided for termination of the Commission 30 days after submission of the report which was submitted on Oct. 20, 1997. Tomado de [http:// U.S. House of Representatives Downloadable U.S. Code//uscode.house.gov/download/title\\_11.php](http://U.S. House of Representatives Downloadable U.S. Code//uscode.house.gov/download/title_11.php)

<sup>111</sup> Estructura del Chapter : -CITE- 11 USC TITLE 11 – BANKRUPTCY -EXPCITE- TITLE 11 – BANKRUPTCY -HEAD- TITLE 11 – BANKRUPTCY -MISC1- THIS TITLE WAS ENACTED BY PUB. L. 95-598, TITLE I, SEC. 101, NOV. 6, 1978, 92 STAT. 2549

Chap.	Sec.
1. General Provisions	101
3. Case Administration	301
5. Creditors, the Debtor, and the Estate	501
7. Liquidation	701
9. Adjustment of Debts of a Municipality	901
11. Reorganization	1101
12. Adjustment of Debts of Family Farmers with Regular Annual Income (FOOTNOTE 1)	1201

(FOOTNOTE 1) So in original. Does not conform to chapter

### 3.3.1. CAPÍTULO PRIMERO.

El capítulo primero del código contiene regulaciones de carácter general. Así por ejemplo la sección 101 define los términos utilizados en el resto de la normativa: ¿Que es un representante legal?, ¿Qué es una petición? ¿Qué es una deuda de un consumidor?, ¿Qué es un acreedor?. En consideración de los juristas norteamericanos, este tipo de terminología podría parecer evidente, pero este sistema jurídico opta por establecer definiciones, ya que los términos simples o amplios podrían prestarse a confusión. De esta forma, encontramos la definición de "individuo con ingresos regulares", y que corresponde a "todo aquel cuyo ingreso es suficientemente estable y regular que le permita a este sujeto realizar pagos dentro de un plan definido según el capítulo decimotercero de este título, excluido el corredor de bolsa." Este término utilizado en el capítulo trece lo define el Capítulo Primero junto con una serie de regulaciones cuya finalidad es dar claridad y uniformidad al título 11 en general. Pero el capítulo primero no se limita únicamente a definiciones terminológicas, en él encontramos delimitaciones en relación con la aplicación de normas a algunos de los tipos de procesos contemplados en este código. En la sección 105 encontramos la definición de las funciones del órgano jurisdiccional, otro ejemplo de lo previsto en el Capítulo Primero es la indicación de la sección 107 en relación con la publicidad de los documentos sometidos al procedimiento concursal por las partes y que con pocas excepciones permite a cualquier de las partes en el proceso tener acceso a la información del deudor, inclusive la contable. En la sección 109 se define quien puede gestionar el inicio de un proceso de esta naturaleza y la sección 110 dispone sobre las acciones de funcionarios para-judiciales y no abogados.<sup>112</sup>

### 3.3.2 CAPÍTULO TERCERO.

---

13.	heading. Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income	1301
2	Tomado de: <a href="http://U.S.HouseofRepresentativesDownloadableU.S.Code//uscode.house.gov/download/title_11.php">http://U.S.HouseofRepresentativesDownloadableU.S.Code//uscode.house.gov/download/title_11.php</a>	

<sup>112</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: The Structure of Bankruptcy Law.; <http://www.bankruptcyinstitute.com/lawstructure.asp>

El Capítulo Tercero del código define el rol de las partes involucradas en el proceso, tanto las funciones del juez como de los curadores, depositarios, e inclusive de los acreedores. En este capítulo se define el proceso en términos generales y los efectos generales de iniciar un proceso concursal. En las secciones 301 a la 307 se dispone lo relacionado con la presentación de acciones judiciales voluntarias y no voluntarias, quiebras grupales, y en general el procedimiento para iniciar una quiebra, o cualquiera de los restantes procesos concursales. A lo largo de las secciones 321 a la 331 se instauran los depositarios, fideicomisarios, curadores, se definen sus obligaciones, y a quien corresponde la carga financiera del pago de éstos. Igualmente en dichas secciones se establecen el rol y funciones de los abogados, así como de otros profesionales que participan en el proceso, asimismo se incluye lo relativo a honorarios profesionales.<sup>113</sup>

En las secciones 341 a la 350, el capítulo contiene disposiciones relativas a las reuniones de acreedores, envío de edictos y notificaciones, las limitaciones de la Quinta Enmienda en lo que atiende a la auto-incriminación de actos delictivos, las posibilidades de conversión de un tipo de proceso en otro, la terminación normal y anormal del proceso. De la sección 361 a la 366 corresponde lo relativo al uso y destino de los bienes durante el transcurso del proceso, de forma tal que se definen los parámetros para vender, arrendar, o mantener activos; de la misma forma se regula lo relativo a la generación de deudas o préstamos durante el proceso concursal. Específicamente la sección 362, será la que a partir del momento en que se ha interpuesto la acción judicial detenga toda otra acción judicial en contra de los activos del sujeto que se ha sometido al proceso.

### **3.4 TIPOS DE PROCESOS CONCURSALES**

En relación con los distintos tipos de procesos concursales, en esta sección haré una breve explicación de tres de ellos, me refiero a los contenidos en los

---

<sup>113</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: The Structure of Bankruptcy Law.; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawstructure.asp>

capítulos siete, once y trece. Ello con la finalidad de dar al lector una visión general de las características básicas de cada uno de ellos.

### **3.4.1. CAPÍTULO 7- LIQUIDACIÓN**

El Capítulo 7 del Código o Ley de Quiebras corresponde al capítulo liquidatorio, y que en ocasiones es identificado como la "quiebra directa". Este es el tipo más común de proceso de quiebra utilizado en el sistema norteamericano, y es al que normalmente se hace referencia al mencionar el término quiebra. La finalidad del proceso de quiebra comprendido en el Capítulo 7 es proteger al deudor contra sus acreedores.

Cuando una persona solicita el inicio de un proceso al amparo del Capítulo 7, su meta es eliminar la mayoría o todas sus deudas. El proceso contenido en este capítulo es permitido cuando las deudas en su mayoría se encuentran sin garantía o cuando no existen posibilidades de ejecución. Este tipo de proceso opera sobre todo cuando la naturaleza de las deudas corresponden a préstamos o tarjetas y juicios de crédito.<sup>114</sup>

Este capítulo se subdivide en cuatro Subcapítulos. El Subcapítulo primero se ocupa de los deberes del administrador. El Subcapítulo segundo atiende lo correspondiente a inventarios, liquidación y la distribución de los bienes del quebrado. El Subcapítulo tercero regula la liquidación del corredor de bolsa y el Subcapítulo cuarto corresponde a la liquidación de los "commodity brokers" o corredores o comisionistas de mercancías futuras.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 7 Laws, : <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch7.asp>

<sup>115</sup> La sección 101 del Título 11 del Código de Quiebras define al "commodity broker" de la siguiente forma: "The term "commodity broker" means futures commission merchant, foreign futures commission merchant, clearing organization, leverage transaction merchant, or commodity options dealer, as defined in section 761 of this title" lo cual podría traducirse como "el comisionista de mercancías futuras nacionales o extranjeras, intermediario en transacciones mercantiles, o mayorista de bienes de consumo, de conformidad con la sección 761 de este título. La Jurista Juana Pulgar identifica a los "commodity brokers" como corredores y agentes de materias primas, no obstante de conformidad con la definición de la Sección 101, pareciera que el concepto utilizado por la legislación norteamericana resulta más amplio. Véase PULGAR Juana op. cit. Pág. 138.

Para los deudores sometidos a este tipo de proceso el Subcapítulo II (sección 721 a 728) contiene una serie de regulaciones de importancia particular a sus intereses, puesto que acá se establece el derecho de continuar operando su negocio mientras se desarrolla el proceso de quiebra, se establece la posibilidad de amortización de deudas sobre bienes inmuebles, el tratamiento de ciertos embargos preventivos, disposición de activos, descarga de deudas y ciertas disposiciones relativas al pago de impuestos.

Desde el punto de vista del deudor, la meta es obtener la liberación de sus deudas mediante un acto de naturaleza judicial que establece la eliminación de aquellas deudas que cumplan con los requisitos necesarios para ello. Las deudas liberadas en este proceso quedarán totalmente extintas como si nunca hubiesen existido. Existe un límite de temporalidad periódica en cuanto a la posibilidad de utilizar este recurso. En este sentido las personas que califican para someterse a este régimen no pueden iniciar este tipo de proceso más de una vez cada seis años. La filosofía jurídica que da fundamento a este proceso es permitir la liberación del individuo de sus deudas como fundamento del sistema democrático estadounidense. Ello debe lograr mantener un equilibrio razonable entre los intereses de los grandes empresarios financieros (prestamistas) y de los individuos que son a criterio del legislador quienes colectivamente han construido dicha sociedad.<sup>116</sup>

El proceso se inicia con la presentación de las correspondientes fórmulas y documentos. Posteriormente la autoridad judicial designa a un administrador quien será responsable del manejo de los bienes del quebrado y de asegurar el uso correcto y adecuado de la ley. Aproximadamente cuatro semanas después del comienzo del proceso, el deudor se reúne con sus acreedores. Si los activos del deudor están conformados por bienes exentos de ser liquidados en este proceso de quiebra, la liberación de las deudas será pronunciada judicialmente alrededor de cuatro meses después del comienzo del proceso. En caso de que existan activos susceptibles de ser liquidados, la ley autoriza al

---

<sup>116</sup> En este sentido véase BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 7 Laws, : <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch7.asp>

administrador para proceder inmediatamente a su venta, para pagar según corresponda a los acreedores.

En principio cualquier persona física o jurídica puede solicitar el inicio de un proceso de quiebra al amparo del Capítulo 7, sin embargo no todo aquel que se someta a este proceso obtendrá una extinción de sus deudas. Para ello inicialmente el deudor debe encontrarse en un estado de insolvencia. La condición de insolvencia se establece en relación con la incapacidad de poseer ingresos disponibles adecuados para pagar a los acreedores.<sup>117</sup> Esta condición de insolvencia deberá ser debidamente demostrada, y con ello el sistema se garantiza que el beneficio sea recibido únicamente por aquellos sujetos que efectivamente se encuentren en dichas condiciones y no exista un abuso por sujetos que no se encuentren en ese estado.

El Código de Quiebras establece que a partir del momento en que se presenta un proceso de quiebra bajo el Capítulo 7 se suspenden todas las acciones y procesos iniciados por los acreedores contra el deudor. Así como se impide el inicio de cualquier otra nueva acción legal en dicho sentido. Esto se conoce como una "*cesación automática*" y es considerada una de las disposiciones con efectos más fuertes entre la normativa federal. Esta cesación automática abarca prácticamente todo tipo de procesos, desde desahucios, hasta ejecuciones hipotecarias, el deudor no puede ser demandado, ni ser objeto de ningún tipo de ejecución patrimonial. Incluso el gobierno mismo no puede realizar ningún tipo de cobro por deudas, incluyendo la falta de pago de impuestos.

Cuando se solicita la declaratoria de quiebra, se establece una figura conocida como "patrimonio del quebrado" que contendrá la totalidad de los bienes del deudor al momento del inicio del proceso. El Ministerio de Justicia de los Estados Unidos nombrará a un curador para que administre el patrimonio del quebrado, para lo que se le da completo control sobre dichos bienes. Aproximadamente 4 semanas después de iniciado el proceso el deudor se

---

<sup>117</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 7 Laws,: <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch7.asp>

deberá reunir obligatoriamente con sus acreedores, a lo que se le llama "Audiencia del 341" (ya que se regula en dicha sección del Título 11). Dicha audiencia será presidida por el curador, y en caso de que el deudor no se presente el proceso se termina y archiva inmediatamente.

Durante esta única audiencia con los acreedores el deudor cuenta con la oportunidad de presentar documentos y corregir o completar cualquier información que se considere necesaria; así como agregar acreedores o activos que fueron omitidos en la presentación inicial del proceso.

Una particularidad que merece indicarse es el caso de que existan créditos con garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, ello no impide la posibilidad de excluir a dicha obligación mientras la misma se encuentre al día y el quebrado se mantenga haciendo el pago de las obligaciones regularmente a pesar de iniciarse un proceso de quiebra de conformidad con este capítulo. De esta forma el quebrado no está obligado a entregar aquellos bienes dados en garantía real y sobre los cuales aún existe una deuda pendiente, mientras no hayan saldos vencidos. Existen varias formas de proceder en un caso como este, una primera opción será la de comprometerse a continuar haciendo los pagos en los mismos términos pactados originalmente, otra segunda opción sería pagar el valor comercial del bien como abono a la deuda, y dejar la diferencia al régimen normal del concurso preventivo, claro está que esta opción resulta lógica únicamente cuando el valor del bien, no es superior al total de la deuda.<sup>118</sup>

Posterior al inventario de bienes, el curador emitirá un informe y una recomendación con base en lo cual el órgano jurisdiccional autorizará la venta de bienes cuando éstos existan, la forma de distribución y pago entre los

---

<sup>118</sup> El Código de Quiebras, es bastante preciso en cuanto a la definición de los bienes que podrían ser excluidos y los que no, del "patrimonio quebrado", dichos límites son establecidos en relación con una categorización de los bienes y en función del monto adeudado a los acreedores. GOODHEART (Kenneth) y BOBO (Stephen), When your customer goes belly-up, En: Journal of Accountancy; New York; Abril 1999.

acreedores y dará por extinguidas las deudas no pagadas y los saldos insolutos.

La duración del proceso resulta aproximadamente en seis meses, luego de que el administrador ha concluido su labor de administración, venta de activos, y pago de acreedores, el proceso se da por terminado. Terminado el asunto se libera al administrador de sus responsabilidades en cuanto al patrimonio del deudor y se da por concluida la *cesación automática* y cualquier nueva obligación podría ser requerida a su cumplimiento judicialmente sin ningún problema.<sup>119</sup>

Finalmente es importante hacer algunas anotaciones sobre la participación del curador y del juez en el proceso. En primer lugar debemos indicar que el Juez resulta casi invisible para el quebrado, ya que no habrá contacto directo entre ellos a menos que exista conflicto entre los acreedores y el deudor, o entre el curador y el deudor, o bien entre los acreedores y el curador, de forma tal que el juez deba resolver algún punto debatido entre ellos; pero de no ser así, por su naturaleza administrativa la quiebra se desarrolla fuera del ámbito del juez. En cuanto al curador es posible indicar que el rol que desempeña el curador dependerá obviamente del tipo de proceso concursal en el que nos encontremos. Si estamos en el proceso contemplado en el Capítulo 7, la intervención del curador es mucho más limitada que en el proceso de reorganización empresarial del Capítulo 11 en el cual se podría requerir una mayor participación en las actividades diarias de la empresa. De esta forma las funciones del Curador se limitan a la custodia del "patrimonio del quebrado", con excepción de lo referente a la operación diaria del negocio de la persona física o jurídica sometida a este proceso de quiebra, la cual queda en manos del deudor durante el curso del proceso. En este período, el deudor se ve limitado por la imposibilidad de realizar actos de enajenación sobre los bienes de la empresa más allá de los actos regulares relacionados con el giro normal de la empresa. Pero en general, se puede indicar que corresponderá al curador

---

<sup>119</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 7 Laws,: <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch7.asp>

la labor de inventario, administración, venta y liquidación de las deudas a los acreedores. Normalmente el contacto directo entre el curador y el deudor es igualmente reducido y en ocasiones se limita al encuentro en la audiencia con los acreedores definida en la sección 341, según ya se ha dicho.

### **3.4.2. CAPÍTULO 13 – AJUSTE DE DEUDAS**

El proceso concursal contenido en el capítulo 13 es conocido como "Ajuste de Deudas de Persona Física con Ingresos Regulares". Este es el segundo tipo más común de proceso concursal utilizado en los Estados Unidos. El objetivo buscado en este tipo de proceso es pagar las deudas de una manera ordenada sin llegar a considerarlas extintas en comparación con lo que sucede en el capítulo 7.

Resulta lógico preguntarse, para que pagar las deudas, cuando existe la posibilidad de declararlas extintas bajo los sistemas previstos en el Capítulo 7. No obstante, existen condiciones en las cuales el Capítulo 7 no ofrece la mejor solución a los individuos, resultando más conveniente optar por el Capítulo 13. Estos casos corresponden a aquellas situaciones en las cuales el deudor opta por pagar en su totalidad las deudas, pero para ello necesita una prórroga mayor a la que sus acreedores estarían dispuestos a brindarle. La mayoría de las personas que recurren a este mecanismo, es debido a que se han retrasado con el pago de sus hipotecas y temen enfrentarse a una posible ejecución de dicha garantía real.<sup>120</sup> En tales situaciones, este proceso concursal ofrece la posibilidad a los deudores de contar con un plazo de gracia de hasta tres años para pagar los montos incumplidos, en el tanto se encuentren en posibilidad de continuar haciendo los pagos regulares para los saldos no vencidos.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 13 Laws,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch13.asp>

<sup>121</sup> "Un ejemplo útil para entender este proceso, es el caso de un individuo que durante 6 meses estuvo sin trabajo, y por ello se retrasó en el pago de su crédito hipotecario. La compañía acreedora le exige un pago de US \$5,000 en un plazo de 20 días caso contrario procedería a ejecutar la garantía; no obstante bajo el Capítulo 13 la ley le permite al deudor diferir ese monto de US \$5,000 en un plazo de hasta 36 meses, es decir US \$138.88 por mes. Siempre y cuando se encuentre en condiciones de continuar con los pagos ordinarios por las cuotas no vencidas". Tomado de la información solicitada a la embajada Americana, [esumed@codetel.net.do](mailto:esumed@codetel.net.do)

En vista de que el proceso regulado en el Capítulo 13 es prácticamente un plan de ajuste de deudas, dicho capítulo se enfoca especialmente en regulaciones relacionadas con el plan de pagos. Las secciones 1301 a 1307 se relacionan con temas como el derecho de los codeudores, el curador o administrador, el derecho del deudor de participar en nuevos negocios, la conversión y el rechazo de solicitudes. Las secciones 1321 a 1330 se ocupan del plan del reembolso, su contenido, modificaciones, la audiencia de confirmación, plan de pagos, y la descarga de deudas sin pagar.<sup>122</sup>

Ante la interrogante de cuando es conveniente presentar una solicitud de proceso concursal bajo el Capítulo 13, la respuesta dependerá de la naturaleza de las deudas y de los objetivos perseguidos por el deudor. Si las deudas corresponden sobre todo a tarjetas de crédito y deudas sin garantía, resultará más conveniente el proceso establecido en el capítulo 7; pero si el deudor pretende arreglar una falta de pago de créditos garantizados mediante hipoteca y necesita varios meses para poder ponerse al día podría ser más conveniente utilizar el Capítulo 13. Como presupuestos económicos, el sujeto que desee someterse al proceso deberá tener deudas sin garantía inferiores a US \$250,000.00 y deudas con garantía por un máximo de US \$750,000.00.<sup>123</sup> Es importante recordar lo indicado en el análisis que se hizo del proceso liquidatorio del Capítulo 7, en el sentido de que a pesar de que en la Quiebra el deudor podría proteger aquellos bienes garantizados mediante garantía real, debe ponerse y mantenerse al día con los pagos, o bien comprar el bien en su valor comercial; ambas situaciones resultan inconvenientes si de lo que se trata es de la acumulación de un saldo vencido precisamente por no haber podido enfrentar un crédito garantizado mediante garantía real.

A diferencia del proceso liquidatorio del Capítulo 7, no existe un límite de tiempo en la frecuencia en que una persona pueda solicitar un "Ajuste de

---

<sup>122</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 13 Laws, <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch13.asp>

<sup>123</sup> AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>

Deudas de Persona Física con Ingresos Regulares". Esta situación se fundamenta en el hecho de que no se pretende dejar de pagar las deudas, sino readecuarlas dentro de un plan de pago que así lo permita. El proceso concursal establecido en el Capítulo 13 es muy similar al establecido en el Capítulo 7 excepto por la existencia del plan de ajuste de deudas, un plan que deberá ser aprobado por la corte en una audiencia de confirmación.<sup>124</sup>

El proceso se inicia con la presentación de las correspondientes fórmulas y documentos. Posteriormente la autoridad judicial designa a un administrador o curador quien será responsable del manejo de los bienes del quebrado y asegurar el uso correcto y adecuado de la ley. Aproximadamente cuatro semanas después del comienzo del proceso, el deudor se reúne con sus acreedores, para la presentación y discusión del plan de reajuste de deudas. Este plan como ya se ha indicado deberá ser aprobado por la autoridad judicial a cargo del proceso concursal. Una vez que el plan es aprobado, el deudor comenzará a realizar el pago de las cuotas a través del administrador o curador quien hará los desembolsos primero a los acreedores privilegiados y posteriormente a los acreedores no privilegiados, en caso de que éstos existan y hayan sido contemplados por el plan. El proceso se dará por terminado una vez que el plan de reajuste ha sido ejecutado completamente, para lo cual el lapso estándar es de tres años. En condiciones muy calificadas y en los que exista buena fe el juez podría considerar la aprobación de un plan por cinco años, extensión máxima en cualquier caso.

El proceso aquí descrito resulta exclusivo para ser utilizado por personas físicas. En el caso de personas jurídicas que intenten pagar sus deudas por encontrarse en un estado de crisis y que pretendan continuar funcionando, deberán iniciar un proceso al amparo del Capítulo 11. Al proceso de "Ajuste de Deudas de Persona Física con Ingresos Regulares" se le han establecido límites en cuanto a la cantidad de deudas garantizadas y deudas sin garantía, así como el valor del total de pasivos en mora. Los sujetos que excediendo

---

<sup>124</sup> AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>

esos límites se encuentren en crisis deberá optar por un proceso concursal bajo las regulaciones del Capítulo 7 o del Capítulo 11 en los cuales no existe ninguna limitación económica.

El Código de Quiebras, al igual que en los otros procesos que ya han sido comentados establece una "cesación automática" a partir del momento en que el sujeto inicia el proceso de "Ajuste de Deudas", lo cual impide a todos los acreedores de iniciar o continuar cualquier esfuerzo legal o de otro tipo, para cobrar sus créditos; ello les obliga a incorporarse al proceso para ser agregado su crédito al "Estado de Quiebra". Esta disposición al igual que el proceso liquidatorio del Capítulo 7 afecta tanto créditos privados como públicos, incluyendo el pago de todo tipo de impuestos o cargas.<sup>125</sup>

Cuando se solicita la declaratoria de quiebra, se establece una figura conocida como "patrimonio del quebrado" que contendrá la totalidad de los bienes del deudor al momento del inicio del proceso. El Ministerio de Justicia de los Estados Unidos nombrará a un curador para que administre el patrimonio del quebrado, para lo que se le da control temporal sobre dichos bienes. Aproximadamente 4 semanas después de iniciado el proceso el deudor se deberá reunir obligatoriamente con sus acreedores, a los que se le llama audiencia del 341 (puesto que se regula en dicha sección del Título 11). Dicha audiencia será presidida por el curador, y en caso de que el deudor no se presente el proceso se termina y archiva inmediatamente. Posteriormente se llevará a cabo una audiencia de confirmación del plan ante el juez a cargo del presente proceso.

Finalmente es importante hacer algunas anotaciones sobre la participación del curador y del juez en el proceso, las cuales resultan sumamente similares a lo descrito en el Capítulo 7. En primer lugar debemos indicar que el contacto del quebrado con el Juez resulta muy limitada excepto en el caso que exista conflicto entre acreedores y deudor, o entre el curador y el deudor, o bien entre

---

<sup>125</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Case Administration,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawadmin.asp>

los acreedores y el curador, de forma tal que el juez deba resolver algún punto debatido entre ellos; pero de no ser así, por su naturaleza administrativa la quiebra se desarrolla fuera del ámbito del juez. En segundo lugar la participación del juez prácticamente consistirán en confirmar el plan de reajuste en la audiencia dispuesta para ese efecto. En cuanto al curador es posible indicar que el rol que desempeña el curador dependerá obviamente del tipo de proceso concursal en el que nos encontremos, mientras que en el proceso de reorganización empresarial del Capítulo 11 requiere una gran participación en las actividades diarias de la empresa, en el proceso contemplado en el Capítulo 13, su intervención es mucho más limitada.<sup>126</sup> De esta forma las funciones del Curador se limitan a la custodia del "patrimonio del quebrado", con excepción de lo referente a la operación diaria del negocio de la persona física sometida a este proceso de quiebra, la cual queda en manos del deudor durante el curso del proceso. En este período, el deudor se ve limitado por la imposibilidad de realizar actos de enajenación sobre los bienes de la empresa más allá de los actos regulares relacionados con el giro normal de la empresa. Pero en general, se puede indicar que corresponderá al curador la labor de inventario, administración del plan y en consecuencia al pago a los acreedores según el orden que disponen la ley y el plan. Normalmente el contacto directo entre el curador y el deudor es igualmente reducido y en ocasiones se limita al encuentro en la audiencia con los acreedores definida en la sección 341.

### **3.4.3. CAPITULO 11 – REORGANIZACIÓN**

El Capítulo 11 del Título 11 del Código de los Estados Unidos, o Ley de Quiebras, es frecuentemente identificado como el "Capítulo de la Reorganización". A pesar de que este capítulo es normalmente utilizado por grandes empresas, nada impide su uso por parte de individuos particulares o pequeñas empresas. Dentro de los beneficios que brinda este Capítulo 11 se pueden señalar que el plazo extraordinario o de gracia para el pago de las deudas ordinarias del sujeto es aplicado inclusive al pago de impuestos y

---

<sup>126</sup> BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 13 Laws,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch13.asp>

cualquier otra acreencia estatal. La mecánica de la reorganización normalmente permite que el deudor continúe con la operación normal de la empresa aún durante el período en que la empresa se encuentra sujeta al proceso contenido en el Capítulo 11.<sup>127</sup>

La filosofía que respalda el proceso de reorganización consiste en el hecho de que en la mayoría de los casos es más cuantioso el valor de la empresa como unidad productiva, que la suma de sus activos valorados en forma individual. La experiencia norteamericana ha sido más beneficiosa a los intereses sociales en cuanto a la reorganización, que en el caso de la liquidación, especialmente si se toma en cuenta el beneficio de brindar mecanismos para lograr mantener operando los medios de producción del país.

#### **3.4.3.1. EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS**

El Proceso de Reorganización, como forma de enfrentar una crisis económica, data en realidad del siglo antepasado, cuando alrededor de 1867 se establecieron dispositivos legales para atender las necesidades del sector ferrocarrilero. En ese momento el País tomando en cuenta la importancia de mantener a las empresas ferroviarias, e impulsado por ciertos pensadores europeos en materia de derecho concursal, se aventuró a considerar mecanismos que permitieran en cierta medida la satisfacción de las obligaciones de los acreedores, y por otro lado evitar la muerte de la empresa como unidad productiva y de desarrollo. No es de extrañarse que en la Nación del norte, se realizaran esfuerzos por mantener con vida una empresa que forjaría el futuro desarrollo de la nación misma. Los legisladores que aprobarían el "Railway Companies Act" con gran visión lograron valorar bajo la lupa de la conveniencia los intereses públicos frente al mantenimiento o la liquidación de empresas de dicha naturaleza.

Años después, esta forma tan particular de reorganizar una empresa en crisis fue extendida a otras personas jurídicas. El proceso de evolución jurídica, no

---

<sup>127</sup> AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>

tuvo que esperar muchos años para que en 1898 se emitiera el "Bankruptcy Act", la cual sería reformada en varias ocasiones. En los años treinta como consecuencia de la depresión económica se buscaron formas de darle estabilidad al sector empresarial y comercial del país, en esta época aparece el "Chandler Act" de 1938. Posteriormente en 1978, se introduciría el "Edwards Act" o "Bankruptcy Reform Act", que vendría a definir tal y como se conoce hoy el "Bankruptcy Code", y que finalmente recibiría algunas modificaciones menores en 1986. En la normativa vigente el proceso concursal preventivo de "Reorganización" es conocido como el "Chapter 11" o "Capítulo 11", por cuanto el mismo se regula en dicho capítulo del Título 11 del Código de los Estados Unidos.

#### **1.4.1 3.4.3.2. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS**

En este título analizaré cuales son las características personales que exige la ley para poder autorizar el inicio de un proceso de esta naturaleza. En cuanto al tipo de deudor que la ley permite, no existe mayor limitación, es decir en principio son elegibles para someterse al proceso de reorganización tanto personas físicas en forma personal o comercial, como también personas jurídicas, en las distintas formas que puedan existir de acuerdo a la legislación norteamericana.

Esta forma de proceso concursal preventivo no distingue entre grandes o pequeños empresarios, es decir, no establece un límite respecto de activos, pasivos, porcentajes adeudados, tipos de deudas que cargue el deudor, etc. Igualmente este tipo de proceso puede ser solicitado por quienes sufran de una crisis financiera no en virtud de su actividad comercial ordinaria, sino también por aquellos que se encuentran soportando grandes cargas impositivas ya sea estatales o federales.<sup>128</sup> Dichos sujetos deberán tener su residencia, domicilio, centro de operaciones o bienes en Estados Unidos, de conformidad con la Sección 109 del Capítulo 1, del Código de Quiebras. En la práctica este tipo de procesos son más utilizados por grandes e importantes empresas y sociedades

---

<sup>128</sup> En este sentido véase: AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>

de capital, mientras que el sujeto individual opta por el "Ajuste de Deudas" previsto en el Capítulo 13, por cuanto le resulta más sencillo y menos costoso, que la reorganización.

Quedan excluidos de la posibilidad de acudir a este procedimiento las compañías aseguradoras, entidades de crédito, corredores y agentes involucrados en el mercado de valores, y los "commodity brokers" o corredores o comisionistas de mercancías futuras. Para estos dos últimos casos existen disposiciones específicas en los Subcapítulos 3 y 4 del Capítulo 7.

Un segundo elemento subjetivo es que no se establecen requisitos en relación con el tamaño de la empresa o del capital a reorganizar o intervenir. Indistintamente, de los requisitos adicionales que pueda establecerse en cuanto a la relevancia de la actividad o rol desempeñado por la empresa, no existe ningún elemento en cuanto al tamaño de las deudas, patrimonio, activos, o cualquier otro elemento que esté dirigido a clasificar la empresa como grande, pequeña o mediana. En el caso del Capítulo 11, existe claridad en cuanto a la irrelevancia de este hecho.

En relación con el tema de quienes pueden solicitar la apertura de un proceso bajo el Capítulo 11, ha existido cierta discusión en relación con la posibilidad de que las figuras denominadas "partnerships"<sup>129</sup> que se encuentran en proceso de disolución puedan ser sujeto de protección por el Capítulo 11. En relación con este tema, es necesario destacar las razones que justifican el proceso de reorganización contenido en el Código de Quiebras norteamericano, y que consiste precisamente en el beneficio para todas las partes (deudor, acreedores, empleados, y otros terceros afectados) de proceder a una reorganización en lugar de proceder a una liquidación, siempre y cuando el costo sea razonable. Varias resoluciones de Tribunales Federales han resuelto sobre el tema. Por ejemplo, en el caso de *C-TC 9th Avenue Partnership v.*

---

<sup>129</sup> En el sistema legal norteamericano, los contratos de cooperación, aventura conjunta, sociedad civil, y consorcios, que no se organizan bajo una forma de sociedad de capital, reciben el nombre de partnership, e inclusive resultan registrables en oficinas estatales. Personalmente encuentro difícil establecer una comparación directa con una única figura en nuestro sistema legal. La jurista Juana Pulgar las denomina "sociedades personalistas" en este sentido véase. PULGAR Juana Op.cit. p. 137.

*Norton Co.* el juez analizó que si bien el Capítulo 11 habla sobre "partnerships" como posibles sujetos a someterse al proceso de reorganización, no se refiere nunca al tema de la disolución de éstas, por lo que se debe optar por retomar la legislación de fondo, y en el tanto este Tribunal consideró que una vez que el "partnership" entra en un proceso de disolución deja de serlo. Adicionalmente valoró que en el tanto dicha entidad se encuentra en un proceso de disolución no tiene ningún sentido permitir la aplicación del Capítulo 11 en el tanto no es factible pensar en la reorganización de un ente que más bien se encuentre en proceso de disolución.<sup>130</sup> No obstante, a pesar de ser indiscutible que una entidad de esta naturaleza y en dichas condiciones no puede ser reorganizada, el Tribunal Superior Federal de Quiebras estableció que a pesar de la incapacidad de reorganización, nada impide que este tipo de entidades en proceso de disolución, realice el proceso de liquidación de deudas y disolución de la empresa bajo el marco del Capítulo 11, especialmente existiendo la posibilidad de que a través de este proceso se aumenten las posibilidades de recuperación para los acreedores. Como conclusión en este asunto, es posible señalar, que los beneficios de la reorganización son extensibles inclusive a aquellas formas de organización empresarial que por distintas razones se encuentran en un proceso de disolución. De esta forma podrían recibir los beneficios del proceso concursal de reorganización, con la finalidad no de continuar el ejercicio de la actividad comercial, sino con el objeto de obtener el beneficio del plazo y poder operar un plan que satisfaga más eficientemente las obligaciones que deban ser liquidadas. En este caso se estaría frente a una reorganización con fines liquidatorios, caso contrario del "equity receivership" en que existía una liquidación con fines de reorganización.

#### **3.4.3.3. PRESUPUESTOS OBJETIVOS**

A este respecto es importante indicar que el presupuesto objetivo se encuentra delimitado por las secciones 301 y 303.H del Código de Quiebras, y que dichos presupuestos resultan comunes tanto a los procesos liquidatorios, como a los

---

<sup>130</sup> En este sentido Véase GLANTZ Robert, Are all partnerships eligible for Chapter 11 Protection? <http://www.abiworld.org/newslet/98decglantz.html>

conservativos. En el caso de que la reorganización sea solicitada por el mismo deudor, es decir estemos en el caso de una "solicitud voluntaria", la sola petición constituye una causa automática de apertura del procedimiento, independientemente de la situación económica en que se encuentre la empresa. Por esta razón la doctrina ha considerado que la reorganización es un derecho casi indiscutible del deudor.

En el caso de que estemos ante una solicitud planteada por un agente distinto al deudor, será necesario que se cumpla alguna de las condiciones contempladas en la Sección 303, del Título 11 del Código de los Estados Unidos. Dicha sección establece dos supuestos bajo los que se puede iniciar un proceso concursal, cuando lo solicitan los acreedores, el primer caso es el de falta de pago con carácter general de las deudas a su vencimiento, y el segundo es el nombramiento dentro de los 120 días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de apertura de un "Custodian".<sup>131</sup>

En relación con el primer presupuesto objetivo de apertura de la reorganización, es decir en función de una falta de pago con carácter general, al momento de aprobar la actual legislación en el Senado de los Estados Unidos se discutieron distintas propuestas. En el proceso de creación de la norma se discutió si sería relevante o no el estado de insolvencia en que se pudiera encontrar el deudor, es decir, si además de la falta de pago se exigiría que existiese una crisis económica, ya sea que se tratase de un desbalance o falta de liquidez, y cubrir así inclusive aquellos casos en los que el deudor hubiese dejado de pagar no por imposibilidad material, sino por una cuestión simplemente voluntaria. Finalmente el legislador norteamericano optó por limitar el inicio del proceso concursal a la falta general de pago, con independencia de la situación económica de fondo subyacente, se alegó en ese momento que era necesario adelantar el momento de apertura del procedimiento para facilitar con ello la reorganización.

---

<sup>131</sup> BERMAN (Phyllis) y GOLDMAN (Lea). Let Us Prey En: Forbes; New York; Abril 2 del 2001.

Un segundo aspecto importante de definir, sería lo relacionado con el nivel o grado de pagos incumplidos necesarios para considerar si existe una “falta de pago general” o no. Un sector de la doctrina ha interpretado que el concepto “general” tiene un sentido numérico, y que por tanto no sería suficiente para la apertura del proceso que el deudor hubiese incumplido el pago tan solo de una pequeña parte de sus deudas. Otro sector de la doctrina, considera que lo relevante no es el número de acreedores insatisfechos, sino la importancia de las deudas y la relación proporcional con su pasivo. A este respecto y como bien cita Pulgar: “La Comisión de Derecho Concursal señaló que tal cuestión, por ser de hecho, debía dejarse a la apreciación de los tribunales, quienes “habrían de tener en cuenta tanto el número como el importe de las deudas”<sup>132</sup>.

El otro presupuesto objetivo de apertura del procedimiento, consiste en el nombramiento de un "custodian" dentro de los 120 días anteriores a la fecha en que los acreedores presenten la solicitud de apertura. El concepto "custodian" es definido por la Sección 101 de la Ley de Quiebras, como el nombramiento de un sujeto para que se haga cargo de los bienes del deudor, y ello fue interpretado por el legislador norteamericano como evidencia o presunción de una situación financiera grave, por lo que resultaba importante proteger a los acreedores. Resumiendo, se puede apuntar, que el sistema norteamericano exige una de dos condiciones externas, 1º la cesación de pagos, o 2º el nombramiento del custodian.<sup>133</sup> Estos son hechos o situaciones externas, que nada tiene que ver con la situación económica del deudor, por lo que ello para el legislador resultó irrelevante. El sistema americano ha preferido optar por dos condiciones externas que puedan ser consideradas como indicios de una situación financiera que implique la existencia de una eventual crisis. El problema, es que se ha limitado únicamente a estas dos, sin dejar una fórmula abierta que permita aplicarlo a situaciones análogas de igual sentido en la valoración de una posible o eventual situación de quiebra. Para corregir este problema la doctrina norteamericana, ha venido interpretando que el concepto "falta de pago" debe ser entendido en sentido amplio, abarcando cualquier

---

<sup>132</sup> PULGAR Juana Op. Cit. Pág. 140

<sup>133</sup> En este sentido Véase también GOODHEART (Kenneth) y BOBO (Stephen), When your customer goes belly-up, En: Journal of Accountancy; New York; Abril 1999.

hecho externo que sea indicativo de una imposibilidad de pago de las deudas a su vencimiento, este supuesto incluiría situaciones tales como ocultación del deudor, pagos preferentes, cesiones fraudulentas de bienes, préstamos ruinosos, cierres de locales, entre otros.

#### **3.4.3.4. FASES DEL PROCESO**

En el caso de la reorganización norteamericana, para lo efectos de esta monografía se identificarán dos fases, que son las principales en este proceso concursal preventivo. Dichas fases corresponden en primer lugar a la fase o etapa de apertura o inicio del proceso; y una segunda de ejecución del plan o fase reorganizativa.

##### **3.4.3.4.1. APERTURA DEL PROCESO.**

La solicitud de proceso de reorganización debe ser presentada ante el Tribunal de Distrito con competencia territorial, junto con una serie de formularios y documentación que debe ser cuidadosamente preparada. Si la solicitud es presentada directamente por el deudor, la apertura del proceso resulta automática. Normalmente los procesos de reorganización son gestionados por el deudor, quien deberá presentar un inventario de activos y pasivos, e identificar los veinte acreedores más cuantiosos que no gocen de garantías crediticias. El sistema procesal requiere información completa por parte del deudor, el ocultamiento de información por parte del deudor podría implicar el archivo del expediente y posibles sanciones para el deudor.

En el caso de que la apertura sea solicitada por un sujeto distinto al deudor, el tribunal deberá realizar una doble valoración, por una parte deberá comprobar que existen los presupuestos legales para la apertura del procedimiento y en segundo lugar un juicio de oportunidad en el que valorará si los intereses económicos de los acreedores estarían más protegidos con la apertura del procedimiento de reorganización que con el uso de un proceso liquidatorio como el del Capítulo 7.

Según nos indica Juana Pulgar<sup>134</sup>, esta es la primera decisión de contenido económico que realiza el juez en el proceso de reorganización, y que se configura como un procedimiento de marcado carácter judicialista. Debe destacarse además que en el momento de apertura del procedimiento el tribunal sólo tomará en consideración intereses privados.

El deudor continuará manteniendo la posesión, gestión y administración de sus bienes, pudiendo continuar un desarrollo normal de sus negocios. Esta forma de operar es lo que se conoce como “debtor-in-possession” o sea deudor-en-posesión. En situaciones muy calificadas, el Ministerio de Justicia y a solicitud del juez, designará un “trustee”. Esto será posible únicamente en las causales taxativas enumerados en la sección 1104 del Capítulo 11, en los que el deudor será sustituido para ciertos actos por el “trustee” o curador. Dentro de las obligaciones del deudor se destacan 1° la oposición contra la reclamación de créditos improcedentes, y 2° la actualización de la información contable y financiera de la empresa mediante reportes mensuales. El deudor podrá contratar para efectos del proceso contratar abogados, contadores, peritos, subastadores y otros profesionales, siempre con la autorización del órgano jurisdiccional.<sup>135</sup> En el mismo sentido el deudor requerirá autorización judicial para realizar actos de administración extraordinaria. Todo esto implica, como ya se ha dicho que luego de la apertura del procedimiento, la empresa seguirá funcionando en forma normal en manos del deudor y sólo excepcionalmente será dirigida por el curador.

En relación con los efectos que produce la apertura del proceso, se puede indicar que al darse por iniciado el proceso de reorganización, se produce lo que hemos identificado como una “cesación automática” de todos los cobros. Esto implica que se paralizan todas las acciones judiciales y administrativas contra el deudor, incluyendo todo tipo de embargo contra los activos del deudor. El órgano judicial de oficio deberá constituir un comité de acreedores y

---

<sup>134</sup> PULGAR Juana, Op.cit. Pág. 143

<sup>135</sup> RICE, ROBINSOS & SCHILLER P.A., Chapter 11 Issues, [www.ricerobinson.com/chapter11.html](http://www.ricerobinson.com/chapter11.html)

uno de accionistas, de forma que los intereses de los diferentes grupos involucrados logren estar debidamente representados.

La finalidad de establecer esta cesación automática es que una vez que el plan de reorganización es aprobado por el órgano jurisdiccional, se obligue tanto al deudor como a los acreedores, liberando al deudor de toda acción anterior. Esto concederá un respiro al deudor para poder así poner en ejecución todos los compromisos que contenga el plan de reorganización.

#### **3.4.3.4.2. FASE DE REORGANIZACION.**

Una vez declarada la apertura del proceso se inicia inmediatamente con el proceso de reorganización. De esta forma se empieza a concretar la finalidad misma del proceso, sea la conservación de la empresa a través de la ejecución del plan. Este plan, es pues, el centro de gravedad del proceso mismo.

En el caso de que no se haya requerido el nombramiento de un curador, el deudor tendrá un derecho de exclusividad para la proposición y aprobación del plan, frente a los demás sujetos del chapter. Ello implica que durante los primeros 120 días, luego de la apertura del proceso, solamente el deudor podrá proponer el plan y obtener su aceptación durante los 180 días siguientes a esta apertura<sup>136</sup>. Es decir ningún otro sujeto, podrá proponer ni obtener la aceptación de plan alguno. En caso de que se haya nombrado un curador que sustituya al deudor a estas alturas del procedimiento, la exclusividad antes indicada será compartida con el resto de sujetos legitimados, entendiéndose por ello cualquier interesado, el trustee o curador, el comité de accionistas, el comité de acreedores y el deudor mismo.

En cuanto al contenido del plan, puede indicarse que éste se regula con mucha precisión en la sección 1123 de la Ley de Quiebras, en donde se indica cual debe ser el contenido obligatorio, y que se puede considerar como contenido

---

<sup>136</sup> En este sentido es posible comparar con lo dicho por PIOTROWSKY Julie, Post-acute firms see slow recovery, En: Modern Healthcare; Chicago, Enero 28 del 2002, sobre el proceso de recuperación de 5 de las 10 más grandes compañías de atención médica, y los avances en su proceso de reorganización.

voluntario. El contenido obligatorio del plan debe ser homologado por el tribunal en un acto que se denomina “Confirmation”. Este plan deberá contener disposiciones en dos direcciones: 1° solucionar el cumplimiento de pago de los pasivos, y 2° lograr la conservación de la empresa a través de la “Reorganización”.

El primer contenido obligatorio mencionado, se refiere a todas las medidas necesarias para dar un adecuado tratamiento a los pasivos, esto es quitas y/o esperas que, en el supuesto del deudor sea una sociedad, deberán concretarse sobre la base del trato que se dará a todos los tipos de acreedores que existan. La legislación norteamericana presta especial atención en la forma de afrontar la crisis, y la manera en que se afectarán los intereses y derechos de todos los acreedores, y los accionistas, debiendo indicarse las vías de participación de cada categoría en la futura sociedad reorganizada.<sup>137</sup> Por ello el plan debe ser muy claro en la forma en que se agrupen los acreedores, para lo cual será necesario la semejanza sustancial entre los derechos de que son titulares los acreedores, obligacionistas y accionistas a incluir en cada grupo, según se establece en la Sección 122.a del Código de Quiebras. De igual forma deberá concretarse quienes se verán afectados, de conformidad con la sección 1123.a.2 del Capítulo 11, se entiende que un grupo es afectado por el plan, si éste modifica los derechos del grupo que no puedan ser satisfechos sus derechos de crédito totalmente (quitas) o a su vencimiento (esperas) o no puedan ejercitar todos los derechos derivados de la titularidad de las acciones u obligaciones. Esta afectación no podrá ser discriminatoria entre los integrantes de cada grupo particular. En el caso de que el deudor sea una sociedad anónima, el plan deberá prever la inclusión del mismo en el pacto

---

<sup>137</sup> “Los principios determinantes de la participación y protección de accionistas, obligacionistas y acreedores en los procedimientos reorganizativos fueron fijados en la sentencia dictada en el caso “Northern Pacific R. V. Boyd” (1913), más conocido como “Body Case”. El tribunal supremo, en esa sentencia vino a consagrar lo que posteriormente la doctrina denominará “teoría de la absoluta prioridad” que influyó de manera decisiva en el “Chandler Act” de 1938 y en base a la cual se concedía absoluta prioridad a los acreedores y obligacionistas frente a los accionistas en la reorganización de una sociedad, en el sentido de que no se podía proyectar la reorganización de una sociedad sobre la base de la emisión de nuevos títulos si antes no habían sido íntegramente satisfechos los acreedores y obligacionistas o se había producido la conversión de sus créditos en acciones de la sociedad reorganizada”. PULGAR Juana op.cit. Pág. 148.

social, de una prohibición de la emisión de acciones sin derecho a voto, y garantizando la adecuada distribución del derecho al voto entre los accionistas. Esta prohibición, tiene por finalidad garantizar que quienes las suscriban, sean excluidos de una futura participación en la sociedad reorganizada.

En relación con el 2º contenido obligatorio sobre medidas reorganizativas, encontramos lo dispuesto en la sección 1123.a.5 del Capítulo 11 en dichas normas se indica que el plan deberá establecer los medios adecuados para su ejecución, sugiriendo medidas como la retención de todos o parte de los bienes de la masa; transferencia de toda o parte de los bienes a una o más sociedades creadas antes o después de la homologación del plan, produciéndose la transferencia del activo de la sociedad deudora a la nueva y la suscripción de las acciones de la nueva sociedad por parte de los sujetos legitimados en participar en el plan. Entre estas personas se encuentran los acreedores quienes verán transformados sus créditos en acciones, sobre la base de la aportación de aquellos a título de desembolso<sup>138</sup>. En otras palabras, se da una fusión del deudor con sus acreedores, ya sea por absorción o por constitución de una nueva sociedad. Dentro de las medidas que ha de contener el plan se deberá incluir cuando sea necesario la venta total o parcial de los bienes, ya sea que estén o no gravados, o bien la distribución de bienes entre los acreedores con garantías o privilegios sobre ellos.

En relación con el contenido voluntario del plan, el mismo se regula en la sección 1123.b del Capítulo 11. En dicha sección se indica que el contenido voluntario podría estar enfocado a aspectos reorganizativos, así como algunos modos de arreglo del pasivo. Una vez propuesto el plan, éste deberá ser aprobado en dos fases obligatorias, la primera consiste en la aprobación por parte de todos los grupos de acreedores y accionistas, la segunda corresponde a la homologación del juez.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> TATE (Joshua), Game Over, En: The Yale Law Journal; New Haven, Mayo 2000.

<sup>139</sup> En este mismo sentido véase RICE, ROBINSONS & SCHILLER P.A., Chapter 11 Issues, [www.ricerobinson.com/chapter11.html](http://www.ricerobinson.com/chapter11.html)

En cuanto a la aprobación que realizan los acreedores, ésta no se lleva a cabo en forma individual, sino por el contrario de forma grupal, de conformidad con las categorías que han sido previamente establecidas. La legislación norteamericana realiza una distinción, entre los grupos que deberán aceptar expresamente el plan y aquellos grupos que no es necesario que acepten expresamente, siendo posible presumirse la aceptación o rechazo del plan.

En el caso de los acreedores se considera que un grupo ha aceptado el plan, cuando voten favorablemente al menos dos tercios del importe de los créditos y más de la mitad del número total de créditos reconocidos del grupo que efectivamente voten. Esta doble exigencia tanto de número de créditos como del volumen que representen los acreedores, busca garantizar un nivel de equilibrio entre el factor numérico y el elemento económico. En el caso de grupos de accionistas y obligacionistas, se entenderá que el plan ha sido aceptado si es aprobado por dos tercios del importe de los derechos reconocidos del grupo. Una vez superada esta primera etapa de aprobación del plan, el mismo deberá ser sometido a la aprobación judicial, a lo que se le atribuye el término de “Confirmation”.

Lo relativo a la homologación se encuentra establecido en la sección 1129.a del Capítulo 11, y en ella se pormenoriza el contenido, los aspectos relacionados con los grupos de acreedores, el proponente del plan, la viabilidad y la ejecución del plan en sí. Durante dicha homologación, el juez deberá verificar el trato que se le ha dado a cada uno de las partes en el proceso, tutelando los intereses de éstos. Deberá verificar que el plan cumple con el contenido obligatorio requerido por la ley, y deberá analizar si el proponente del plan muestra buena fe en su proposición. Igualmente analizará los actos previos, entre ellos el proceso mismo de aprobación por parte de los acreedores y accionistas, pagos por servicios y gastos efectuados con relación al procedimiento, y el trato que se ha dado a cada grupo de acreedores, entre otros.

Para la homologación del juez no es indispensable la aprobación por parte de todos los grupos afectados, por lo que el juez verificará que la aprobación del

plan fue hecha por parte de quienes están llamados a hacerlo, así como cuales grupos no lo aceptaron. La homologación puede ser viable, aún cuando sólo un grupo lo haya aprobado, ya que bajo ciertas circunstancias, muy claramente definidas en la ley, es factible la imposición forzosa del plan a los grupos que no hayan aprobado el plan. Estas circunstancias se definen en la sección 1129.b del Capítulo 11, y que consisten básicamente en que el plan no discrimine injustamente a ninguno de los grupos que no apoyaron el plan, de forma tal que el grupo disidente reciba un trato igual o equivalente al dado a los aceptantes, y finalmente el plan deberá ser considerado por el juez como justo y equitativo.<sup>140</sup>

En forma similar, el juez deberá comprobar que el plan protege los derechos de aquellos que no votaron a favor del plan, a pesar de que su grupo lo haya aprobado. Para ello, el juez analizará que los miembros del grupo reciban al menos lo mismo que recibirían en el caso de que en lugar de una reorganización se hubiera procedido a una liquidación según se dispone en el capítulo 7. A su vez, el juez deberá verificar si el plan prevé tratamientos específicos para algunos créditos preferentes o con prioridad; en concreto, para créditos derivados de gastos de administración, respecto de los que debe preverse su pago en la fecha en que se homologa el plan, como créditos tributarios, salarios, créditos por aportaciones a fondos de pensiones en beneficio de los trabajadores, y créditos de depósitos de consumidores.

El órgano judicial deberá también comprobar su viabilidad y cuestiones relacionadas con su ejecución. La viabilidad es entendida en el sentido de que el juez determine que existe capacidad para llevar a cabo el plan, y que las perspectivas de que la empresa recupere la solvencia luego del proceso reorganizativo son reales. Se considera que este es el mayor poder de discrecionalidad que se le otorga al juez en este tipo de proceso concursal. En cuanto a la ejecución del plan, el tribunal se limita a examinar eventuales conflictos de intereses o de parentesco entre los directivos, el curador, los

---

<sup>140</sup> PULGAR Juana, op.cit. Pág.155

socios en la sociedad reorganizada, frente a los intereses de los acreedores e intereses públicos.<sup>141</sup>

En este proceso de aprobación del plan, se debe dar una aprobación por parte de las otras partes interesadas y luego una homologación del juez. En relación con los efectos de la homologación judicial, se pueden identificar tres importantes:

- a. El carácter obligatorio del plan para todos los interesados.
- b. El deudor recobra su gestión, si excepcionalmente la perdió.
- c. La liberación del deudor de todas las deudas reconocidas en el proceso.

Luego de que el plan ha sido homologado tanto por los acreedores, así como por el juez, se deberá proceder a ejecutarlo, a partir de este momento el deudor ya no será más un deudor-en-posesión sino que será un deudor reorganizado. La cesación automática dejará de ser aplicable, aunque la prohibición de acciones judiciales por deudas anteriores a la entrada en vigencia del plan, se mantendrá invariable. El deudor se obligará a pagar todas las sumas requeridas por el plan como parte del proceso de reorganización. El plan definirá las relaciones a partir de ese momento como un nuevo pacto entre el deudor, sus acreedores, y sus accionistas.

El proceso de reorganización podrá llegar a término de dos formas: una de ellas es la ejecución exitosa del plan y la otra corresponde a la imposibilidad de su ejecución. En este último caso, se debe proceder a la conversión del proceso de reorganización en un proceso de liquidación con arreglo de lo dispuesto en el capítulo 7. Dicha conversión se puede producir por el propio deudor en el supuesto que haya sido él quien inició el proceso; por el curador en caso de que éste haya sido nombrado, y finalmente por el tribunal en aquellos casos en los que de los autos se desprende que es imposible continuar con la ejecución del plan.

---

<sup>141</sup> AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Basics, <http://www.abiworld.org/media/basics.html>

En los casos en que exista un fraude por parte del deudor en proceso de reorganización, el órgano judicial revocará el plan y tomará las medidas necesarias para que estos actos sean debidamente sancionados.

En síntesis podría afirmar, que en los procedimientos antes descritos, el Juez tiene un alto grado de participación, en esencia, el tribunal supervisa el procedimiento y todo acto requiere su aprobación; esto sin lugar a dudas implica mucho tiempo y dinero, ya que se incurre en gastos por concepto de honorarios de abogados que representen los intereses de las partes.

## **SEGUNDA PARTE**

# **TRANSNACIONALIZACION DE LOS PROCESOS CONCURSALES**

### **CAPITULO IV**

#### **4. INTEGRACION JURIDICA**

##### **4.1. CONTEXTUALIZACION OBLIGATORIA**

El siglo veintiuno se presenta con un marcado escenario en la abolición de fronteras, ya sean terrestres, legislativas, etc. Es así como la tendencia mundial produce la aceleración de los movimientos de personas, de bienes, de servicios, de capitales, de informaciones. Dentro de este delicado contexto, propio de la denominada aldea global de McLuhan, se multiplican las necesidades por parte de los operadores comerciales, de las empresas de relacionarse, de adquirir bienes en el exterior, de anudar negocios superando, diría sin temor a equivocarme, ignorando las fronteras ínterestadales. Es cierto. Máxime cuando hoy más que nunca, el hombre de negocios desea organizar su vida y su actividad económica, de manera de poder establecer negocios, planear ciertas situaciones, en un clima de previsibilidad, de seguridad, toda vez que lo contrario, la inseguridad, la imprevisibilidad aumentan los costos empresariales de las transacciones internacionales.

La tendencia mundial nos trae una definición opuesta a la que hemos venido desarrollando a lo largo de la historia comercial de los Estados, el nuevo concepto de sociedad nos presenta dos sujetos intervinientes en el mercado:

*operador económico y consumidor.* Entendiendo por el primero como toda persona jurídica que cobra por la prestación de un servicio, así su actividad no persiga un ánimo de lucro, o como lo diría el profesor Garrigues, *como la actividad económica organizada por el factor personal del aporte intelectual de un empresario (sujeto jurídicamente autónomo); y además un segundo componente, que opere dentro del mercado sin importar si es del sector privado o público*<sup>142</sup>. Por ejemplo la Universidad Santo Tomas es considerado un operador económico, bajo este concepto, pues al momento de cobrar una suma de dinero por sus programas académicos a los estudiantes, entra en el mercado. A su vez el Instituto de Seguros Sociales, que siendo una entidad estatal, al momento de solicitar el pago de una cuota moderadora para la prestación de los servicios de salud ya esta interviniendo en el mercado por lo tanto es un operador económico.

El otro sujeto que nos menciona el nuevo concepto de sociedad es el consumidor, entendido éste como la persona natural o jurídica que se sufre de la actividad del operador económico, es decir el que paga por la prestación del servicio.

Una vez analizados los sujetos que operan en el mercado, tenemos que hacer referencia al escenario donde se desenvuelven estas actividades y como se regulan en el mundo de hoy. Por ello se debe hacer referencia al fenómeno de la globalización, pues es allí donde confluyen estos conceptos.

La globalización es un proceso en el que los Estados, las empresas, las instituciones y las personas se entremezclan, pierden parte de su antigua identidad, adquiriendo una nueva de manera insensible e inconsciente, y en donde va surgiendo una concepción cosmopolita del mundo que nos rodea en todas sus facetas.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Garrigues Joaquin; Curso de derecho mercantil, T.1; séptima edición.

<sup>143</sup> Gerardo José Ravassa; Derecho Mercantil Internacional, Ediciones Doctrina y Ley, 2004. Pág. 39, segunda edición.

Es de destacar que la formación en bloques de influencia global no es nueva, varios intentos a través de la historia se han dado, tal y como lo señala Gerardo Ravassa, “*en la civilización occidental ha habido por lo menos, cinco grandes procesos de globalización, en el mundo griego, la republica romana, la civilización islámica, la Europa de la edad media, en los imperios: persa, mongol, inca, azteca, india, china, Mongolia y Polinesia*”.<sup>144</sup>

Así mismo la globalización se presenta en todas las actividades y en todos los espacios que nos rodean, es como el precitado autor nos advierte los escenarios donde se presenta este fenómeno, estos son: la globalización informática, cultural, del medio ambiente, familiar y topoligamica, política, económica, mercados y la que entraré a analizar: la jurídica.<sup>145</sup>

El campo del derecho no se podría quedar atrás frente a la globalización, además ha traído grandes consecuencias, los conceptos fundamentales de vieja data tendrán que replantearse y revisarse bajo la óptica mundial para ser entendidos por todos los Estados y así lograr un clima de seguridad jurídica en todas las relaciones, tales como mercantiles para el caso que nos ocupa.

La primera manifestación de esta globalización es el debilitamiento de la autoridad del Estado, para éste es muy difícil ceder soberanía, pues es su máxima representación tradicional, y si a ello le sumamos el ímpetu que esta asumiendo el principio de la autonomía de la voluntad, que ya no quiere seguir encontrando interferencias por el oscurantismo nacional en su afán de querer intervenirlo todo, pone de manifiesto que hay que replantear el tema jurídico.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Ver explicación ampliada de los diferentes procesos de globalización en: Gerardo José Ravassa; Derecho Mercantil Internacional, Págs. 33 a 39, segunda edición.

<sup>145</sup> Ver explicación ampliada de los diferentes escenarios de la globalización en: Gerardo José Ravassa; Derecho Mercantil Internacional, Págs. 40 a 55, segunda edición.

<sup>146</sup> Idea tomada de Gerardo José Ravassa; Derecho Mercantil Internacional, Pág. 54, segunda edición.

El escenario de esta segunda parte, será entonces la intensificación de las relaciones económicas<sup>147</sup> y jurídicas, al que algunos autores como hasta aquí han denominado “Globalización jurídica y económica”.

El primer intento de la globalización jurídica es tratar de fusionar sistemas jurídicos disímiles y en algunos casos contrarios. Es así como este propósito se vio reflejado en la fusión cordial del sistema angloamericano o sistema del Common law y el sistema continental europeo o Sistema de Derecho Civil. Propósito que ha generado grandes esfuerzos de la UNCITRAL o CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), y de la UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado). Siempre con la idea presente de lograr un derecho uniforme en todo el mundo.

Dicha labor se ha encontrado con obstáculos como los que a través de la historia ha introducido el derecho internacional privado, que es donde quizás se puede apreciar más el elemento “*internacional*”, es de advertir que no se habla de un derecho internacional privado, tan solo se usa el vocablo para significar la incidencia de las relaciones de derecho privado con componentes internacionales, así se puede extraer de su definición “... *aquel sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales*”<sup>148</sup>, es más usual hablar de este en el derecho internacional público pues este es definido como “*un conjunto de normas y de instituciones que rigen las relaciones entre los Estados y demás sujetos de la sociedad internacional*”.<sup>149</sup>

El Derecho Internacional Privado nace de la nacionalización jurídica, entendida ésta como la vida con la expedición de los códigos nacionales desde el siglo XIX que trae como efecto inmediato el que una relación de comercio

---

<sup>147</sup> El término “intensificación” lo ha tomado Jorge Oviedo Allban, el cual comparto, de De Sousa Santos, Boaventura, La Globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos,, ILSA, Bogotá, 1998, Pág. 37.

<sup>148</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa Gonzalez, Javier, Derecho internacional Privado, vol. I, editorial comares, 2 edición, Pág. 2.

<sup>149</sup> Alvarez Londoño, S.J., Luis Fernando, Derecho Internacional Público. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Estudios de Derecho Internacional 2, Pág. 32.

internacional, aparece conectada con diversos ordenamientos jurídicos, y, como solución básica, se recurre a la norma de conflicto para que concrete el derecho aplicable, manifestándose en reglas internas como códigos civiles y mercantiles y otras de carácter internacional como la costumbre y los tratados.<sup>150</sup>

Entonces se puede afirmar que el derecho internacional privado esta compuesto por normas internas, tratados internacionales, costumbres, etc., que identifican un componente internacional dentro de una relación jurídica, y que sugieren una ley nacional como la aplicable, es decir éste se limita a solucionar conflicto de leyes pero, no regula en si mismo, la relación jurídica concreta.

En conclusión se tiene que el Derecho Internacional privado no genera soluciones, se crean conflictos de leyes en el espacio que no encuentran una salida en éste, además que los Estados suscriben los tratados pero no lo hacen de su legislación interna, y si lo hacen, es con reservas.

Por lo anterior se hizo necesario buscar una regulación uniforme que fuera de la mano con el fenómeno globalizador, que el Derecho Internacional Privado no pudo alcanzar. Tal regulación es conocida como: Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

El Derecho Mercantil Internacional se presenta como un derecho más pretensioso, que de manera sustancial quiere dar soluciones.

Es en este contexto, cuando en el año de 1966 se creo la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional <sup>151</sup>, queriendo

---

<sup>150</sup> Alban Jorge Oviedo, Estudios de Contratación Internacional, Conferencia: El derecho Mercantil Internacional” Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogota 2004, Págs. 28,29.

<sup>151</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. La Asamblea General encomendó a la CNUDMI la labor de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional mediante: "La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas; "El fomento de una participación más amplia en las convenciones internacionales existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas; "La preparación o el fomento de la aprobación de nuevas

responder a la necesidad de que la Organización de las Naciones Unidas debía contribuir a eliminar los obstáculos jurídicos al comercio internacional y con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

## **4.2. CNUDMI – COMPOSICION Y GRUPOS DE TRABAJO-**

### **4.2.1. COMPOSICION**

La Comisión está integrada por 60 Estados miembros, elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y cada tres años expira el mandato de la mitad de ellos.

*Los miembros de la CNUDMI a partir del 14 de junio 2004, y los años en que expiran sus respectivos mandatos son los siguientes:*

Algeria (2010), Alemania (2007), Argentina (2007), Australia (2010), Austria (2010) Belarus (2010), Belgica (2007), Benin (2007), Brasil (2007), Camerún (2007), Canadá (2007), Chile (2007), China (2007), **Colombia (2010)**, Croacia (2007), Ecuador (2010), España (2010), Estados Unidos (2010), Federación Rusa(2007), Fiyi ( 2010), Francia (2007), Gabón (2010), Guatemala (2010), India (2010), Iran (Republica Islamica de) (2010), Irlanda y Gran Bretaña (2007), Israel ( 2010), Italia (2010), Japón (2007), Jordania ((2007), Kenia (2010), Líbano (2010), Lituania (2007),

---

convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera;"El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional; "La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, del derecho mercantil internacional;"El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; "El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional; "La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones." Resolución 2205 (XXI) de la asamblea general. <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

Macedonia (2007), Madagascar (2010), Marruecos (2007), México (2007), Mongolia (2010), Nigeria (2010), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010), Qatar (2007), República Checa(2010), República de Corea (2007), Ruanda (2007), Serbia y Montenegro (2010), Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sri Lanka (2007), Sudáfrica (2007), Suiza (2007), Swazilandia (2010), Tailandia (2010), Túnez (2007), Turquía (2007), Uganda (2010), Uruguay (2007), Venezuela (2010), Zimbabwe (2010).

#### **4.2.2. GRUPOS DE TRABAJO**

La Comisión ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria de fondo sobre los temas que figuran en el programa de trabajo de la Comisión, cada uno de los grupos de trabajo está integrado por todos los Estados miembros de la Comisión.

Los seis grupos de trabajo actuales y sus correspondientes temas son los siguientes:

- Grupo de Trabajo I - Proyectos de infraestructura con financiación privada. Este Grupo ha concluido recientemente su labor relativa a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003).
- Grupo de Trabajo II - Arbitraje y conciliación internacional Este Grupo ha concluido recientemente su labor relativa a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), y actualmente se ocupa del tema de las medidas cautelares y el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.
- Grupo de Trabajo III - Derecho del transporte Este Grupo prepara actualmente un proyecto de instrumento sobre el transporte internacional de mercancías.
- Grupo de Trabajo IV - Comercio electrónico . Este Grupo concluyó recientemente la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001) y examina actualmente, entre otras cosas, el tema de los obstáculos jurídicos que imponen al desarrollo

del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional.

- **Grupo de Trabajo V - Régimen de la insolvencia** Este Grupo prepara actualmente una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia encaminada a ayudar a los Estados a formular sólidos regímenes de la insolvencia y de las relaciones entre deudores y acreedores que prevean también la posibilidad de reestructuraciones extrajudiciales.
- **Grupo de Trabajo VI - Garantías reales** Este Grupo está preparando una guía legislativa sobre las garantías reales cuya finalidad es ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones financieras garantizadas, a fin de mejorar las posibilidades de obtener crédito a bajo costo y de facilitar así el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, finalmente, las relaciones de amistad entre los Estados.

### **4.3. INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

La finalidad de la Ley Modelo, aprobada en 1997, es promover la adopción de una normativa legal moderna y equitativa para aquellos casos en los que un deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado. El texto de la Ley regula las condiciones en que el administrador de un procedimiento extranjero de insolvencia tiene acceso a los tribunales del Estado que haya adoptado la Ley Modelo, define las condiciones que han de darse para el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y para que se concedan las medidas solicitadas por el representante de ese procedimiento extranjero, al tiempo que faculta a los tribunales y administradores de patrimonios insolventes de diversos países a cooperar más eficazmente entre sí, y contiene disposiciones para la coordinación de los procedimientos de insolvencia que se estén celebrando simultáneamente en diversos Estados. Se ha publicado una Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/442)<sup>152</sup> destinada a servir de

---

<sup>152</sup> Véase el texto completo de la ley modelo en el anexo 3, al cual se refiere la sigla A/CN.9/442.

ayuda a las autoridades nacionales competentes al respecto en su labor de preparación de normas legales basadas en la Ley Modelo.<sup>153</sup>

El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) prepara actualmente una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia encaminada a ayudar a los Estados a formular sólidos regímenes de la insolvencia y de las relaciones entre deudores y acreedores, que prevean también la posibilidad de reestructuraciones extrajudiciales.

#### **4.3.1. LEY MODELO DE LA CNUDMI (UNCITRAL) SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

##### **4.3.1.1. LINEAMIENTOS GENERALES DE LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

La Ley Modelo comienza definiendo su *finalidad* y enumerando los *objetivos*, en un Preámbulo cuyo texto transcribo:

*“La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:*

- a. La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b. Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c. Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;
- d. La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como
- e. Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

---

<sup>153</sup> Téngase en cuenta que los datos y comentarios referidos en este tema han sido tomados de la página Web de UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.

Siguen luego cinco capítulos que contienen:

- a. disposiciones generales;
- b. reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal;
- c. regulación del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas –principalmente, cautelares- otorgables en el país;
- d. principios y formas de cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros; y
- e. sistemas de coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto.

#### **4.3.1.2. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY MODELO**

##### *a) Definiciones*

Sin seguir el orden numérico de la Ley Modelo, comencare el análisis destacando que su art. 2 contiene un breve glosario en el cual se definen los principales términos utilizados en el resto del texto. Se trata de palabras claves que pueden tener diferente significación según el derecho interno de cada país, razón por la cual se procura uniformar la terminología utilizando voces de gran amplitud a las que, a su vez, se les asigna una *definición a los fines de la presente Ley*.

Lo que habitualmente hoy llamamos “concurso en el extranjero la Ley Modelo utiliza una expresión más genérica: “procedimiento extranjero”. a los fines de la Ley Modelo, es “el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación” (art. 2, a).

En varias disposiciones de la Ley Modelo se establecen diferencias, sobre todo en las medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, según éste fuera considerado “procedimiento extranjero principal” o, al contrario, “procedimiento extranjero no principal”. De ahí que los siguientes incisos b) y c) del art. 2 de la Ley Modelo definen las diferencias.

Por “procedimiento extranjero principal se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses” (más adelante [art. 16, párr.3.] se establece la presunción juris tantum de que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses).

*Por “procedimiento extranjero no principal se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f)”. Éste define al “establecimiento” como “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”.*

Las legislaciones de insolvencia de los diferentes países suelen tener en común la existencia de un sujeto u órgano a los cuales, dentro del proceso de reorganización o de liquidación, se asignan atribuciones y deberes relacionados con los bienes y negocios del concursado.<sup>154</sup> El alcance de esos deberes y atribuciones, así como la designación misma del sujeto en cuestión, son variados. Por ello, la Ley Modelo utiliza la expresión “representante extranjero” para definir que por él “se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero” (art. 2, inc. d).

---

<sup>154</sup> Hernández Martí Juan, Suspensión de pagos, Quiebras e insolvencias punibles. España, 2001.

Finalmente, por “tribunal extranjero”, el inc. e) del art. 2 de la Ley Modelo dice que “se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero”.

#### **4.3.1.3. AMBITO DE APLICACIÓN**

La delimitación del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Ley Modelo se hace en su art. 1, el que en cuatro incisos define otros tantos casos de operatividad de ella.

Esos casos son los siguientes:

1. Cuando “un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia” –en el país que adopte la Ley Modelo- “en relación con un procedimiento extranjero”.
2. Toda vez que “se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando”, en el país que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas del derecho interno de éste relativas a la insolvencia.
3. En el supuesto en que “se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento”, en el país que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas del derecho interno de éste relativas a la insolvencia.
4. En todos los casos en que “los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo” a la legislación sobre insolvencia del país que adopte la Ley Modelo.

Es de destacar que la segunda parte del art. 1 de la Ley Modelo contempla la posibilidad de *excluir de su ámbito de aplicación* a todas las entidades que, en el Estado que adopte la Ley Modelo, pudiesen estar sometidas a regímenes especiales de insolvencia (por caso, las entidades financieras, las aseguradoras y/u otras que se desee excluir del régimen de la Ley Modelo).

#### **4.3.1.4. TRIBUNAL O AUTORIDAD COMPETENTE**

En su art. 4, la Ley Modelo propone al Estado que la adopte que éste identifique quién o quiénes será/n el tribunal, tribunales u otra autoridad, competentes para ejercer “las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros”.

También ha de indicarse (art. 5 de la Ley Modelo) quién será, en el país que adopte la Ley Modelo, la persona o el órgano a quienes se atribuyan las facultades “para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto” conforme a la ley de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo. Ello, claro está, “en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable”.

#### **4.3.1.5. OTRAS DISPOSICIONES GENERALES**

El art. 3 de la Ley Modelo deja a salvo las “*obligaciones internacionales del Estado*” que adopte ese texto, al establecer que en caso de conflicto entre él y un tratado u otra forma de acuerdo internacional, “*prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo*”.

Esto permite adoptar la Ley Modelo aunque el país ya fuera parte de tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia, e inclusive aunque estuviera negociando, o se propusiera emprender negociaciones, con otros países determinados para arribar a acuerdos internacionales diferenciados en materia de coordinación de reglas sobre procedimientos de insolvencia. Por caso, Colombia podría adoptar la Ley Modelo para regir como regla universal, sin perjuicio de mantener y o incorporar regímenes con particularidades distintas destinados a regular los concursos transfronterizos que involucren a determinados países.

El art. 6 de la Ley Modelo consagra la llamada “*excepción de orden público*”, según la cual “*nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida*”.

*manifiestamente contraria al orden público”* del Estado adoptante de la Ley Modelo.

Por el art. 7 de la Ley Modelo se deja a salvo la facultad del tribunal local de prestar *“asistencia adicional al representante extranjero”*, más allá de lo previsto en la Ley Modelo, cuando otra norma del derecho interno del Estado adoptante de la Ley Modelo así lo autorizase.

La última de las disposiciones generales, contenida en el art. 8 de la Ley Modelo, es una regla de interpretación válida para todo el cuerpo legal, según la cual *“en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”*.

Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado adoptante de la Ley Modelo

a) *Reglas sobre acceso del representante extranjero*

Los arts. 9 a 12 de la Ley Modelo consagran las siguientes reglas relacionadas con el acceso del representante de un procedimiento extranjero de insolvencia ante los tribunales del Estado que adopte la Ley Modelo.

1. Una regla genérica que reconoce el *“derecho de acceso directo”*, según la cual *“todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal”* del Estado adoptante de la Ley Modelo. En el caso colombiano, esto sería una novedad que vendría a suplir la actual carencia de reglas específicas sobre el punto en el régimen de insolvencias transfronterizas.
2. La limitación del alcance que ha de asignarse a la presentación del representante extranjero ante el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo, estableciéndose que tal presentación *“no supone la sumisión de éste (el representante extranjero), ni de los bienes y negocios del deudor en el*

*extranjero, a la jurisdicción de los tribunales locales para efecto alguno que sea distinto de la solicitud”.*

3. Se confiere legitimación al representante extranjero para: solicitar la apertura de un procedimiento local de insolvencia siempre que se cumplan las condiciones exigidas por el derecho interno para la apertura de ese procedimiento; y, luego del reconocimiento local del procedimiento extranjero, participar en todo procedimiento abierto respecto del mismo deudor con arreglo al derecho interno de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo.

b) *Reglas sobre acceso de los acreedores extranjeros*

Los arts. 13 y 14 de la Ley Modelo regulan el acceso de los acreedores extranjeros a los procedimientos concursales del país que adopte dicho régimen.

Si bien la Ley Modelo parte de la premisa de que hay diferencia entre acreedores extranjeros y locales, ella no define cuál es el criterio de distinción entre unos y otros. De tal suerte, dicho criterio quedaría librado al derecho interno de cada país.

En cuanto a los *derechos de los acreedores extranjeros*, la primera parte del art. 13 de la Ley Modelo establece que ellos “*gozarán de los mismos derechos*” que los acreedores locales para *solicitar la apertura de un procedimiento* de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, y para *participar* en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante de la Ley Modelo. En materia de *privilegios* se propone una norma interesante y algo flexible (segundo párrafo del art. 13 de la Ley Modelo).

La primera de las reglas deja a salvo *el orden de prelación de los créditos* que establece el derecho interno del país donde está abierto el procedimiento concursal aunque se adoptase, en ese país, la Ley Modelo. Es la consagración del principio, generalmente aceptado, de que los privilegios en los concursos se rigen por la *lex fori*. Luego, se consigna una segunda regla que no elimina las *preferencias locales*, pero las acota: *no se asignará a los créditos extranjeros*

*una prelación inferior* a la de los acreedores comunes o quirografarios locales, salvo el caso en que el crédito extranjero fuera equivalente a un crédito local que tuviese éste rango inferior a quirografario, supuesto en el cual se asignaría al crédito foráneo este último rango subordinado pero no por la mera circunstancia de ser crédito extranjero, sino porque aun de haber sido local le hubiese correspondido prelación inferior a quirografaria. Por fin, se otorga flexibilidad al Estado adoptante para que contemple la posibilidad de *excluir* del proceso concursal local a los *créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social*.

En el art. 14, se impone cursar *a los acreedores conocidos que no tengan domicilio* en el Estado adoptante de la Ley Modelo, las mismas *notificaciones* de los procesos concursales que deban practicarse a los acreedores con domicilio en ese Estado. Se eliminan al efecto las formalidades de las *cartas rogatorias* o cualquier otra similar y, como regla, se sugiere la notificación *por separado* a cada acreedor extranjero, salvo que el tribunal considere adecuada otra forma según las circunstancias del caso. También se detallan los aspectos mínimos que debe contener la notificación para facilitar la presentación de los acreedores extranjeros al proceso concursal.

#### **4.3.1.6. RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES EN EL ESTADO ADOPTANTE DE LA LEY MODELO**

El más largo de los capítulos de la Ley Modelo –Capítulo III.–, contiene diez artículos (arts. 15 al 24 incluido) que regulan detalladamente la posibilidad reconocida al representante extranjero de *solicitar*, ante el tribunal del país adoptante de la Ley Modelo, el reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el que aquél hubiera sido designado. También se detallan las *formalidades* de la solicitud de reconocimiento, para lo cual se ofrecen alternativas y se faculta al tribunal requerido a presumir que los documentos son auténticos, estén o no legalizados. Asimismo, se enuncian los *efectos* de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia en un país adoptante de la Ley Modelo, y los efectos del reconocimiento en sí, así

como las *medidas que pueden otorgarse* en este país, en protección de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.

Es interesante puntualizar que a partir de la *solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero*, y antes de que ella sea resuelta, el tribunal requerido ya puede, a instancia del representante extranjero, en casos de necesidad y urgencia para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, *otorgar medidas provisionales disponiendo*: la paralización de las ejecuciones contra los bienes del deudor; la conservación o la inmediata realización de bienes del deudor cuando ello fuera necesario para preservar el valor por ser bienes perecederos, susceptibles de devaluación o estén amenazados por cualquier causa; suspender el derecho de enajenar o gravar bienes del deudor; el aseguramiento de pruebas; o cualquier otra medida cautelar reconocida por el derecho interno del Estado adoptante de la Ley Modelo.

Después del reconocimiento del procedimiento extranjero –que el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo debe calificar como “*principal*” o “*no principal*”-, se otorgan medidas similares a las descritas en el párrafo precedente. La diferencia entre el carácter asignado al procedimiento extranjero después de su reconocimiento se traduce en que, de ser él “*principal*” las medidas relacionadas operan automáticamente, mientras que en el supuesto de ser “*no principal*” es menester una decisión judicial expresa y el previo requerimiento (o instancia) del representante extranjero.

#### **4.3.1.7. OTRAS DISPOSICIONES DESTACADAS DE ESTE CAPÍTULO SON LAS SIGUIENTES.**

El tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo al cual acude el representante extranjero para obtener el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, debe asegurarse que *quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor, al otorgar, denegar, modificar o dejar sin efecto* cualquier medida. También puede *supeditar toda medida a las condiciones que juzgue convenientes*. Y es posible *modificar o dejar sin efecto*, cualquier medida, a

instancia del representante extranjero, de toda persona afectada, y aun de oficio.

El representante extranjero, a partir del reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, adquiere *legitimación* para: *entablar acciones tendientes a dejar sin efecto actos perjudiciales a los acreedores; e intervenir en todo proceso en que el deudor sea parte*, conforme a las leyes procesales internas de este Estado.

#### **4.3.1.8. COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y REPRESENTANTES, LOCALES Y EXTRANJEROS**

Los arts. 25 a 27 de la Ley Modelo integran su Capítulo IV, dedicado al problema de la “*cooperación*” internacional –entre tribunales y representantes concursales-, aspecto que suele ser clave para el éxito de los objetivos perseguidos por cualquier sistema moderno de coordinación de procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza.

La Ley Modelo pone énfasis en establecer un *deber de cooperación* internacional, “*en la medida de lo posible*”. Para ello, el tribunal local está facultado para “*ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos*”. También los órganos del concurso local, “*en ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal*”, están facultados “*para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros*”.

En un medio en el que hoy es imprescindible actuar con rapidez, superando vallas enormes como las diferencias de las legislaciones concursales internas bajo las cuales se desenvuelven los plurales procedimientos involucrados, la coordinación de estos con miras a la continuación de la actividad empresarial, la maximización del valor de los bienes y de la empresa en marcha y la preservación de los empleos, sólo pueden obtenerse con una comunicación ágil y directa –hasta por teléfono, si es preciso- entre los jueces y/o los representantes concursales ubicados en los diferentes países. Utilizar

efectivamente esta posibilidad, superando prejuicios y barreras idiomáticas o culturales, es, quizás, el mayor desafío que propone la Ley Modelo y la mayor garantía de lograr éxito en su finalidad de “establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza”.

Ese revolucionario llamado a la comunicación abierta y directa entre jueces y/o representantes de procedimientos concursales, se complementa con la no menos amplia fórmula que trae el art. 27 sobre las “formas de cooperación”. Esa cooperación “podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

- a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;
- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos,
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor,
- f) [Otras formas de cooperación que desee agregar el Estado que incorpore el régimen de la Ley Modelo].

#### **4.3.1.9. PROCEDIMIENTOS PARALELOS Y REGLAS FINALES**

El último capítulo de la Ley Modelo –Capítulo V-, contiene previsiones para coordinar ciertos aspectos conflictivos que pueden presentarse en los siguientes casos:

1. Cuando a un procedimiento extranjero principal previo le sucede un procedimiento no principal local posterior (art. 28);
2. Cuando se tramiten simultáneamente, respecto del mismo deudor, un procedimiento de insolvencia extranjero y otro local (art. 29); y

3. Cuando existan dos o más procedimientos extranjeros respecto del mismo deudor (art. 30).

Y por fin, el art. 32 de la Ley Modelo consagra *mutatis mutandi*<sup>155</sup> una regla de paridad en los dividendos el último artículo de la Ley Modelo dice que “*sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a*” la legislación interna sobre insolvencia “*respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor*”.

#### **4.3.1.10. APRECIACIONES FINALES Y EVALUACIÓN**

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha elaborado una *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza*.

La Ley Modelo recoge las prácticas, en materia de insolvencia internacional transfronteriza, que caracterizan a los sistemas más modernos y eficientes de administración de las insolvencias internacionales, a la vez que respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, pero su régimen sí ofrece soluciones que pueden ser útiles a cualquier Estado que quiera dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa moderna, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza. Es, así, una propuesta realista, alejada de las fantasías inalcanzables de la legislación sustantiva concursal unificada o de la universalidad o unidad concursal más allá de las fronteras nacionales. Su realismo finca, sobre todo,

---

<sup>155</sup> Galan Barrera, Diego Ricardo, Principios de Interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Estudios de Contratación Internacional, Conferencia: El derecho Mercantil Internacional” Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá 2004, Págs. 306,307.

en ofrecer soluciones modestas pero significativas y alcanzables, ya que pueden ser fácil y rápidamente adoptadas por todos los países, cualquiera fuese la orientación, objetivos y principios inspiradores de sus respectivos derechos internos sobre insolvencia.

Es muy importante destacar que la Ley Modelo no da fin a las preocupaciones tradicionales de las normas internacionales de insolvencia, el problema del reparto de los bienes liquidados entre acreedores locales y extranjeros, pero a la vez incorpora reglas hoy inexistentes en la mayoría de los países, que permiten afrontar preocupaciones más actuales, a partir del reconocimiento del fenómeno de la empresa transnacional. En concreto, es loable la preocupación por facilitar la coordinación rápida de los múltiples procesos concursales de reorganización localizados en diferentes países, con miras a maximizar el valor de las empresas –aunque estén en crisis-, salvarlas y preservar empleos.

Otra ventaja es su *“flexibilidad inherente a toda ley modelo”*, que hace posible a cada Estado introducir modificaciones en el texto uniforme. Aunque, claro está, no sea deseable la abundancia de supresiones o modificaciones, ya que el menor número de cambios es lo que permite alcanzar el mayor grado de armonización internacional.

El acento puesto en la cooperación internacional entre jueces y representantes de procedimientos concursales, sumado al claro estímulo a la comunicación directa entre ellos, permitirían la actuación rápida también con miras a conjurar las “operaciones fraudulentas de deudores insolventes”, que hoy, gracias a la interconexión mundial y la facilidad de desplazamiento electrónico de capitales, pueden velozmente ocultar o transferir activos a otras jurisdicciones. Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir ese fraude internacional.

Igualmente, permite explorar de manera internacionalmente coordinada soluciones preventivas o de reorganización de empresas en crisis. Esto redundaría en beneficio de los acreedores cuya posibilidad de cobro es usualmente mayor en los procesos preventivos que en los procesos

liquidativos, a la vez que aumenta la posibilidad de rescatar empresas viables, maximizándose valor y salvando empleos.

Todo ello contribuye a afianzar los valores de previsibilidad y de seguridad jurídica, tan tenidos en cuenta a la hora calificar el riesgo país. La falta de previsibilidad sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza; mientras que, por lo contrario, todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en ese Estado.

El aumento de la previsibilidad en un área especialmente sensible y muy tenida en cuenta por el inversor extranjero, cual es la existencia de reglas claras y no discriminatorias para tratar las relaciones entre acreedor y deudor en contextos de crisis o de insolvencia, es factor que debería incidir directamente en la disminución de la tasa de riesgo del país. Es de destacar que uno de los países –llamados “emergentes”- que más recientemente ha alcanzado el grado de inversión (*investment grade*) es México.

Casualmente o no, esa hermana república hispanoamericana ha puesto en vigencia hace cuatro años su nueva Ley de Concursos Mercantiles (abril de 2000) en la cual se adopta íntegramente, y casi sin modificaciones, la Ley Modelo, como Título Duodécimo de la ley concursal mexicana denominado “*De la cooperación en los procedimientos internacionales*”<sup>156</sup>.

A mi juicio, ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo es contraria a nuestra Constitución Nacional, ni a los principios fundamentales del derecho

---

<sup>156</sup> En 1999, Eritrea fue el primer país que incorporó la Ley Modelo. En el año 2000 lo ha hecho México. Actualmente, tiene consideración parlamentaria, con alto grado de probabilidad de ser aprobada, en los Estados Unidos de Norteamérica, el Reino Unido, la República de Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda.

colombiano o a su orden público, ni a los verdaderos y principales intereses del país. Por el contrario, es conveniente para ellos, y permitiría de manera rápida y sencilla –pues el trabajo, en lo fundamental, ya está hecho- actualizar nuestras obsoletas reglas de Derecho Internacional Privado concursal, en línea con la más moderna tendencia universal. A la vez, y como beneficio no menor, daríamos una importante señal de previsibilidad y seguridad jurídica a la inversión extranjera.

## CAPITULO V

### 5. REGLAMENTO (CE) 1346 DEL CONSEJO EUROPEO, DEL 29 DE MAYO DE 2000, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

#### 5.1. GENERALIDADES DEL DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL

##### 5.1.1. PRESUPUESTOS

El Derecho concursal, en general, tiene como fin último resolver un problema de acción colectiva. En las situaciones que conducen a un procedimiento concursal el deudor no dispone de activos líquidos suficientes para hacerse cargo de todas sus deudas. Los acreedores en esta situación tienden a comportarse de forma oportunista: cada uno –individualmente- tiene incentivos para intentar la ejecución por separado y lo antes posible, cada uno tiende a "llegar el primero". Esto puede acelerar la quiebra del deudor y conducir a una dispersión del valor agregado de su patrimonio, además de perjudicar aleatoriamente a los últimos en llegar. El resultado es que se acaba perjudicando a la mayoría o incluso, desde una perspectiva *ex ante*, a todos. Una de las funciones del Derecho concursal es prevenir estos riesgos<sup>157</sup>. El Derecho concursal es, en este sentido, un Derecho que ordena la acción colectiva. Es un Derecho procedimental.

Pero el Derecho concursal, además de esa función procedimental, cumple una función sustantiva<sup>158</sup>: decide cómo repartir las "perdidas". Decide si los acreedores cobran o no cobran, quienes lo hacen primero y por qué cantidad. El Derecho concursal, en este sentido, distribuye el patrimonio del deudor.

---

<sup>157</sup> GONZALEZ CAMPOS, "Aspectos internacionales de la situación concursal", en AA.VV., La reforma del Derecho de quiebra, 1982, pp. 329 y ss.

<sup>158</sup> Op. Cit. GONZALEZ CAMPOS pp. 329 y ss.

Tradicionalmente, esta distribución se solía ver desde una perspectiva *ex post* o retrospectiva. De lo que se trataba era de "comunitarizar" el patrimonio del deudor. Hoy en día, se tiende a ver las cosas desde una perspectiva *ex ante* o prospectiva. De lo que se trata es de asegurar, en la medida de lo posible, que dentro de la quiebra se protejan los derechos adquiridos fuera de la quiebra. La razón es fácil de entender. La quiebra nos ofrece siempre el "test de resistencia de los derechos subjetivos"<sup>159</sup>. Una buena parte del valor de nuestros derechos depende de lo que pase con ellos en las situaciones de quiebra. Si en estas situaciones nuestros derechos no se respetan (en la medida de lo posible) o se devalúan, estaremos dispuestos a concederlos sólo a un mayor precio. Esto es, el crédito será *ex ante* más costoso para el deudor. Lo cual acaba perjudicando directamente al deudor e indirectamente a todos los acreedores.

En el contexto internacional el punto de partida es el fraccionamiento jurídico derivado de la multiplicidad de legislaciones: cada Estado tiene su propio Derecho concursal. Esto significa que cada Estado puede concretar esos dos aspectos del Derecho de insolvencia de forma distinta: cada Estado organiza de una determinada manera los procedimientos colectivos y cada Estado tiene sus propias políticas de distribución patrimonial. Además, estas decisiones sólo pueden implementarse, dentro del territorio de cada Estado. Esta situación agrava aún más los riesgos de comportamiento oportunista de todos los sujetos implicados: deudor, acreedores y Estados.

Se pueden presentar situaciones como: "el deudor puede desplazar su patrimonio de un Estado a otro para beneficiarse a costa de los acreedores o para favorecer a determinados acreedores en perjuicio de otros (forum shopping)."<sup>160</sup>; los acreedores, *ex ante*, frente al riesgo de esos comportamientos, o frente al riesgo de que sus garantías no sean reconocidas en el extranjero, encarecerán el precio de sus créditos. Los mismos acreedores *ex post* tenderán a ser los primeros en cobrar allí donde puedan encontrar bienes del deudor, lo cual puede acelerar la quiebra; los Estados, por su parte, tenderán a favorecer a los acreedores nacionales a costa de los extranjeros, lo

---

<sup>159</sup> ESPLUGUES, La quiebra internacional, 1993. Pág. 215.

<sup>160</sup> GONZALEZ CAMPOS, "Aspectos internacionales de la situación concursal", en AA.VV., La reforma del Derecho de quiebra, 1982, Págs. 125 y 126.

cual puede acabar perjudicando a todos en su conjunto ya que acabará provocando decisiones recíprocas en otros Estados.

Ante esas circunstancias, la regulación de las quiebras internacionales se suele estudiar a partir de la contraposición de dos modelos normativos<sup>161</sup>: el modelo territorial y el modelo universal. Cada uno de estos modelos da una respuesta muy diferente a los problemas que plantea una quiebra internacional.

- El modelo territorial, en su fórmula más radical, es un reflejo perfecto del fraccionamiento jurídico: cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza la quiebra según su propio Derecho. Esto implica que: hay tantos procedimientos de quiebra como Estados donde el deudor tenga bienes; cada uno de ellos se organiza y resuelve según el Derecho vigente en ese Estado y en él sólo pueden concurrir los acreedores del Estado en cuestión. Tanto la masa activa como la masa pasiva se limita al territorio de cada Estado. Este concepto ha sufrido una “evolución”<sup>162</sup> persiguiendo modelos más intermedios. Ahora se puede condicionar la apertura de un procedimiento territorial a la existencia de un establecimiento del deudor en el territorio del Estado en cuestión, no basta cualquier bien, sino que se exige una presencia continuada del deudor en ese Estado para poder abrir un procedimiento de insolvencia contra él; se admite que a la masa pasiva se incorporen acreedores extranjeros, la masa activa sigue siendo territorial, pero la masa pasiva es universal; se establecen mecanismos de cooperación entre los distintos procedimientos territoriales para asegurar, en la medida de lo posible, una liquidación coordinada de la empresa.
- El modelo universal<sup>163</sup>, por el contrario, parte del principio de simetría entre la regulación jurídica y la actividad económica: cuando la actividad económica de la empresa se desarrolla en varios mercados y, por consiguiente, quedan afectados una pluralidad de sujetos, los

---

<sup>161</sup> ESPLUGUES MOTA, C: “Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis del Anteproyecto de ley concursal, de 12 de diciembre de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia”, No 68. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1997, páginas 1121-1163.

<sup>162</sup> Ver mayor explicación en :Op cit ESPLUGUES MOTA pag 1123.

<sup>163</sup> Ver mayor explicación en : Op cit ESPLUGUES MOTA Pág. 1124.

procedimientos colectivos deben ser únicos para toda esa actividad y para todos esos sujetos. Esto implica que hay un único procedimiento que alcanza todos los bienes del deudor, estén donde estén; se aplica un único Derecho procedimental y sustantivo (*lex fori concursus principalis*); a ese procedimiento concurren todos los acreedores, nacionales y extranjeros; tanto la masa activa como la masa pasiva se construye con alcance universal; las decisiones que se adopten en ese procedimiento se reconocen y ejecutan en todos los demás Estados. También como sucedía con el modelo territorial, a partir de aquí el modelo universal se puede ir matizando y desplazándose hacia modelo más intermedios<sup>164</sup>. Es así, como se admite, bajo ciertas condiciones, la apertura de un proceso territorial sin necesidad de abrir uno con alcance universal (=procesos territoriales independientes o autónomos); permitiendo la concurrencia, junto con el proceso principal, de ciertos procedimientos territoriales subordinados (=procesos territoriales secundarios); o estableciendo determinadas excepciones al juego de la *lex fori concursus*.

El hecho de que no se pueda diseñar un modelo normativo "perfecto", o aun cuando fuese posible no es seguro que los Estados unilateralmente lo adoptasen, explica que en los ordenamientos positivos europeos no existiese una respuesta uniforme a estas cuestiones. Unos Estados orientaban sus soluciones hacia un modelo universal y otros se mostraban más cercanos a un modelo territorial.<sup>165</sup> El objetivo fundamental del Reglamento de insolvencia, es poner fin a esta diversidad normativa.

## **5.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El escenario de este capítulo será la Unión Europea, por lo tanto es necesario puntualizar sobre conceptos básicos, que atañan al tema en estudio, tales como Derecho Comunitario: Derecho Originario, Derecho Derivado, siendo este

---

<sup>164</sup> Op cit ESPLUGUES MOTA Pág. 1125.

<sup>165</sup> RAMOS MIRANDA, G.: "Aproximación al procedimiento de quiebra en la iniciativa presentada por Alemania y Finlandia en relación con el Derecho español". Página de Internet: <http://publicaciones.derecho.org/concursal>.

último donde situaré el reglamento como acto jurídico vinculante no legislativo, a fin que el lector aprehenda la importancia jurídica en Europa del reglamento sujeto al estudio en este capítulo.

Así las cosas el Derecho Comunitario debe ser entendido como aquel conjunto de normas que agrupan las relaciones generadas por la integración de los Estados como respuesta al fenómeno de la globalización jurídica, antes mencionada como internacionalización de las relaciones jurídicas, como en la Unión Europea donde los Estados ceden parte de su soberanía<sup>166</sup> y se inclinan ante una súper estructura que empieza a generar sobre ellos relaciones de dominación.

Dentro de este gran conjunto de normas se encuentran dos conceptos que son básicos en la emisión de actos jurídicos en el seno de la Unión Europea como organización internacional, entendida como “un mecanismo institucionalizado de cooperación permanente y ente independiente dotado de voluntad propia destinado a alcanzar unos objetivos colectivos”<sup>167</sup> .

Estos actos se encuentran distinguidos en dos grupos a saber:

- Derecho Originario: que es el contenido en los estatutos constitutivos de la Unión donde se establecen los principios y fundamentos que enmarcan las atribuciones de la actividad de la organización, para el caso en estudio los tratados de la CECA, Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la CE, Comunidad Europea y EURATOM, Comunidad Europea de la Energía Atómica, el Acta única europea el tratado de Maastricht, el tratado de Ámsterdam , tratado de Roma y el tratado de Niza.
- Derecho Derivado: Es el creado dentro de la Unión por los órganos establecidos en la constitución de ésta, que desarrollan los principios plasmados en los tratados constitutivos, dichos instrumentos jurídicos son: La ley Europea, La ley marco Europea, la decisión Europea, Las

---

<sup>166</sup> Idea tomada de Gerardo José Ravassa; Derecho Mercantil Internacional, Pág. 168, segunda edición.

<sup>167</sup> Sobrino Heredia, José Manuel, Las Organizaciones internacionales, editorial Tecnos, Madrid-España 1999 pag 38.

recomendaciones, las Directivas, los Dictámenes, y el que nos atañe el Reglamento europeo.

Dentro del último ítem se distinguen dos clases de actos, unos vinculantes y obligatorios y unos actos no vinculantes que carecen de fuerza jurídica. Los actos vinculantes deben ser ejecutados por los estados miembros y pueden ser de alcance general o individual, y estos a su vez pueden ser actos legislativos como la Ley Europea y la Ley Marco Europea; y actos no legislativos como el Reglamento Europeo y la Decisión Europea.<sup>168</sup>

De lo anterior se concluye que el reglamento (CE) 1346 del consejo europeo, del 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, es un acto vinculante, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable, no legislativo que fue emitido para desarrollar el objetivo de crear una zona de libertad seguridad y justicia generando el buen funcionamiento del mercado interior bajo un procedimiento transfronterizo de insolvencia correspondiente al ámbito de cooperación judicial.

Teniendo en cuenta que he asumido una posición transnacional en este estudio, resulta oportuno acoger, el concepto que formula el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, máximo intérprete del derecho Comunitario; en su Sentencia de 22 de Febrero de 1979, asunto 137/78, al afirmar que el concurso pasa por ser “un procedimiento de ejecución de carácter colectivo, que recae sobre los bienes de un sujeto deudor, en beneficio de sus acreedores.

Se persigue con ello la protección de una manera equilibrada de diversos intereses que a priori entran en conflicto:

a) Los de los acreedores, que se constituyen en una suerte de comunidad de pérdidas y ganancias bajo un status de igualdad.

---

<sup>168</sup> Idea tomada de Gerardo José Ravassa; Derecho Mercantil Internacional, Pág. 199, 200, segunda edición.

b) Los del deudor, que se previene frente al ejercicio ordinario de acciones individuales de los anteriores.

c) Los del propio tráfico mercantil, salvaguardando la seguridad del mismo, en tanto se fundamenta en la solvencia de sus operadores, y la existencia de procedimientos adecuados para expulsar a los agentes que lo perjudican por su falta de aptitud para hacer frente a las obligaciones contraídas”.

Debe significarse no obstante la existencia de dos perspectivas antitéticas a la hora de abordar las situaciones críticas de los operadores económicos; de un lado, aquella que apuesta por satisfacer los créditos pendientes aun a riesgo de su extinción, asumiendo un análisis meramente procesal de clara inspiración liberal; de otro, una búsqueda del equilibrio entre la satisfacción de los intereses legítimos de los acreedores y la conservación de la propia empresa, como consecuencia de una perspectiva inspirada en el intervencionismo estatal, que trata de salvaguardar intereses económicos generales y sociales como el de los trabajadores y otras empresas dependientes.

Se concluye así, en la aseveración de la existencia de un debate entre las relaciones conflictuales entre acreedores y deudor irreconciliables, o de cooperación entre ambos en la búsqueda de un resultado equilibrado.

La última de las posiciones se ha articulado a través de instituciones alternativas, tales como la suspensión de pago, o los convenios preventivos, que tratan de evitar la última solución, que no sería otra que la tradicional quiebra.

Conviene finalmente cuestionarse las razones que aconsejan la construcción de un Derecho que discipline la insolvencia transfronteriza que nos ocupa, pudiendo señalarse en este sentido, que buena parte de tales motivos debe imputarse a los fenómenos más recientes de globalización e internacionalización de la economía, a escala tanto mundial como regional.

La propia estructuración de los mercados y de las empresas, en el marco de fenómenos de integración transnacional como la Unión Europea, ha llevado progresivamente a un status de interdependencia entre los Estados y sus economías.

Tal diversificación de los centros de operaciones y del alcance de las mismas arrastra consigo las eventualidades propias de la vida de la empresa, incluidas las posibles situaciones críticas, que alcanzan así una repercusión más allá de las fronteras de un solo Estado.

Caso paradigmático y que nos es más próximo pasa por ser la construcción de un Mercado Común en Europa, fundamentado en la existencia de las libertades comunitarias, de circulación de medios de producción (trabajadores, capitales, mercancías, y los propios servicios), y que generan, caso de producirse cualquier eventualidad concursal, la propagación de sus efectos a todos los Estados implicados.<sup>169</sup>

Un Derecho uniforme de los procedimientos al efecto, y el reconocimiento de las resoluciones recaídas en los mismos, constituyen un eslabón imprescindible para garantizar las anteriores prerrogativas y el funcionamiento mismo del Mercado.

### **5.3. ANTECEDENTES**

Siguiendo un estudio cronológico de los trabajos en el seno de la Comunidad Europea, en materia de insolvencia, debemos retrotraernos a 1960 para localizar el origen de los mismos.

En Julio de ese año se constituyó un Comité de Expertos a fin de emprender la labor prevista en el antiguo art. 220 del Tratado de la Comunidad en tanto invitaba a la simplificación de las formalidades a las que están subordinadas el reconocimiento y la ejecución recíproca de decisiones judiciales y sentencias arbitrales.

---

<sup>169</sup> CANDELARIO MACÍAS, I: "Aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06): ¿Más de lo mismo?, nº6. Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali. Noviembre-Diciembre 1999.

A la vista del enorme trabajo pendiente, se optó por separar la materia concursal de los desarrollos en vigor, lo que debiera dar lugar a dos Convenios diversos, el primero de los cuales se concluiría el 27 de Julio de 1968, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Sentencias (se conoce en el ámbito del Derecho Internacional Privado como Convenio de Bruselas, y no debe confundirse con el que luego estudiaremos en materia concursal) Por otra parte, el que quedaría como Proyecto de Convenio relativo a la Quiebra, a los Convenios, y a los Procedimientos afines, quedó configurado como texto con vistas a su inmediata aprobación, el 4 de Julio de 1968.

El referido proyecto, que fuera también publicado el 16 de Febrero de 1970, fue reenviado a las autoridades nacionales para su estudio, a la luz de la incorporación de tres Estados con la primera ampliación (Reino Unido, Dinamarca e Irlanda) el 1 de Enero de 1973. Los nuevos miembros, especialmente el primero, fueron responsables de no pocas alteraciones del texto original de 1970,<sup>170</sup> que se había tomado como base, amparados por otra parte en las críticas que se habían vertido sobre el texto anterior en los casi dos años transcurridos desde su aparición en 1968.

No obstante su revisión, en Abril de 1980, se envió al Consejo el proyecto para su posible aprobación, mas la oposición de varios Estados frustró su ratificación.

Los trabajos<sup>171</sup> para alcanzar un Convenio susceptible de ser ratificado por todos los Estados no se retomaron hasta 1989, mediante la constitución, a instancias del Consejo, de un Grupo de Trabajo bajo la dirección del profesor Manfred Balz. Varias circunstancias cualifican su ulterior desarrollo:

---

<sup>170</sup> GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL: "El Derecho concursal comunitario". Documentación Administrativa, n 202, Págs. 146-179.

<sup>171</sup> Ver la historia completa, composición de los grupos de trabajo en : CANDELARIO MACÍAS, I: "Aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06): ¿Más de lo mismo?, No 6. Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali. Noviembre-Diciembre 1999.

1- Los trabajos del Consejo de Europa en torno a la Convención de Estambul, que se abriría a la firma el 5 de Junio de 1990, y que influyeron notablemente en los sucesivos desarrollos comunitarios.

2- La inminente modificación de los Tratados en Maastricht y la creación con ello de la Unión Europea, englobando las tres Comunidades, así como los pilares todavía intergubernamentales.

3- La tercera ampliación (a España y Portugal) tras la incorporación de Grecia en 1981, y la entrada de Austria, Suecia, Finlandia y Noruega. Es notorio que el tránsito en relativamente poco tiempo, de una Europa de seis a quince miembros, (Hoy en día veinticinco miembros)<sup>172</sup> supuso la introducción de nuevos problemas que dificultaron el consenso; habida cuenta de que ahora entraban en conflicto una quincena de legislaciones concursales objeto de armonización.

El texto resultante de los trabajos reemprendidos en 1989, se convirtió en versión definitiva el 23 de Noviembre de 1995, como Convenio relativo a los Procedimientos de Insolvencia (llamado también Convenio de Bruselas), a instancias del Consejo de Ministros de 25 de Septiembre de ese mismo año.

El Convenio, fue abierto a la firma con un plazo de seis meses para su ratificación por todos los Estados miembros, expirando así el 23 de Mayo de 1996. Desde que se convirtió en versión definitiva, doce Estados lo había firmado (todos menos Irlanda, Holanda y Reino Unido)<sup>173</sup>, mas los dos primeros los hicieron de inmediato y en plazo.

---

<sup>172</sup> La UE ha crecido en tamaño mediante sucesivas oleadas de adhesiones. Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se unieron en 1973, seguidos por Grecia en 1981, España y Portugal en 1986 y Austria, Finlandia y Suecia en 1995. La Unión Europea acoge a diez nuevos países en 2004: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa. Bulgaria y Rumania esperan seguir algunos años más tarde y Turquía es también candidata. Para garantizar que la UE pueda continuar funcionando eficazmente con 25 miembros o más, su sistema de toma de decisiones debe hacerse más fluido. Por ello el Tratado de Niza, que entró en vigor el 1 de febrero del 2003, fija nuevas normas sobre el tamaño de las instituciones de la UE y su forma de trabajo. Extracto tomado de la página Web de la Unión Europea: [http://europa.eu.int/abc/history/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/abc/history/index_es.htm).

<sup>173</sup> VIGUERA RUBIO, J.M.: "Una iniciativa comunitaria para la adopción de un Reglamento sobre procedimientos concursales". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1991, páginas 189-199.

A falta de la firma del Reino Unido, se produjo una gran incertidumbre acerca de la suerte del Convenio y de la postura que finalmente seguirían, lo que quedó despejado por la llegada de la fecha límite para la ratificación sin la comparecencia de los británicos, impidiendo así su entrada en vigor, y abriendo un nuevo periodo de silencio como el que mediara entre los años 1980 y 1989.

La omisión de una previsión paralela a la del citado Convenio en el texto de 1995, explica la ausencia de firma británica, y es que la Unión no accedió a crear en su seno lo que la doctrina ha calificado de “paraísos concursales” donde se domicilien sociedades ajenas a la disciplina impuesta por el Convenio.<sup>174</sup>

A iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia, sobre la base del Tratado Constitutivo de la CE y, en particular, de su artículo 61, así como del apartado 1 del artículo 67 y tras dictamen del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, se aprobó el 29 de mayo de 2000 el reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002<sup>175</sup>. Este reglamento se enmarca en el ámbito de la regulación internacional de la insolvencia de carácter transfronterizo (quiebra internacional), que desde la década de los '90 constituye preocupación prioritaria del legislador. En efecto, las crisis económicas generalizadas y periódicas desde los años '70, así como la progresiva globalización de la economía internacional, han impulsado, entre otros factores, la búsqueda de un régimen uniforme regulador de la quiebra internacional.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> VIGUERA RUBIO, J.M. Op Cit, páginas 210-225.

<sup>175</sup> El reglamento vincula a todos los Estados miembros, a excepción de Dinamarca, la cual, en base a los arts. 1º y 2º del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, manifestó su decisión de no participar en la adopción de este reglamento. En sentido contrario, el Reino Unido e Irlanda notificaron su deseo de tomar parte en la adopción y aplicación del reglamento, sobre la base del art. 3º del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda en la Comunidad, anexo al Tratado de la UE, ver anexo 4.

<sup>176</sup> Ver Esplugues Mota: "La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?" - págs. 47 y 48

Es en este ámbito en el que debe situarse el reciente reglamento (CE) 1346 del Consejo, del 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, cuyo análisis abordaré a continuación.

#### **5.4. OBJETO Y AMBITO DE APLICACION DEL REGLAMENTO**

El reglamento tiene por objeto los procedimientos transfronterizos de insolvencia, dadas las crecientes repercusiones transfronterizas de las actividades empresariales, así como la incidencia que la insolvencia de dichas empresas tiene en el mercado interior. Ello determina la necesidad de coordinar las medidas que deberán adoptarse respecto de un deudor insolvente que tiene bienes o acreedores en diferentes países. En este sentido, y dentro del marco del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes de un Estado miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable (Forum shopping).

Por todo ello, forman parte del contenido del reglamento disposiciones que regulan la competencia para la declaración de procedimientos de insolvencia, así como disposiciones relativas al reconocimiento de esas decisiones, la participación de los acreedores y la situación de los trabajadores, así como normas de competencia y derecho aplicable.

El Reglamento de insolvencia tiene un ámbito de aplicación espacial limitado.<sup>177</sup> Sus normas no tienen alcance global, no se aplican a cualquier procedimiento con independencia del Estado donde tengan su domicilio el deudor o los acreedores, sino que su ámbito se limita a los procedimientos de insolvencia intracomunitarios. Para los procedimientos de insolvencia extracomunitarios sigue vigente el Derecho internacional privado de cada Estado.

En cuanto al deudor, las normas del Reglamento sólo se aplican cuando éste tiene su centro de intereses principales en el territorio de un Estado miembro.

---

<sup>177</sup> RAMOS MIRANDA, G.: "Aproximación al procedimiento de quiebra en la iniciativa presentada por Alemania y Finlandia en relación con el Derecho español". Página de Internet: <http://publicaciones.derecho.org/concursal>.

El Considerando 14 del Reglamento es muy elocuente: "El presente Reglamento se aplica solamente a los procedimientos en que el centro de intereses principal del deudor esté situado en la Comunidad". La nacionalidad del deudor es irrelevante.<sup>178</sup>

Frente a las personas físicas o jurídicas que tienen su centro de intereses principales fuera de la Comunidad se aplica el Derecho internacional privado de cada Estado. En este caso, el hecho de que tengan un establecimiento en territorio comunitario no es suficiente para aplicar el Reglamento.<sup>179</sup>

En cuanto a los acreedores, el Reglamento también establece ciertas limitaciones. Aun cuando el centro de intereses principales del deudor se localice en la Comunidad, el Reglamento no se aplica a cualquier acreedor, sino sólo a los acreedores comunitarios. Para los acreedores extracomunitarios sigue vigente el Derecho internacional privado de cada Estado. Esta delimitación, no está hecha de forma explícita en ningún precepto ni en los considerandos del Reglamento, aunque se deduce implícitamente de distintas normas (vid., p.ej., cdo. 21, Art. 39, Art. 44 III, etc.)<sup>180</sup>.

El ámbito de aplicación material está definido en los (Arts. 1, 2.a y 2.c.)<sup>181</sup> Para concretar el juego de estos preceptos es conveniente distinguir dos aspectos: quiénes pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia de los que regula el Reglamento y qué procedimientos en particular son éstos.

El Reglamento sigue una definición bastante amplia. Sus normas son aplicables a los procedimientos de insolvencia tanto de las personas físicas como de las jurídicas, y tanto si se trata de un comerciante como de un particular (Consideración 9). Ahora bien, corresponde al Derecho nacional designado por el Reglamento (la *lex concursus*) determinar en cada caso concreto quiénes pueden quedar sometidos a un procedimiento de insolvencia

---

<sup>178</sup> ver anexo 4.

<sup>179</sup> RAMOS MIRANDA, G.: "Aproximación al procedimiento de quiebra en la iniciativa presentada por Alemania y Finlandia en relación con el Derecho español". Página de Internet: <http://publicaciones.derecho.org/concursal>.

<sup>180</sup> ver anexo 4.

<sup>181</sup> ver anexo 4.

y a qué tipo de procedimiento o, por ejemplo, si cabe la insolvencia de un patrimonio. El Derecho nacional determinará igualmente la extensión de la insolvencia en los casos de grupos de sociedades.

Se excluye expresamente de este ámbito de aplicación subjetivo a las empresas de seguros, entidades de crédito, organismos de inversión que posean fondos o valores negociables de terceros y organismos de inversión colectiva. La razón de esta exclusión es que estas entidades se hallan normalmente sujetas a regímenes especiales y que, en parte, las autoridades nacionales de control disponen de amplias competencias de intervención (consideración 9). Para la insolvencia de estas entidades se han aprobado recientemente sendas Directivas<sup>182</sup>: la Directiva relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros (D.O.C.E., 20 de abril de 2001) y la Directiva relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (D.O.C.E. de 5 de mayo de 2001).

En cuanto al procedimiento, el Reglamento se aplica a los que cumplan cuatro condiciones y que además estén incluidos expresamente en los Anexos del texto comunitario.

Las cuatro condiciones genéricas que exige el Art. 1.1 son las siguientes.

a- Que sean colectivos, no es aplicable a los procedimientos de ejecución individual sino sólo a aquellos en los que los acreedores intentan la satisfacción de sus créditos conjuntamente.

b- Que estén fundados en la insolvencia del deudor; el Reglamento no concreta esta situación. La idea que subyace es la situación de "crisis financiera" del deudor, pero la determinación exacta de las condiciones en la que esa crisis se manifiesta vienen establecidas por el Derecho nacional.

c-Que impliquen un desapoderamiento total o parcial del deudor, i.e., la transferencia a otra persona de los poderes de administración y disposición

---

<sup>182</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso L. "Problemas y tendencias del derecho concursal internacional", Derecho de los Negocios, Pág. 215-216, 2003.

sobre todo o sobre una parte de su patrimonio o la limitación de dichos poderes mediante la intervención y el control de sus actos. La naturaleza jurídica que ese desapoderamiento pueda revestir según el Derecho nacional aplicable (=la *lex concursus*) es irrelevante.

d- Que lleven aparejado el nombramiento de un síndico o figura equivalente (Art. 1.1). Esta última exigencia es un corolario de la anterior: el desapoderamiento debe entrañar el nombramiento de un síndico. El Reglamento menciona al "síndico": cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor (Art. 2.2 b). Es decir cualquier persona u órgano al que se atribuya la función de administrar o liquidar los bienes de la masa o de supervisar los actos de gestión del propio deudor. Cuando esta función la desempeñe el propio tribunal, ha de hacerse constar en el Anexo C.

Pero para que el Reglamento sea aplicable no basta con que un procedimiento nacional satisfaga genéricamente esas cuatro condiciones. El Art. 2 a y b exige que el procedimiento en cuestión haya sido expresamente incluido en los Anexos A y B del texto comunitario. El sistema de listas<sup>183</sup> tiene como objetivo proporcionar seguridad sobre los procedimientos a los cuales se aplica el Reglamento. Por eso, sólo los procedimientos expresamente designados en las listas se consideran "procedimientos" a efectos del Reglamento y les será aplicable éste. Los Estados nacionales pueden modificar la lista de sus procedimientos mediante el mecanismo de revisión previsto en el Art. 45.

En el caso de los síndicos, el Reglamento exige que los Estados señalen quiénes, según su Derecho, pueden ser considerados como síndicos (Anexo C).

Ahora, el Reglamento se aplica tanto a los procedimientos de liquidación como a los procedimientos de saneamiento (Art. 24).

---

<sup>183</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso L. "Problemas y tendencias del derecho concursal internacional", Derecho de los Negocios, Pág. 218, 2003.

La entrada en vigor del Reglamento es el 31 de mayo de 2002 (Art. 47), y desde su entrada en vigencia ha sido adicionado seis veces, en razón de los estados que se han adherido, estas modificaciones solo versan sobre los países miembros, pero en cuanto a las normas, no ha sufrido modificación alguna. Se basa en el principio de irretroactividad. El Reglamento se aplica únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran después de esa entrada en vigor. La fecha de apertura del procedimiento viene determinada por el propio Reglamento (Art. 2.2, f): momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva. Esta regla tiene alcance absoluto. Lo que significa que una vez que se ha abierto un procedimiento de insolvencia contra un determinado deudor antes de la entrada en vigor del Reglamento en un Estado miembro, los procedimientos que se abran después contra ese mismo deudor y por la misma situación no estarán sujetos a las disposiciones del Reglamento, con independencia de que dicho procedimiento posterior fuese principal o secundario según las reglas del Reglamento.

Además, con el objeto de no modificar las situaciones y relaciones ya existentes, se establece expresamente que los actos jurídicos que el deudor haya llevado a cabo antes de la entrada en vigor continuarán sujetos a la ley que les fuese aplicable en el momento de su celebración (Art. 43).

## **5.5. PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y SECUNDARIO DE INSOLVENCIA**

El reglamento (CE) 1346/00, teniendo en cuenta las diferentes normativas dentro de la Comunidad Europea con relación a la protección de los distintos intereses en juego en los procedimientos concursales, reconoce un procedimiento principal de insolvencia y la posibilidad de procedimientos territoriales secundarios que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en que se incoe el procedimiento.

El procedimiento principal de insolvencia de iniciará en el Estado miembro en que "se sitúe el centro de los intereses principales del deudor", presumiéndose respecto de sociedades y personas jurídicas que "el centro de los intereses

principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social" (art. 3.1).

El procedimiento principal de insolvencia es un procedimiento con alcance universal, cuyo objetivo es abarcar todos los bienes del deudor. No obstante, pueden desarrollarse paralelamente al procedimiento principal procedimientos territoriales secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga un "establecimiento", limitándose los efectos de estos procedimientos a los bienes situados en ese Estado (art. 3.2). Por "establecimiento" hay que entender, con base al artículo 2º, inciso h), "todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes". Mientras el procedimiento principal puede tener carácter liquidativo o conservativo, el secundario deberá ser un procedimiento de liquidación (art. 3.3).

El procedimiento territorial o secundario puede incoarse con anterioridad o posterioridad a la apertura de un procedimiento principal, variando en uno u otro supuesto la legitimación para solicitar su apertura.

Con anterioridad a la apertura del procedimiento principal, puede ser solicitado por los acreedores locales o del establecimiento local (art. 4º, inc. A) o declararse de oficio cuando el procedimiento principal no pueda incoarse "a tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor" (art. 3.4, inc. A).

Tras la apertura del procedimiento principal, la declaración de un procedimiento secundario puede ser solicitada por el propio síndico del procedimiento principal (art. 29, inc. A). El considerando 19) del preámbulo del reglamento concreta que el síndico solicitará la apertura de un procedimiento secundario "cuando los bienes del deudor sean demasiado complejos para ser administrados unitariamente, o cuando las diferencias entre los sistemas jurídicos sean tan grandes que puedan surgir dificultades por el hecho de que

los efectos emanados de la legislación del Estado de apertura se extiendan a los demás Estados donde estén los activos situados".

Asímismo, iniciado un procedimiento principal de insolvencia, puede solicitar el síndico la apertura de un procedimiento secundario (art. 29, inc. B). En todo caso, y con independencia del momento en que se plantee la declaración del procedimiento secundario, debe existir coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, para lo que es condición esencial la estrecha colaboración entre los distintos síndicos, con intercambio suficiente de información y posibilidades de intervención en procedimientos secundarios simultáneos (art. 31).

## **5.6. PARTICIPACION DE LOS ACREEDORES**

Todo acreedor, con independencia de dónde tenga su domicilio, sede o residencia habitual dentro de la comunidad, tiene derecho a hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos principales o secundarios pendientes en la comunidad (art. 32.1).

Esta posibilidad debe extenderse a las autoridades fiscales y organismos de la seguridad social, sobre la base del considerando 21 del preámbulo del reglamento.

No obstante, cada acreedor puede conservar lo adquirido en un procedimiento de insolvencia, pero sólo estará autorizado a participar en el reparto de la masa en otro procedimiento, cuando acreedores de igual rango hayan obtenido el mismo porcentaje de sus pretensiones (considerando 21 del preámbulo del reglamento). Se trata de la conocida como Hotchpot rule,<sup>184</sup> con base a la cual se busca la coordinación y no la mera cooperación entre los distintos procedimientos concursales, con respeto en todo caso al principio básico de la "pars conditio creditorum". En efecto, con esta regla lo que se pretende evitar es que un acreedor obtenga un trato más favorable que otro de igual rango al

---

<sup>184</sup> Ver, en torno a la Hotchpot rule, Esplugues Mota: "La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?" pág. 79.

obtener pagos por un mismo crédito en procedimientos de insolvencia seguidos en distintos países.<sup>185</sup>

La Hotchpot rule ha constituido preocupación constante para el legislador en relación con la insolvencia transnacional y, en este sentido, ha sido recogida en los convenios de Estambul (art. 5º) y en el posterior de 1995 (art. 20.2), así como en la ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza (art. 32).

## **5.7. LEY APLICABLE Y NORMAS DE COMPETENCIA.**

### **5.7.1 LA LEX FORI CONCURSUS: ART. 4**

El punto de partida del Reglamento es la aplicación de la ley del Estado competente para conocer de la insolvencia (*lex fori concursus*). Esta norma de conflicto opera tanto en los procedimientos principales, como en los territoriales (considerando 23 y Art. 28).

La sujeción a una ley única tiene ventajas como facilitar la administración del proceso ya que hace coincidir problema y el derecho, y por consiguiente evita los costes asociados a la aplicación de un Derecho extranjero (problemas de ajuste normativo, información, etc.), y asegura una *par conditio* conflictual de todos los acreedores, todos los acreedores del deudor quedan sujetos al mismo Derecho estatal<sup>186</sup>.

Esta ley determina las condiciones de *apertura*, *desarrollo* y *terminación* del procedimiento, tanto en su dimensión procedimental como en su dimensión sustantiva.

Para facilitar la interpretación de esta regla, el Art. 4.2 del Reglamento contiene un listado de *cuestiones particulares* que quedan sometidas a la *lex concursus*. Así, esta ley determina:

---

<sup>185</sup> Op cit Esplugues Mota, Pág. 80.

<sup>186</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso L. "Problemas y tendencias del derecho concursal internacional", Derecho de los Negocios, Pág. 233, 2003.

- a. Los deudores que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia, esto es, la cuestión de si un determinado deudor puede ser sometido a un procedimiento de insolvencia debido a su condición personal (comerciante/no comerciante, empresa pública o consumidor, por ejemplo).
  
- b. Los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor después de la apertura de un procedimiento de insolvencia; (c) las facultades respectivas del deudor y del síndico (obviamente la *lex concursus* determina quiénes puede ocupar esta función y qué cualidades han de tener).
  
- d. Las condiciones de oponibilidad de una compensación;
  
- e. Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte.
  
- f. Los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales –su suspensión o interdicción- con excepción de los procesos en curso;
  
- g. los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia;
  
- h. Las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos;
  
- i. Las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la graduación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación;
  
- j. Las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio o medida equivalente;
  
- k. los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia, incluyendo la eventual liberación de la deuda residual;

l. las costas y gastos del procedimiento;

m. Las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores.

En este último punto, la *lex concursus* determina si deben ejercitarse las acciones correspondientes para lograr su invalidación o si la decisión de apertura entraña automáticamente dicha invalidación. En el caso de los procedimientos secundarios, estas reglas sobre invalidación sólo son aplicables en la medida en que hayan resultado menoscabados los bienes del deudor en dicho Estado.

### **5.7.2. CONEXIONES**

El Reglamento establece una serie de conexiones especiales<sup>187</sup>, esto es, una serie de derechos o relaciones a los cuales no se les va a aplicar necesariamente la *lex fori concursus*, sino la ley de otro Estado miembro. Antes de analizar cada una de ellas conviene señalar ciertas características generales sobre su naturaleza, fundamento y alcance.

Funcionan como excepciones o vetos<sup>188</sup> a la aplicación de la *lex fori concursus*. No son normas de transposición, cuyo objeto fuese el reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos extraconcurzalmente con el fin de integrarlos en la *lex fori concursus*, sino que son auténticas excepciones a ésta. Lo que significa que los límites concursales, esto es, los límites al ejercicio de un derecho subjetivo o de alguna de sus facultades cuyo fundamento sea concursal, no vienen determinados por la *lex fori concursus*, sino en su caso por la ley que rige ese derecho subjetivo.

Este tipo de conexiones especiales obedece a un doble fundamento<sup>189</sup>: por un lado, la protección de los derechos adquiridos extraconcurzalmente en un

---

<sup>187</sup> RAMOS MIRANDA, G.: "Aproximación al procedimiento de quiebra en la iniciativa presentada por Alemania y Finlandia en relación con el Derecho español". Página de Internet: <http://publicaciones.derecho.org/concurasal>.

<sup>188</sup> Op cit, RAMOS MIRANDA, G.

<sup>189</sup> Op cit, RAMOS MIRANDA, G.

Estado distinto al de apertura del concurso, y por otro, la necesidad de reducir la complejidad de los procedimientos concursales (considerando 11).

La suma de esos dos argumentos permite entender el distinto alcance que tienen las conexiones especiales previstas por el Reglamento. En unos casos, la conexión especial impone un veto a la eficacia del concurso (Arts. 5 y 7); el Reglamento excluye de los efectos del procedimiento de insolvencia ciertos derechos, esto es, trata a su titular como si para él no hubiese concurso alguno. En otros casos combina el juego de la *lex fori concursus* con las normas concursales de la ley aplicable al derecho adquirido en el extranjero (Arts. 6). Y en otros, aplica directamente la ley concursal de este último, es decir, los efectos concursales que deben atribuirse al derecho adquirido en el extranjero son los mismos que la ley del Estado en cuestión le atribuiría si se abriese a un procedimiento local de insolvencia (Art. 8 y ss.). En todos los supuestos la remisión es al Derecho material, esto es, se excluye el posible reenvío que las normas de Derecho Internacional Privado del Estado designado pudiesen hacer a otro ordenamiento

### **5.7.3. RECONOCIMIENTO DE DECISIONES Y MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES**

El reglamento contiene un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a apertura, desarrollo y terminación de los procedimientos de insolvencia, así como de cualquier otra decisión relativa a esos procedimientos (art. 16.1). Este reconocimiento automático tiene como consecuencia inmediata que los efectos que el derecho del Estado de apertura del procedimiento produce, se extenderán a los demás Estados (art. 17.1).

Respecto de las medidas provisionales y cautelares, es competente para su adopción el mismo tribunal que declaró el procedimiento principal, el que asimismo, se encuentra facultado para disponer de los bienes situados en otro Estado miembro. En este ámbito, el síndico provisional de insolvencia -en supuestos en que se haya declarado un procedimiento secundario con anterioridad al principal- debe estar facultado para solicitar en los Estados miembros donde se encuentre un establecimiento del deudor, las medidas de conservación o protección previstas por la ley de ese Estado (art. 38).

## **5.8. CONCLUSION**

De arriba de este ligero Tours por el derecho comparado, se puede concluir que estas modernas leyes concursales responden a una necesidad que va camino a una pronta satisfacción. Los operadores de estas leyes están en la obligación de visualizar una oportuna declaración de insolvencia de la empresa en crisis, pues sólo así se podrá elaborar un eficaz programa o plan de reestructuración. Los acreedores, por su parte, deben entender que el plan de reestructuración o reorganización, que se elabora para su aprobación, no es «un plan de caridad», sino un instrumento jurídico capaz de auxiliar efectivamente a las empresas en dificultades financieras, pero económicamente viables. Ojalá que así se entienda pronto, para beneficio de los trabajadores, acreedores, deudores y terceros.

## **CAPITULO VI**

### **6. PROPUESTA**

He reseñado ampliamente el derecho comparado que disciplina el fenómeno de la insolvencia y los nuevos lineamientos que se advierten, no por vana erudición que tiene poco valor, sino para que nos sirva de guía en la nueva ley de insolvencia que el país reclama, por la cual luchamos desde hace tiempo.

Para el desarrollo del mercado único resulta un área, un sector esencial encarar la armonización legislativa de los procedimientos concursales. En efecto, si bien la regulación del derecho de las sociedades, del derecho de establecimiento, del derecho de competencia, son los que se ocupan de reglar la entrada al mercado, es al derecho de la insolvencia internacional, al derecho internacional privado de la integración en materia de derecho comercial internacional, encarar los mecanismos de salida y supervivencia de quienes operan dentro del mercado común.

Resulta reconfortante, aleccionador, una esperanza para los países de la Comunidad Andina el mirar hacia los resultados obtenidos por la UNION EUROPEA. Nos sentimos realmente incentivados, inspirados cuando observamos que lo han logrado superando las diferencias notables en sus derechos nacionales en materia de procedimientos de insolvencia.

Los Estados que conforman el área de la Comunidad Andina ganarían en certidumbre jurídica si logran aunar, consensuar, armonizar las legislaciones en materia de insolvencia internacional.

El texto normativo contribuirá al logro de interpretaciones coincidentes, tendientes a evitar decisiones jurisdiccionales diversas provenientes de los países miembros.

Resulta de especial importancia que este instrumento prevea el funcionamiento para su interpretación y aplicación de una instancia decisoria específica.

No deberían desaprovecharse las realizaciones existentes en el nivel heterónimo dentro del área, sin desmedro de atender a los logros alcanzados en otras áreas integradas como la Unión Europea.

Nuestro país ha sufrido un cambio profundo, en especial después de renovar los institutos industriales y comerciales, v. gr., protección a los consumidores, la influencia insospechada de los avances tecnológicos, que se suceden a un ritmo vertiginoso, alcanzando contornos imprevisibles y desarrollos espectaculares; tanto que alguien afirmo que la frontera entre la utopía y lo posible es extraordinariamente difusa.

Así como en materia de títulos de crédito se ha llegado a la desmaterialización de estos importantes instrumentos de crédito, revolucionando la concepción clásica de Vivante, al pasar del “título - valor” al “valor sin título”, idéntica solución hay que adoptar en la lucha contra la insolvencia, pues, - como se repite – esta no puede destruir a la empresa, sino que la empresa debe eliminar su estado de crisis patrimonial.

Es imprescindible una reforma en profundidad, que alcance la plenitud del éxito si es capaz de prever las exigencias de la realidad económico -social dinámica e incorporar nuevas terapias legislativas, en especial, preventivas y oportunas, que habrán de ofrecer mañana las respuestas adecuadas que se demande.

Atento a lo expuesto, hay que resistirnos frontalmente a seguir con las revisiones parciales y fragmentarias de la legislación nacional concursal, por imponernos figuras tales como: el concordato y la liquidación, para luego reemplazarla por la rehabilitación inmediata del deudor de buena fe; se impone condiciones mas rigurosas para la apertura del acuerdo preventivo para luego dulcificarlas.

Estas instituciones han sufrido variantes durante mucho tiempo, que no son viejos por el transcurso del tiempo, sino declinados ante el panorama económico social actual; por ende, deben ser extirpados y hay que buscar otros nuevos, más eficaces.

Hoy no hay espacio para una ley concordataria, aunque se admite que es muy difícil desprenderse del peso de la tradición.

La revisión parcial de cualquier legislación es siempre difícil e intrincada para evitar lagunas y contradicciones, lo cual requiere una exquisita cautela, gran dominio del tema en los aspectos teóricos y prácticos, y un profundo análisis de los problemas, ante la influencia de la economía en el campo jurídico. Esta corriente incesante que proviene de la economía provoca el envejecimiento de las leyes mercantiles, por ser estas las más sensibles a las mutaciones de las estructuras económico-sociales.

El problema se agrava en el derecho concursal, donde intervienen varias ramas jurídicas sustanciales y formales: civil, comercial, laboral, penal, internacional privado, procesal, etc., labor interdisciplinaria compleja, no siempre fácil de lograr en la cual se han producido transformaciones profundas. V. gr., la entrada en escena, en forma avasallante, del nuevo concepto de “empresa”, como organismo funcional y dinámico, cuyo perfil ha sido definido nítidamente por algunos doctrinantes como Garrigues que lo define como: la actividad económica organizada por el factor personal del aporte intelectual de un empresario que opere dentro del mercado, sin importar si es del sector privado o público. El tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por su parte lo define como: toda organización unitaria de elementos personales, materiales o inmateriales, vinculada a un sujeto jurídicamente autónomo y que persigue de una manera duradera, estable e independiente un fin económico determinado, entendiendo este concepto como la compensación económica que buscan las empresas por el servicio que prestan, pero además estarían también las que no tiene ánimo de lucro, cooperativas, además de personas naturales que explotan sus propias patentes o ceden derechos de autor.

Hay que ajustar la normativa a la realidad y a los objetivos sociales, algunos cambios que considero necesarios hacerle a la ley 550 de 1999, son los siguientes:

1. Unificar en un solo cuerpo normativo concordato, liquidación y reestructuración empresarial, a fin de acabar de un solo tajo la incertidumbre jurídica en la que se encuentran actualmente estas figuras, producto de las dispersas regulaciones y decretos reglamentarios vigentes, es decir la creación de un procedimiento de insolvencia, donde se encuentren sometidas las empresas que mantengan negocios de carácter permanente en el territorio nacional, realizadas por cualquier clase de persona, llámese jurídica o natural, que intervenga en las operaciones comerciales, esto a fin de introducir a nuestro sistema el concepto de operador económico, a diferencia de lo que ocurre con la ley 550 que no aplica a las personas naturales, con la unificación de los regímenes, el procedimiento de insolvencia tendrá aplicación a todas las personas naturales, claro bajo unos supuestos técnicos adecuados a las normas que rigen sus negocios y patrimonio, siendo estas últimas, beneficiarias de los tramites y bondades de la ley 550.

2. Como consecuencia del punto anterior, se hace necesario que el procedimiento de insolvencia propuesto, conste de tres etapas: una preliminar, negociación del acuerdo de reestructuración y quiebra.

La etapa preliminar se inicia con el auto de admisión y termina en la audiencia de determinación de votos y acreencias, resolución de objeciones y decisión, ésta etapa debe ser común a todos los deudores admitidos al procedimiento, con excepción de aquellos que incurran en las causales para decretar su quiebra inmediata, la negociación se adelantará con los cambios desarrollados más adelante, y por ultimo la quiebra, situación en la cual entrará el empresario, si y solo si, la situación de la empresa es calificada como económicamente inviable.

En cuanto a las funciones propias del promotor, se debe conservar la orientación de la ley 550, en el sentido de introducir un facilitador o mediador informado, pero considero oportuno que tenga el régimen de responsabilidad

de auxiliar de la justicia, en una negociación lo menos litigiosa posible pero si informada que permita tomar decisiones de riesgo empresarial.

Uno de los grandes obstáculos que definen los tratadistas al criticar la ley 550, son los puntos que tienen que ver con la celeridad y agilidad del procedimiento, para lo cual propongo, que la resolución de las objeciones de los derechos de voto y acreencias, en la cual debe eliminarse el proceso verbal sumario, siendo reemplazado este actuar, por un proceso común a todos los acreedores, en audiencia, de una sola instancia, evitando las etapas propias del aquel trámite, como admisión, traslado, audiencias, pruebas, aprovechados en muchos casos para perturbar el necesariamente ágil desarrollo de la negociación, es posible que en esta audiencia, cuando no existan objeciones o las mismas sean resueltas, los acreedores definan la suerte de la empresa votando un acuerdo de reestructuración.

En cuanto a los acuerdos de reestructuración empresarial, se hace necesario reducir el término de negociación del acuerdo a dos meses, logrando de esta manera, la toma de decisiones oportunas y ágiles, que permitan la protección del crédito y la conservación del valor de los bienes. Por último en este punto el procedimiento debe asemejarse a las exclusas, una vez cerrada una etapa, debe evitarse a toda costa que se devuelva en el proceso, esto a fin que se convierta en un círculo vicioso que perjudique a los acreedores.

3. Es necesario advertir, que nuestra legislación concursal reclama un carácter mas preventivo, de tal suerte que el empresario prevea una situación de insolvencia futura, y que esta circunstancia per se, lo haga acreedor de beneficios, tales como trato especial en cuanto a tasas de interés se refiere, periodos de gracia, todo ello conducente al único fin “conservar y reorganizar la empresa”, esta afirmación la hago responsablemente desde el innegable aporte que ha hecho la doctrina, en el establecimiento de un presupuesto objetivo como requisito para acceder al concurso, se tratan de las tesis materialistas, amplia e intermedia, en las cuales se consagra la discusión de aquel presupuesto, por que una cosa es cesación de pagos, bien distinta de incapacidad de pago inminente del deudor, y una última, abiertamente opuesta la imposibilidad de pagar. Así las cosas es necesario que el procedimiento de

insolvencia tenga tres supuestos de admisibilidad: el primer supuesto de cesación de pagos, plasmado actualmente, a mi criterio debe adicionarse un “filtro de entrada al procedimiento”, y es que además de los requisitos de cesación, debe tenerse en cuenta que la generación neta de efectivo debe ser inferior al valor de las obligaciones vencidas, esto a fin de evitar que deudores con capacidad de pago ingresen al procedimiento, en perjuicio de sus acreedores; el segundo presupuesto será entonces el llamado incapacidad de pago inminente del deudor, en aras de proteger a aquellos deudores que consideren que a corto plazo van a incumplir sus obligaciones de carácter patrimonial, cumpliéndose así el carácter preventivo que nuestra legislación reclama. El último supuesto será entonces, como consecuencia de importantes y recientes experiencias, la admisión de un procedimiento en el extranjero de la matriz o controlante, dará lugar a la iniciación del mismo en Colombia respecto de la sucursal.

4. Es necesario tener un procedimiento de insolvencia con carácter jurisdiccional, manteniendo la agilidad y celeridad que brinda el trámite de los acuerdos de reestructuración por la vía contractual. Para disminuir la litigiosidad que ha presentado la resolución de objeciones de la ley 550, así como respecto de las impugnaciones a los acuerdos, previendo como ya se apuntó antes, la celebración de audiencias de resolución de objeciones y de confirmación del acuerdo, reduciendo con ellas las oportunidades de dilación del trámite.

El carácter judicial del trámite no podrá ser aprovechado por apoderados y poderdantes, expertos en desfigurar la naturaleza del problema, generando costos ajenos a la definición de la suerte de los activos productivos vinculados al negocio del deudor. Por esta razón, uno de los principios de la modificación a la ley 550 deberá resaltar la importancia de la negociabilidad, conservando el carácter de única instancia, para las decisiones de la Superintendencia de Sociedades, otorgadas por el legislador y aplicados con éxito a los procesos de liquidación obligatoria, y a las etapas judiciales de la promoción de acuerdos de reestructuración.

Resaltaré que la intervención de la Superintendencia de Sociedades en el procedimiento de insolvencia, será realizado bajo el amparo de funciones jurisdiccionales conforme al Art 116 de la Constitución Nacional, y no en su calidad de autoridad administrativa, tiene su fundamento esta parte de la propuesta, por cuanto los supuestos que motivaron la expedición de la ley 550 de 1999, desaparecieron y, un régimen de insolvencia permanente, requiere que la definición de derechos en discusión, este radicada en cabeza de una autoridad jurisdiccional, además por que resulta conveniente dotar al proceso de la característica jurisdiccional, para darle mayor celeridad y seguridad a las decisiones, evitando su discusión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y así dilaciones de un proceso cuyo contenido es eminentemente económico financiero, que requiere de rápidas y prontas soluciones.

5. No podía quedar atrás, la propuesta de recoger en aras de la modernización de nuestra legislación concursal, la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza aprobada en 1997 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el sistema vigente permite, como tiene que ser, que acreedores extranjeros acojan los procesos que sean adelantados en Colombia ; pero no prevé mecanismos de cooperación y colaboración de las autoridades Colombianas con autoridades extranjeras en el evento que el deudor insolvente tenga bienes y negocios en distintos países. La cooperación y colaboración de dichas autoridades puede darse mediante instrumentos de tipo general, como el exhorto o las cartas rogatorias, cuya utilidad es relativa, puede ser superada con mecanismos especiales para el evento de la insolvencia.

Sin lugar a dudas puedo afirmar, que carecemos, y en este punto, quiero criticar al legislador del 90, que no previó los procesos de quiebra transnacional, dejando a la deriva y a la suerte del decadente derecho internacional privado con sus eternos problemas de aplicabilidad de la ley en el espacio, el reconocimiento de sentencias proferidas en el exterior, seria interesante después de todo el andamiaje que se ha montado alrededor del caso AVIANCA, ver el valor que estén dispuestos a darle los distintos

acreedores a las sentencias aprobatorias del acuerdo de reorganización empresarial hecho en Estados Unidos, bajo el capítulo 11 del Código de Bancarrotas de dicho país. Por ello reclama una adición urgente de acuerdo a los lineamientos de la UNCITRAL sobre: procedimientos primarios y secundarios de las insolvencias transnacionales, forum shopping y demás elementos antes estudiados.

La falta de un marco legislativo sobre las facultades de las autoridades colombianas competentes para cooperar con los tribunales extranjeros limitan la cooperación y la coordinación entre autoridades de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza, llegando a un nuevo conflicto, antes ampliamente discutido, la aplicación de las leyes en el tiempo y en el espacio, con reglas claras a este respecto, no solo podemos superar esta situación, sino que podemos reglar la participación del acreedor extranjero admitiéndolo con las mismas prerrogativas que el acreedor nacional, surgiendo así un nuevo clima de seguridad en las relaciones jurídico-económicas por parte del inversionista extranjero, quien entrará a participar del mercado en las mismas condiciones, al menos en cuanto a procedimientos de insolvencia se refiere, como si estuviese en su país de origen, situación que en principio podría sonar un tanto pretenciosa, pero no utópica, por cuanto la labor de la CNUDMI, se centra entre otras, en la expedición de leyes modelo, no susceptibles de ratificación por parte de los Estados, sino que estos últimos, libre y espontáneamente, conscientes de las problemáticas que implican el oscurantismo por parte del estado, adoptan con miras a poner reglas claras en todo el Sistema Mercantil Internacional vigente.

Por último quiero destacar, que no se trata de redactar leyes con retazos de otras legislaciones que no hacen parte de nuestra realidad económica, social y política, sino que se trata de armonizar nuestro derecho con las necesidades que el mundo del Derecho Internacional Mercantil reclama a gritos.

## **CAPITULO VII**

### **7. BIBLIOGRAFIA**

- Alban Jorge Oviedo, Estudios de Contratación Internacional, Conferencia: El derecho Mercantil Internacional” Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogota 2004.
- Álvarez Londoño, S.J., Luis Fernando, Derecho Internacional Público. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Estudios de Derecho Internacional 2.
- AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Basics, <http://www.abiworld.org/media/basics.html>
- AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>
- AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, Bankruptcy Overview: Issues, Law and Policy, Third Edition, <http://www.abiworld.org/media/chapters.html>
- BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Case Administration,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawadmin.asp>
- BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Case Administration,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawadmin.asp>
- BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 13 Laws,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch13.asp>

- BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: Chapter 7 Laws,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawch7.asp>
- BANKRUPTCY LAW INSTITUTE, United States Bankruptcy Law: The Structure of Bankruptcy Law,; <http://www.bankruptcylawinstitute.com/lawstructure.asp>
- BERMAN (Phyllis) y GOLDMAN (Lea). Let Us Prey En: Forbes; New York; Abril 2 del 2001.
- Bernal Gutiérrez, Rafael. “los promotores en los acuerdos de reestructuración empresarial”. Jurisconsulto No. 4, año 2000, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Calvo Caravaca, Alfonso L. "Problemas y tendencias del derecho concursal internacional", Derecho de los Negocios, 2003.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, Derecho internacional Privado, vol. I, editorial comares, 2 edición.
- Candelario Macías, I: “Aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06): ¿Más de lo mismo?, nº6. Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali. Noviembre-Diciembre 1999.
- Cervantes Ahumada Raúl, Derecho de Quiebra, Editorial Alfa; México, 1982.
- Circular 004 Superintendencia de Sociedades.
- Código de Comercio Colombiano.

- Como Reestructurar su Empresa, Cámara de Comercio De Bogotá, julio 2002.
- Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial XLIII, núm. 1909.
- De la prueba en derecho, Antonio Rocha Alvira, Bogota, Editorial DIKE, 1990.
- De Sousa Santos, Boaventura, La Globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Bogota, 1998, Pág. 37.
- Decreto 090 de 2000.
- Decreto 257 de 2001
- Duett A. Blanch. The Right to Convert: To be or Not To Be “Absolute“, En: Cracking the Code, A Newsletter of Insolvency Issues. Julio 13, 2001.
- Esplugues Mota, C: “Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis del Anteproyecto de ley concursal, de 12 de diciembre de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia”, No 68. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1997.
- Esplugues Mota: "La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?".
- Esplugues, La quiebra internacional, 1993.
- Exposición de motivos al proyecto de ley correspondiente a la Ley 550/99. Gaceta del Congreso N° 390, del martes 26 de octubre de 1999.

- Exposición de motivos proyecto del código de comercio, 1958, tomo II.
- Fisher Roger y Ury William. Si, de acuerdo. Como negociar sin ceder. Proyecto de negociación de Hartad, editorial norma. 1985
- Galán Barrera, Diego Ricardo, Principios de Interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Estudios de Contratación Internacional, Conferencia: El derecho Mercantil Internacional” Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogota 2004.
- García Villaverde, Rafael: “El Derecho concursal comunitario”. Documentación Administrativa, n 202.
- Garrigues Joaquín; Curso de derecho mercantil, T.1; séptima edición.
- Glantz Robert, Are all partnerships eligible for Chapter 11 Protection? <http://www.abiworld.org/newslet/98decglantz.html>
- González Campos, "Aspectos internacionales de la situación concursal", en AA.VV., La reforma del Derecho de quiebra, 1982.
- Goodheart (Kenneth) y Bobo (Stephen), When your customer goes belly-up, En: Journal of Accountancy; New York; Abril 1999.
- Hernández Martí Juan, Suspensión de pagos, Quiebras e insolvencias punibles. España, 2001.
- Hidelbrando Leal Pérez, Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial, editorial leyer, agosto 2003.
- Hilaire Belloc, Las Cruzadas, Traducción al Español, Buenos Aires, 1945.

- [http://www.supervalores.gov.co/alternativa\(sep-19-02\).pdf](http://www.supervalores.gov.co/alternativa(sep-19-02).pdf).
- Lattes. Il Diritto Commerciale nella legislazione statutaria della città italiana Milano. 1884.
- Ley 222 de 1995
- Ley 550 de 1999.
- Leyva Saavedra José, Crisis de empresas y soluciones concursales, <http://comunidad.derecho.org/dermercantil/derechoconcurasal.html>.
- Leyva Zambrano, "Elementos de la obligación tributaria. Hecho gravado", Derecho Tributario, Bogotá, Instituto de Derecho Tributario, 1999.
- NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION, Pub. L. 103-394, title VI, Oct. 22, 1994, Tomado de [http:// U.S. House of Representatives Downloadable U.S. Code//uscode.house.gov/download/title\\_11.php](http://U.S.HouseofRepresentativesDownloadableU.S.Code//uscode.house.gov/download/title_11.php)
- Ourliac y De Malafosse, Derecho Romano y Francés Histórico. TI, Traducción al Español, Barcelona.1960.
- Página Web de Unión Europea: [http://europa.eu.int/abc/history/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/abc/history/index_es.htm).
- Página Web de UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.
- Pérez, Maria Luzsabel y Varón, Juan Carlos. Técnicas de conciliación. Ministerio de Justicia y del derecho, Programa para la modernización de la administración de justicia, 1996.
- Pértile. Storia del Diritto Italiano. Torino.1900.

- Proyecto único de reforma de la Ley 550 de 1999.
- Pulgar Juana, La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español (Los nuevos institutos concursales reorganizativos), Editorial Civitas, S.A. 1º Edición, 1994.
- Ramos Miranda, G.: “Aproximación al procedimiento de quiebra en la iniciativa presentada por Alemania y Finlandia en relación con el Derecho español”. Página de Internet: <http://publicaciones.derecho.org/concursal>.
- Ravassa Gerardo José, Nuevo Curso de Títulos Valores. Ediciones USTA, enero de 1999.
- Ravassa Gerardo José; Derecho Mercantil Internacional, Editorial Doctrina y Ley, 2004 Segunda edición.
- Resolución 2205 (XXI) de la asamblea general. <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>
- Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores.
- RICE, ROBINSONS & SCHILLER P.A., Chapter 11 Issues, [www.ricerobinson.com/chapter11.html](http://www.ricerobinson.com/chapter11.html)
- Rocco. Il filamento. Teoría Generale e Origine Storica. Milán. 1962.
- Santarelli, Per la storia del fallimento nelle legislazione italiane dell 'eta intermedia, Editorial Papuam, 1964
- Satanowsky, Tratado de Derecho Comercial, t.1.
- Sentencia C – 1143 del 31 de octubre de 2001. Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

- Sentencia C – 1551 de 2000, Corte Constitucional, M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia C – 625 de 29 de julio de 2003, Corte Constitucional, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C – 992 de 2001. Corte Constitucional. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-1185 del 9 de septiembre de 2000. Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo.
- Sentencia C-1319 del 27 de septiembre de 2000. Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo
- Sentencia C-403 del 19 de abril del 2001, Corte Constitucional. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-939 de 2003, Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia T – 299 de 1997, Corte Constitucional.
- Sentencia T – 458 de 1997, Corte Constitucional.
- Sobrino Heredia, José Manuel, Las Organizaciones internacionales, editorial Tecnos, Madrid-España 1999.
- Superintendencia de Sociedades Oficio 155-043165 de 18 de octubre de 2001.
- Superintendencia de Sociedades Oficio 340-52022 de 18 de agosto de 2000.

- Tate (Joshua), Game Over, En: The Yale Law Journal; New Haven, Mayo 2000.
- Vélez Sarsfield y Acevedo en su nota de elevación del proyecto de Código de Comercio.
- Viguera Rubio, J.M.: “Una iniciativa comunitaria para la adopción de un Reglamento sobre procedimientos concursales”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1991.
- Zuluagar, José Octavio. Negociación en la conciliación. Conferencia, Centro de arbitraje y Conciliación, cámara de comercio de Bogota, 2001.

## **CAPITULO VIII**

### **8. ANEXOS**

- 8.1. Proyecto único de reforma de la Ley 550 de 1999**
- 8.2. Ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia transfronteriza con la guía para su incorporación al Derecho Interno**
- 8.3. Reglamento (CE) No. 1346 / 2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia**
- 8.4. Ley 550 de 1999 con sus notas de vigencia**