

**Abuso del derecho en los procesos de Reorganización Empresarial en Colombia: un
análisis desde los principios del derecho concursal**

Iván Javier Cortes Vargas

Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas Tunja

Maestría en Derecho Privado

Tutor Dr. Marlon Maldonado

Junio de 2021

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	4
Capitulo I: Régimen de insolvencia empresarial : Análisis de contenido y su aplicación en Colombia	5
Capitulo II: Análisis de los principios mas relevantes del derecho que regulan los procesos de reorganización empresarial	30
Capitulo III: Configuración del abuso del derecho en los procesos de reorganización empresarial	43
Conclusiones	60
Bibliografía	62

Dedicado a todos aquellos que me
impulsan por las sendas del conocimiento, a
mi familia que con paciencia me ayuda a
lograr mis objetivos y naturalmente
agradezco a Dios el regalo de su sabiduría.

Introducción

Los procesos de insolvencia empresarial en Colombia son tramites que han sido amparados y regulados principalmente por la ley 1116 de 2006 y normas concordantes, brindando a quienes acuden a ella, múltiples soluciones y alivios para normalizar las relaciones crediticias y comerciales de las empresas, a través de una figura de restructuración económica, que automáticamente crea condiciones especiales para la gestión correcta y adecuada de sus activos y pasivos; brindando oportunidades de llegar a acuerdos financieros para lograr el pago del pasivo que han adquirido en el ejercicio de su actividad económica.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006; no sólo se ha logrado un alivio económico para los empresarios que debido a las fluctuaciones de los mercados se han amparado en esta norma con el fin de evitar el decaimiento de su empresa, buscando su recuperación y funcionamiento; no obstante, los deudores, han encontrado en esta norma una manera fraudulenta de evadir sus obligaciones acogiéndose a este trámite, el cual por su naturaleza contempla múltiples etapas y procedimientos que ralentizan una respuesta oportuna y acorde a las demandas de los acreedores.

En ese orden de ideas los deudores fácilmente pueden trasgredir el deber ser de la finalidad de la ley, objeto y espíritu de la misma, lo cual no solo se constituye como una falla legislativa que permite y legaliza este tipo de prácticas, sino que ha generado un sinnúmero de afectaciones a los acreedores por el incumplimiento de los deudores; dejándolos desprovistos de herramientas para la protección de sus intereses.

Muestra de ello, es el cúmulo de acciones que se adelantan hoy en día, bien sea en sede de la Superintendencia de Sociedades o en la Jurisdicción Ordinaria, con lo cual se afectan los intereses de los acreedores quienes deben someterse al estancamiento e incertidumbre en el

ejercicio de sus derechos. Lo anterior se evidencia en que, a partir de la apertura del trámite o proceso, no pueden ejercer sus derechos y deben esperar los resultados del proceso. Muchos de estos trámites obedecen a la configuración de una estrategia, por parte de ciertos deudores, para dilatar sus compromisos, pues pueden pasar años sin que se llegue a ningún resultado dentro del trámite propiamente dicho y los acreedores no tienen ninguna opción para proteger sus derechos.

Por lo tanto, es necesario identificar las prácticas que configuran el abuso del Derecho por parte de los Deudores frente a los acreedores en un trámite de insolvencia empresarial, analizando el trámite de insolvencia empresarial en Colombia y los derechos que tienen las partes dentro del trámite, así mismo analizar los principios del derecho concursal que se ven vulnerados al entablar maniobras fraudulentas en perjuicio de los acreedores con la finalidad de explicar cómo los acreedores ven menoscabados sus derechos con la inadecuada aplicación o interpretación de la Ley de Insolvencia Empresarial.

Capítulo 1

Régimen de reorganización empresarial: análisis de contenido y su aplicación en Colombia

La reorganización empresarial, es un mecanismo que pretende a través de un acuerdo concursal, “perseverar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.”

(Superintendencia de Sociedades, 2007), es un proceso legal que se incorpora al ordenamiento jurídico nacional a través de la ley 1116 de 2006, el cual tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación económica de las empresas, que se enfrentan a situaciones de quiebra o incapacidad de pago frente a las obligaciones de carácter económico, en el ejercicio propio de sus funciones.

Dicha ley trae consigo, garantías para la solución de las controversias que enfrentan los empresarios a causa de las obligaciones incumplidas, con la única finalidad de llegar a acuerdos con sus acreedores y de cierta manera subsanar las obligaciones de las deudas generadas por la actividad comercial.

La ley 1116 de 2006, está diseñada para que las personas jurídicas y personas naturales comerciantes, puedan dar cumplimiento a las deudas acumuladas y así mismo brindar una protección a la fuente de ingresos propia de su actividad comercial. La finalidad del régimen de insolvencia, conforme a lo expresado de manera taxativa en el artículo 1, es brindar la posibilidad para que las empresas o personas naturales, que ostenten la calidad de comerciantes accedan al trámite a través de dos mecanismos establecidos para tal fin, esto es, enfrentarse a un A) Proceso de reorganización o B) La liquidación judicial.

El proceso de reorganización, implica una negociación exhaustiva y detallada que le permite al deudor negociar las deudas mientras continúa ejerciendo su actividad comercial, por lo tanto, conforme a la decisión de la autoridad concursal el comerciante puede seguir administrando sus negocios o en su defecto ordena ceder a un tercero la administración de su actividad, con el único objetivo de preservar las empresas y normalizar las relaciones comerciales y crediticias mediante una restructuración operacional, administrativa de pasivos o activos.

De un caso en la Superintendencia de Sociedades (2013), sobre la ley 1116 de 2006, se depende que:

El legislador estableció varios mecanismos no solo para perseguir la salvación de los negocios del deudor, ya se trate de sociedades comerciales y personas naturales comerciantes, que afrontan dificultades económicas y que tienen perspectivas de salir de

la crisis financiera en que se encuentra, y también permitirles a aquellas empresas que no son viables adelantar una liquidación judicial.

Antecedentes de los Procesos de Reorganización en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Los procesos de reorganización empresarial tienen su origen en presupuestos de recuperación empresarial, que a lo largo de la historia han creado escenarios doctrinales, como los que señala Guillermo Cabrera (2011). Este autor señala tres momentos importantes, que aportaron bases que hoy en día sirven de fundamento para una correcta aplicación del régimen, a saber:

Etapas Peligrosista

Desarrollada entre los años 1940-1969, dentro de este periodo de tiempo se expidió el Decreto 750 de 1940, cuyo contenido normativo estipulaba el régimen de quiebra. Al respecto Cabrera (2011) expone:

En este decreto, el comerciante era considerado en quiebra, solo por el hecho de incurrir en mora en el pago de sus obligaciones, exigiendo que el comerciante pusiera en conocimiento del Juez su estado de insolvencia, so pena de presumir su mala fe comercial e incluso iniciar en su contra un proceso penal.

Un proceso penal, siempre ha traído perjuicios que es su mayoría afectan el buen nombre de las empresas, por lo tanto, se convertía en prácticamente una obligación de los empresarios, poner en conocimiento su estado verdadero, y con ello brindar la posibilidad de gestionar acuerdos amigables, dichos acuerdos se denominaban concordatos resolutivos.

Sin embargo, los mecanismos que traía inmerso el decreto eran mecanismos para la liquidación de las empresas, donde los acreedores que representaran más del 51% del pasivo, se

facultaban para solicitar al Juez la convocatoria de una reunión general para buscar convenios amigables. Fundamento que es coadyuvado por el tratadista Garzón Niño (2011), quien indicó:

Si más de la mitad de los acreedores presentes votaba favorablemente esos acuerdos y estos acreedores representaban el 80% del pasivo, se podía celebrar un concordato - el denominado concordato resolutivo que exigía la aprobación del juez y cuyos términos eran de obligatorio cumplimiento para el deudor y los titulares de los créditos.

Etapas intervencionista:

Desarrollada entre los años 1969-1990, etapa donde se evidencio una intervención del estado colombiano en la Economía debido a la creciente generación de empresas estatales y de economía mixta en el país. Durante este periodo de tiempo, la Corte Suprema de Justicia, declaró la inexequibilidad del Decreto 750 de 1940, argumentando, que:

El gobierno había excedido las facultades otorgadas por el legislador para expedirlo, fallo que se produjo luego de 29 años de vigencia del Decreto 750 de 1940, tiempo en el cual, el deudor no tuvo un mecanismo idóneo ante el cual acudir” (Garzon Niño, 2011), sin embargo lo que muchos desconocen es que dicha norma lo que pretendía era “dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota (Cabrera Vélez, 2011)

Lo cual deja en un limbo al deudor debido a que solamente sería posible la presunción de su mala fe.

Etapas Aperturista:

Esta última etapa comienza su desarrollo a mediados de 1990, se origina pues con la entrada en vigencia de la carta política Colombiana y se ajusta a través de la ley 222 de 1995 , la cual sustituyo toda la normatividad que se encuentra vigente en la materia, lo cual produjo

grandes cambios, unificando tramites pero siempre conservando el objetivo principal de la insolvencia, “la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo” (Rodriguez, 2007).

Por lo anteriormente expuesto, es importante resaltar a Ley 222 de 1995 como una norma cuyos aportes constituyeron un gran avance del derecho concursal. Para el año 1998, Colombia de nuevo atraviesa una crisis económica, que dejó en evidencia que la Ley 222 de 1995 a pesar de los grandes aportes, se quedaba corta, para atender la gran cantidad de sociedades en insolvencia, siendo indispensable la expedición de un nuevo régimen de insolvencia, que estableciera un procedimiento ágil para reaccionar a la coyuntural crisis económica.

Surge así, la Ley 550 de 1999 la cual, suspende lo relativo al concordato establecido en la Ley 222 de 1995 reemplazándolo temporalmente por el acuerdo de reestructuración, el cual fue planteado de manera exclusiva, para aliviar la crisis económica, con una vigencia transitoria de 5 años, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales terminaron prorrogándose por 2 años más para el sector privado. Esta norma sigue vigente exclusivamente para los entes territoriales, que requieren de un trámite de insolvencia por su alto nivel de endeudamiento.

Es importante resaltar que la Ley 550 de 1999 ha sobresalido como la norma más efectiva en la historia en los procesos de insolvencia, precisamente por la agilidad de su trámite, tal como lo afirma Cabrera (2011) quien atribuye a la norma un indiscutible éxito en términos de empresas recuperadas. Vencido el término de vigencia de la Ley 550 de 1999 aparece en el escenario concursal la Ley 1116 de 2006 régimen vigente actualmente y sobre el cual se basa el presente documento.

En primer lugar, es menester analizar la ley 222 de 1995, la cual establecía un trámite por vía judicial que facultaba tanto a comerciantes como a personas que no lo eran a acogerse a los

procedimientos que la ley ordenaba para poder poner fin a sus obligaciones financieras y económicas donde solamente tenían dos opciones: el concordato o la liquidación de sus empresas. Este régimen estaba diseñado para salvar empresas o personas naturales comerciantes con dificultades económicas dentro de una economía, más o menos estable.

De otro lado, nos encontramos con la ley 550 de 1999, que establecía un procedimiento extrajudicial más amigable, donde las partes acordaban flexibilidad en sus obligaciones, en aras de poner fin a todas las deudas que habían adquirido en el ejercicio de sus actividades comerciales, dicha ley brindaba mecanismos únicamente para las empresas en situación de crisis, donde su principal objetivo era la reestructuración o reactivación empresarial, a través de ella el legislador se propuso recuperar las empresas en situación de crisis, para evitar que quebraran y lograr una economía un poco más estable, a diferencia del anterior régimen esta ley estaba diseñada para salvar las empresas con dificultades económicas dentro de una economía en crisis y desestabilizada, debido a la situación económica por la que atravesaba el país en dicha vigencia.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006 las personas naturales no comerciantes, quedaron sin régimen de insolvencia aplicable, debido a que la Ley 1116 de 2006 en su artículo 3 numeral 8, de manera expresa los excluyó. Por lo que la Corte Constitucional a través de sentencia C 699-07, exhortó al Congreso de la República para que expidiera un régimen aplicable a las personas naturales no comerciantes, expidiéndose así la Ley 1380 de 2010 declarada inexecutable a través de la sentencia C-685-11, por habersele encontrado vicios de procedimiento, dejando sin protección a las personas naturales no comerciantes, hasta la expedición del Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 en la cual se incluye el procedimiento de negociación de deudas, aplicable a personas naturales no comerciantes.

Es importante indicar que los dos regímenes, aunque similares en su contenido, tenían diferencias claves debido a sus finalidades y a los tiempos en los que fueron expedidos, tiempos con economías totalmente contrapuestas, que motivaron a plantear nuevas estrategias de protección para los empresarios colombianos.

Debido a la entrada en vigencia de la ley 550 de 1999, jurídicamente lo más viable era una eventual derogatoria de la ley 222 de 1995, ya que contaban con similitudes que debían ser unificadas a través de un solo régimen, sin embargo, esto no ocurrió, dejando un espacio abierto a interpretaciones jurídicas y legales de todo tipo que llegaron a crear confusiones entre quienes la aplicaban, **configurándose a si una** suspensión de aplicabilidad de la ley 222 de 1995, conforme lo establecía su ley posterior, con excepciones puntuales en el artículo 66 de 550 de 1999.

Tabla 1

Diferencias Significativas

Ley 222 de 1995	Ley 550 de 1999
Hacia parte de la legislación permanente	No cobijaba a todos los deudores que pudiesen ser sujetos pasivos de los concordatos sino a una parte de ellos, ya que no tenía en cuenta a los que no ostentaran una actividad mercantil e incluía también a las entidades territoriales.
Los concordatos estaban sujetos a aprobación judicial	
Su trámite era judicial	Constituía un régimen de aplicación temporal de la ley el cual era solamente de 5 años, es decir legislación temporal.

Nota: Fuente propia.

Análisis de Contenido de la ley 1116 de 2006 que implemento el Actual Régimen de Reorganización empresarial en Colombia y legislación relevante complementaria.

Una vez realizada una aproximación a los procesos de reorganización en Colombia, nos encontramos con la expedición de La ley 1116 de 2006, **mediante de 126** artículos, donde el Congreso de la República de Colombia ha establecido mecanismos de ayuda a los empresarios civiles o mercantiles, personas jurídicas o naturales, comerciantes o patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, con la finalidad de brindar una protección al crédito y recuperar o conservar la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

Los empresarios colombianos pueden acudir a este régimen, cuando se encuentran en situaciones financieras contrarias a su finalidad comercial, donde los pasivos que han adquirido en el ejercicio de su actividad mercantil se aumentan de manera considerable, hasta el punto que rompen el equilibrio económico de sus negocios y es ahí donde se ven obligados a acudir a tramites concursales que les brinden alivios o salvavidas para la conservación de su actividad. Los procedimientos establecidos en la ley concursal vigente procuran normalizar la actividad empresarial, brindando un trato especial y flexible a los empresarios que acuden a él, donde también se establece un manejo estructurado y analizado en el manejo de su patrimonio.

En efecto, la Ley 1116 de 2006, conocida también como la ley de Reorganización empresarial, tiene una finalidad específica y determinada, en primer lugar, porque va encaminada a regular una figura jurídica creada por los deudores denominada insolvencia,

definida como “la imposibilidad de cumplir una obligación por falta de medios. Incapacidad para pagar una deuda” (Cabanellas, 1981), al configurarse el incumplimiento en el pago de sus obligaciones, los deudores empiezan a sufrir una serie de consecuencias jurídicas y económicas que fácilmente desestabilizan el giro normal de sus negocios hasta lograr un “desequilibrio económico o imposibilidad de pagar las deudas a su vencimiento, llamado también cesación de pagos”. (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1967)

Ahora bien, la reorganización es sinónimo de una insolvencia temporal entendida como, aquella que “constituye el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. Propiamente consiste en la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar el importe de las deudas” (Londoño Restrepo & Upegui, 2008), por lo que permite deducir que esta falta de capacidad de pago es realmente lo que el régimen de insolvencia busca regular con las empresas en crisis y frente a los fenómenos de liquidez que les asisten. En efecto se crea un escenario tortuoso, frente a la imposibilidad o impotencia que afrontan algunas empresas como deudoras, de satisfacer el pago de las obligaciones adquiridas en la fecha de su vencimiento, creando fácilmente una imagen de desconfianza frente a sus acreedores, quienes actuaron desde el inicio de la relación comercial, basados en la confianza, la buena fe y respetando un conjunto de buenas prácticas empresariales.

Cuando las empresas, comienzan a cesar en sus pagos, generan una imagen económica que excede de las disponibilidades del activo líquido, frente a los pasivos que ha adquirido y cuando esta situación se vuelve reiterativa, aumentando cada día mas no suele ser sino el pretexto de “que la empresa ha pasado a ser una mala pagadora que tratan de

rehuir el cumplimiento alegando la imposibilidad o consiguiendo el beneficio de la dilación”. (Cabanellas, 1981)

Los procesos de reorganización empresarial, al ser amparados por un mandato legal, de manera taxativa fundan sus procedimientos, limitantes y finalidades jurídicas que, el Legislador ha establecido para acceder a su aplicación, no obstante es preciso indicar que este régimen excluye de manera definitiva a los deudores que no ostenten la calidad empresarial o mercantil; es decir, todas aquellas personas que no logren demostrar su actividad netamente comercial, no podrán acceder a los tramites y procedimientos previstos en la ley, dando así un uso exclusivo en su ámbito de aplicación el cual se encuentra de manera expresa señalado en el artículo 2 de la ley objeto del presente análisis.

Dicha exclusividad facilita y agiliza los procedimientos de los Jueces concursales, toda vez que las personas que acuden a los tramites, tienen la claridad de lo que están persiguiendo y la finalidad con la que participan en la aplicación de los procedimientos allí establecidos. Sin duda alguna este escenario jurídico, crea figuras propias del derecho concursal, que a la luz de la doctrina se caracterizan por, “la autonomía y primacía que poseen sobre las normas del derecho común ” (Wilches Durán, 2008, pág. 204), es decir, el Juez del Concurso debe procurar aplicar el Derecho como acertadamente lo afirmaba el tratadista Francisco Reyes Villamizar (1999), atendiendo a “las disposiciones generales de derecho privado, las cuales deben, en múltiples ocasiones, ceder a las normas de orden público que gobiernan los trámites del concordato y la liquidación obligatoria”.

Una vez condicionado el círculo de personas que pueden acceder al trámite, el texto legislativo, establece mecanismos específicos para que el empresario se recupere o salga de la quiebra, buscando generar acuerdos con sus acreedores que le permitan

normalizar el pago de sus acreencias y honrar los acuerdos que se establecen para dar cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Al ser un trámite meramente judicial, los empresarios que acuden al proceso de reorganización lo hacen dando previo cumplimiento de los requisitos de admisión y sustentados en la obligación procesal consagrada en el artículo 5 numeral 7, de la ley de insolvencia de aportar el material probatorio que acrediten su situación, es decir información de tipo contable, financiero y jurídico que le permitan al Juez del Concurso validar la verdadera situación de la empresa.

Esta normativa se diseñó tomando como base los estudios realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹, la regulación y estructura existente en Estados Unidos y algunas figuras del derecho europeo.

Así las cosas, es importante resaltar, que el Régimen de Reorganización Colombiano, incluye las disposiciones de la Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, “como una forma de vincular a Colombia con este fenómeno internacional y con las instituciones que buscan regularlo” (Wilches Durán, 2008); dichas disposiciones, tienen como objetivo, en principio, facilitar el trabajo conjunto de las autoridades, tanto

¹ La ley modelo de la CDUNMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas, estableció mecanismos que fueran eficaces frente a las empresas que ingresan a insolvencia, con el único objetivo de promover la cooperación entre los estados y la elaboración de soluciones conjuntas para la administración justa y eficiente de los procesos de insolvencia, buscando la protección y optimización de los bienes y de las operaciones de los empresarios que se someten a estos procedimientos. En el preámbulo de dicha ley se expresa de manera abierta que una de las principales finalidades es la “facilitación de la rehabilitación de los grupos de empresas afectados por problemas económicos, a fin de proteger las inversiones y perseverar el empleo. Así mismo establece que se deben buscar estrategias de protección a los intereses de los acreedores para que no se vean menoscabados sus derechos.

nacionales, como extranjeras para fortalecer la cooperación entre ellas y apoyar las labores que se requieran, para una correcta aplicación del Derecho concursal.

En palabras de Ruíz López (2009), el régimen de reestructuración vigente busca:

Modificar de raíz los problemas que llevan a la empresa a la necesidad de reorganización, ya que no solo contempla la reestructuración del servicio de la deuda, sino que es transversal a la organización, con el fin de que se impacte también en la operación y la administración.

Hay que mencionar, además, que dentro del régimen de insolvencia podemos establecer de manera análoga que se incorpora la ejecución de la teoría de la ley de causa y efecto, como lo veíamos anteriormente la figura de la insolvencia (como causa) conlleva a una cesación de pagos (como efecto), es decir “Toda acción, recibe una reacción opuesta y de igual magnitud”, en este sentido al encontrarse en una situación sin equilibrio económico que impide el cumplimiento de las obligaciones de los deudores, automáticamente dicha situación se ve reflejada en una cesación de pagos, que sirve para identificar un estado patrimonial y el procedimiento a seguir. Por lo tanto, da origen a la apertura de un trámite de reorganización, con el previo cumplimiento de los presupuestos que analizaremos a continuación.

Presupuestos para que un Empresario pueda Incorporarse al Régimen de Reorganización

Los presupuestos de admisibilidad son los parámetros que deben:

cumplirse en el momento de ejercitar las partes su derecho de acción, para que el juez pueda entrar a conocer del objeto del proceso o fondo del asunto y que condicionan tanto su admisibilidad como la validez del trámite. (Expansión, 2020)

En otras palabras, son los requisitos que deben cumplir los deudores para dar inicio al trámite, el artículo 9 de la ley 1116 de 2006, en principio contempla dos fundamentales a saber:

Cesación de Pagos

Por cesación de pagos debe entenderse, “el hecho material de omitir o incumplir con el pago de obligaciones vencidas y pendientes de vencimiento,” (Tribunal Colegiado de Circuito de México, 1995). Así las cosas, se crea una condición donde el deudor, cesa el pago por más de noventa días de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de obligaciones. Es importante hacer hincapié, en que dichas obligaciones única y exclusivamente son en ocasión a su ejercicio comercial, y bajo ninguna circunstancia podrá, entonces el deudor incluir obligaciones propias que no correspondan a su actividad empresarial.

Se debe entender entonces que el Deudor ha dejado de pagar y dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, tal como lo señala el texto normativo en su artículo 9. La ley de manera expresa establece que “en cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del 10% del pasivo total o a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud.”

La cesación de pagos, históricamente ha sido conocida en su propio sentido literal “cesar de pagar es igual a incumplir” (Martinez Blanco, 2012), definición que conduce a crear una analogía de términos que han sido desarrollados doctrinalmente, como estados de crisis o estados de preinsolvencia, definidos como “un estado de dificultades económicas o financieras de carácter general” (Martinez Blanco, 2012). El carácter general de las crisis empresariales, puede provocarse por muchos factores propios e impropios de los empresarios, sin embargo la cesación de pagos no es una situación fáctica que se desarrolle de manera inmediata, sino es el resultado

de varios ejercicios comerciales, diferidos en el tiempo, que en la mayoría de las ocasiones son fácilmente previsibles por los empresarios, es decir, la situación de crisis es la sumatoria de varias decisiones, eventos o circunstancias que conducen a los empresarios a enfrentarse con dificultades económicas.

La cesación de pagos doctrinalmente se describe como “la situación del patrimonio que no está en condiciones de enfrentar las obligaciones exigibles, con los recursos normales del giro empresario” (Junyent Bas, 2014) definición que es ya había sido contemplada por la ley 222 de 1995 en su artículo 91, pues hace referencia “a las graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones”.

En el ordenamiento jurídico mexicano, doctrinantes como Tulio Ascarelli (1947), señalan que, el cesamiento en los pagos está regulado por el artículo 945 del C. de Co. de México donde se “declara que se halla en estado de quiebra el comerciante que cesa en sus pagos”. Esta expresión de estado de quiebra que señala el autor es coherente con la situación que atraviesa el empresario, pues deja en evidencia que la imposibilidad de cumplimiento crea un caos financiero, que impide el normal giro de los negocios del deudor. Sin embargo, en la legislación colombiana, la cesación de pagos parece estar alejada de un estado de quiebra, pues puede ocurrir en algunos casos, que el deudor tenga una recuperación en corto tiempo que le permita cumplir, sin aun estar en un estado de quiebra.

De otra parte, es importante referir que el Código Civil Español de 1885, en su artículo 172, define que la cesación de pagos, solamente opera para aquellas instituciones que “se encuentran en la imposibilidad de hacer frente a alguna de sus obligaciones, que puede transformarse en quiebra por motivos que no afectan a esta situación patrimonial”. Este señalamiento normativo, se asemeja más a la definición que impone la normatividad colombiana,

puesto que la cesación de pagos no da paso de manera inmediata, sino que brinda un tiempo para la recuperación financiera, que, si no se satisface, puede concluir en la quiebra. Claro está que esto ocurriría, si el empresario no acude al régimen de insolvencia, que de una u otra manera puede apalancar y refinanciar sus acreencias.

Incapacidad de Pago Inminente

El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente cuando:

Acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

Conforme lo señala el artículo 9 de la ley objeto de estudio. Sin embargo, para demostrar tal condición, la Superintendencia de sociedades ha señalado, el deudor deberá demostrar su condición a través de “todos los medios probatorios consagrados en las normas legales” (Oficio 220-0525757, 2011).

En un segundo escenario y una vez cumplidos los supuestos anteriores, la ley establece en el artículo 10, que también se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.
2. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.
3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.

Los tres supuestos anteriores, que se encuentran de manera taxativa, establecen que, si por algún motivo el cumplimiento de los mismos causa obligaciones de tipo económico, estos gastos o emolumentos, tendrán preferencia en el pago, dentro del proceso de reorganización.

Ahora bien, en ocasión a la declaratoria del reciente Estado de Emergencia, social y económica producto de la Pandemia COVID-19 , a través del artículo 15 numeral 1 del decreto 560 de 2020, el Gobierno suspendió de manera temporal durante 24 meses la aplicación del contenido normativo del supuesto de incapacidad de pago inminente, lo cual puede resultar beneficioso para el deudor que en tiempos de crisis, pero se deja un vacío al no determinar la garantía o beneficio que también debería ser otorgada a los acreedores en virtud de esta suspensión, toda vez que ellos también se ven afectados frente a la incapacidad de pago de sus deudores, y posiblemente durante esos 24 meses, también pueden generarse crisis económicas por el no pago de las acreencias a su cargo.

En este punto, es indispensable que, en situaciones de imposibilidad de pago de los deudores, los acreedores puedan tener garantías que brinden una protección especial a sus derechos, pues como todos ellos también sufren las consecuencias económicas producto de las crisis que atraviesa el país, sobre todo en momentos tan álgidos como los producidos a consecuencia de la pandemia.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de este decreto, se crea una brecha considerable que coloca en desventaja notoria a los acreedores, frente a cualquier actuación que pretendan realizar en contra de sus deudores para la satisfacción de sus obligaciones. Un claro ejemplo es el contenido normativo del decreto anteriormente referido, pues sin duda alguna aporta grandes beneficios en materia procesal y tributaria para los deudores, pero desconoce por completo los derechos que recaen en favor de los acreedores.

La incapacidad de pago inminente, sin duda alguna puede ser la principal causa para dar inicio al trámite, pues no solamente es el resultado de un flujo de caja casi nulo de los empresarios en crisis, sino también crea una obligación impositiva de demostrar y acreditar las circunstancias que los llevaron a esta situación conforme a lo señalado en el artículo 9 de la ley 1116 de 2006.

Legitimación para Acceder al Régimen de Insolvencia

El trámite de reorganización empresarial puede darse, por solicitud del deudor, de los acreedores o de oficio por la Superintendencia de Sociedades. El Deudor y el Acreedor gozan de derechos fundamentales que deben ser garantizados durante todo el trámite sin importar su calidad, pues no se puede inferir que alguno de los dos, no ejerza sus derechos o no tenga la capacidad para ello.

Así las cosas, es importante identificar los derechos que le asisten a las partes, en aras de lograr una mayor comprensión y correcta aplicación del Espíritu de la norma.

Deudor. El deudor, según Medina y Delgado (1999) es aquella persona, natural o jurídica que:

Tiene la obligación de satisfacer una cuenta por pagar contraída a la parte acreedora o prestamista, ello cuando el origen de la deuda es de carácter voluntario, es decir, que el deudor decidió libremente comprometerse al pago de dicha obligación.

Simultáneamente la palabra deudor, viene de la palabra deuda, “que significa deber, del verbo de obligación” (Graeber, 2012). Es necesario recalcar que, los deudores crean un crédito que, se comprometen a pagar con unas condiciones específicas de tiempo, modo y lugar, que deben cumplir, so pena de acarrear las sanciones que la ley les impone.

Derechos de los Deudores. Sin lugar a duda, los derechos que le asisten a los deudores, como presunta parte débil en el trámite, son “aquellos necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna, se trata entonces de garantías individuales que tienen todas las personas sin distinción y que son inherentes a su condición” (Corredor, 2019).

En el ordenamiento jurídico colombiano, se puede determinar que, los derechos de orden fundamental que le asisten a un deudor se concentran especialmente en aquellos que le dan la oportunidad de proteger su intimidad, su tranquilidad su dignidad y su núcleo familiar. Los empresarios, que ostenten la calidad de deudores, dentro del régimen de insolvencia empresarial tienen derecho a acudir a:

La administración de justicia, derecho que ha sido desarrollado jurisprudencialmente como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus intereses”. (Sentencia T-283/13).

Sin lugar a duda y atendiendo a la definición anteriormente indicada, torna un carácter de fundamental, el derecho a someterse al régimen de insolvencia económica, con la finalidad de buscar llegar un acuerdo de pago con sus acreedores que extinga la deuda de una manera amistosa.

Los deudores son personas jurídicas o naturales, que gozan ampliamente de los derechos consagrados en nuestra carta política sin restricción alguna, por lo tanto los derechos que encuentran en su favor se encuentran legitimados para ser ejercidos sin ninguna limitación, debiendo ser ejercidos con la buena moral y ética que caracteriza la apariencia del buen derecho.

Los derechos que ejercen, se encuentran objetivamente determinados para ser el salvavidas de su recuperación empresarial y económica, donde se debe siempre procurar respetar el honor y el buen nombre de los empresarios, pues en una crisis cualquier persona esta sujeta a travesarla y no se configura en ningún momento como un delito o una circunstancia que pueda afectar sus derechos fundamentales, al contrario las crisis son oportunidades de mejora que como seres humanos debemos aprovechar para siempre tener la capacidad de desarrollar nuevas ideas que permitan una correcta recuperación económica y social de los deudores.

El juez del concurso debe siempre procurar para que los derechos que se encuentran en cabeza de los deudores, no sean menoscabados y en ningún momento sean objeto de transacciones o actuaciones que permitan desequilibrar el proceso, pues el juez atendiendo a los criterios de la lógica y la sana crítica debe analizar específicamente cada situación para buscar el restablecimiento de los derechos económicos que los deudores vulneraron frente a sus acreedores y así lograr el engranaje para que el proceso de reorganización cumpla la finalidad con la que fue iniciado.

El profesor Oscar Rivera, señala que ‘Son muchos los derechos que le asisten al deudor moroso pero resaltan algunos, particularmente aquellos que le dan la oportunidad de proteger su intimidad, a someterse al régimen de insolvencia económica, a que no se embarguen exageradamente sus bienes, a tener una medida cautelar de embargo proporcional a la deuda y a pedir reducción de embargos en caso de que se estén embargando demasiados bienes frente a la obligación.’ (Rivera, 2019)

El derecho de acceder a un trámite de reorganización empresarial, es un derecho que se torna indispensable para la correcta aplicación de la ley concursal, donde el deber ser es que el

propio deudor acuda directamente cuando se encuentre dando cumplimiento con los factores que habilitan iniciar el concurso, los cuales analizamos anteriormente.

Acreedor

De otra parte, los acreedores son aquellas personas, naturales o jurídicas “que ha entregado un crédito o un bien material a otra persona (deudor) y espera recibir un pago a cambio” (Méndez, 2020). Los acreedores en sí mismos, la ley les ha establecido una clasificación dependiendo el tipo de crédito o bien que entregan al deudor, dicha clasificación se debe seguir y priorizar en su orden, al momento de establecer y programar acuerdos de pago para saldar las obligaciones a cargo del deudor, en la práctica judicial, se puede concluir que al existir una prelación de pagos que por orden legal debe ser seguida.

Derechos de los Acreedores. Los derechos que le asisten a los acreedores versan especialmente sobre el derecho a exigir el pago o el cumplimiento de la obligación acordada. Los acreedores antes de cumplir su función dentro de un proceso de reorganización tienen su calidad de personas, sujetos de derecho, sin importar si son personas naturales o personas jurídicas, pues estas últimas, a pesar que son entes morales, como la doctrina les reconoce, también tienen calidad de individuos con derechos y obligaciones, pero no como personas físicas sino como instituciones que finalmente son creadas por una o más personas físicas para cumplir sus objetivos sociales. Estas últimas como sujetos de derecho se les atribuye y reconoce personalidad jurídica propia y por lo tanto dentro de un proceso de reorganización, se encuentran en igualdad de condiciones de una persona natural comerciante.

Unos de los derechos que, quizá más se ven vulnerados en este tipo de procesos es el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (República de Colombia, 1991).

La igualdad debe ser entendida como uno de los pilares fundamentales de todo Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional desde sus inicios, ha establecido una estructura, que puede interpretarse de manera compleja al comprender diversas etapas. “La primera de ellas, se manifiesta a través de la denominada igualdad formal, según la cual todas... las personas, merecen el mismo tratamiento ante la ley” y la segunda la igualdad material, el cual consiste en “adoptar medidas promocionales y dar un trato favorable a las personas o sujetos en situación de debilidad manifiesta” (Leyer Editores, 2017).

Durante el estudio de la igualdad material, la Corte constitucional a través de su jurisprudencia ha señalado que se debe realizar una distribución de bienes y de cargas para que, al ejercer el Derecho a la igualdad, pueda aplicarse de manera correcta este principio. Dicha distribución debe realizarse siguiendo las pautas que sugiere la (Sentencia C -520, 2016):

- a) Respetar el principio de igualdad de oportunidades de todos los interesados
- b) Ser transparentes
- c) Estar predeterminados
- d) No afectar desproporcionadamente los derechos de algunas personas.
- e) Determinar en consideración a la naturaleza del bien o la carga a imponer.

En ese orden de ideas y siguiendo los parámetros que establece la jurisprudencia nacional, los acreedores del concurso se deben encontrar todos en la misma posición, sin importar cuál sea su condición, a todos se les debe brindar el mismo trato y respetar las oportunidades que tienen para participar en el trámite, sin embargo en el derecho civil Colombiano, establece una prelación de créditos que continua haciendo presencia dentro del concurso, estableciendo una posición para cada uno de los acreedores dependiendo el tipo de crédito que el deudor ha adquirido con su acreedor.

Breve reseña del Trámite de Reorganización empresarial en el ordenamiento Jurídico Colombiano.

Como se ha mencionado en la parte introductoria, el proceso de reorganización empresarial se funda en la taxatividad de la ley 1116 de 2006, expedida por el Gobierno Nacional, la cual ha presentado una serie de cambios con el transcurrir del tiempo, los cuales han sido incorporados mediante decretos legislativos y leyes que han mejorado significativamente su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano.

De manera previa a ahondar brevemente en el trámite, es importante señalar las notas de vigencia que presenta la ley 1116 de 2006, con la finalidad de trazar la hoja de ruta, para una correcta comprensión desde su entrada en vigencia hasta la actualidad.

En primer lugar, nos encontramos con una primera corrección mediante *el Decreto 2190 de 2007*, que subsana algunos yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias del artículo 53 y 83 de la citada ley, en cuanto creaba duda de la voluntad del legislador, sobre el *inventario de bienes, reconocimiento de créditos y derechos de voto y la Inhabilidad para ejercer el comercio*.

En segundo lugar la modificación por la Ley 1173 de 2007, 'por la cual se modifica el artículo 120 de la Ley 1116 de 2006'. Dicha modificación obedece a la *Exclusión de la lista, cesación de funciones, remoción, recusación, impedimentos y procesos judiciales previstos en la Ley 550 de 1999*

En tercer lugar la modificación por la Ley 1380 de 2010 por la cual se amplió el ámbito de aplicación para que las personas naturales que ostentaran la calidad de comerciantes, también pudieran acceder al régimen de insolvencia.

En cuarto lugar - Modificada por la Ley 1429 de 2010, por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo'. A través de dicha ley en su artículo 31, se modificó el término para la celebración del acuerdo de reorganización, limitando un periodo de 4 meses para celebrar el acuerdo.

En quinto lugar, sea necesario referir la Ley 1676 de 2013, la cual regula temas relacionados a las garantías mobiliarias, la cual contempla la posibilidad de dar inicio, continuar y llevar hasta su terminación procesos que incorporen garantías mobiliarias, donde se contemple la posibilidad de disponer de los bienes con garantía real que no se consideren necesarios para la continuidad y desarrollo de la actividad económica del deudor. Este se podría considerar con un avance importante y necesario para la protección de los acreedores al interior del proceso de insolvencia.

En Sexto lugar el Decreto Legislativo 560 de 2020, 'por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica'. Decreto que permitió vislumbrar y reconocer por parte del gobierno, que el régimen

de insolvencia vigente a través de la ley 1116 de 2006, cuenta con carencias de fondo que limitan de manera sustancial la capacidad de los deudores para realizar el pago de las acreencias, también flexibilizo “las limitaciones, permitiendo al deudor como parte débil realizar pagos de sus acreencias de manera libre, sin exceder el 5% del total del pasivo externo” (Gobierno Nacional , 2020), situación que sin duda alguna , sirvió para que algunos de los acreedores, pudieran recibir el pago de sus obligaciones sin largas esperas, como se hubiera esperado en el tramite normal, asertivamente contemplo este decreto la carencia de incentivos para promover los alivios financieros, pues dio un valor especial al deudor que se encuentra en crisis y que tiene el animo de salir de ello.

Sin lugar a duda, este decreto abrió la puerta al establecimiento de mecanismos de capitalización de acreencias, descarga de pasivos y pago de deuda sostenible, “con el fin de promover acuerdos que verdaderamente viabilicen la continuación de la empresa como unidad productiva y fuente generadora de empleo.” (Gobierno Nacional , 2020)

Acertadamente el decreto 560 de 2020 señalo en la parte considerativa que “Que el régimen concursal actual carece de estímulos suficientes a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización y, en consecuencia, una simple crisis de liquidez puede derivar en la liquidación de una empresa viable. por lo tanto resulta necesario establecer condiciones favorables para promover la financiación del deudor en proceso de reorganización con el fin de incentivar a los diferentes actores a proporcionar soluciones de liquidez con el fin de viabilizar la empresa en crisis y, de esta manera, lograr un efecto favorable para la recuperación de empresa.

En Séptimo lugar el Decreto Legislativo 772 de 2020, donde se estableció la protección del orden económico y la mitigación de la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas de manera directa por la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, este decreto busca la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los mecanismos de salvamento, recuperación y de liquidación judicial de las empresas, con la única finalidad de recuperar de manera célere la economía que se desequilibra debido al COVID -19, con la única finalidad de retornar rápidamente los activos a la economía de forma ordenada, eficiente y económica., por tal motivo crea mecanismos más expeditos para el acceso a este régimen', es decir no crea tantos limitantes y facilita el inicio de los concursos, lo cual es beneficioso para el deudor, ya que recibe un alivio rápido e inmediato, pero nuevamente deja en evidencia que los acreedores, quienes también han sufrido las consecuencias de las crisis económicas, sigan viendo menoscabados sus derechos que aunque indirectamente no sean en su mayoría su única fuente de ingresos, como lo es el caso de las entidades financieras, si logra desestabilizar el flujo de sus ingresos y afectar negativamente el ejercicio de sus actividades con normalidad.

Importancia del Régimen de Reorganización Empresarial en Colombia

La Constitución Política de Colombia, dispone en su artículo 333² establece que la empresa debe ser la base del desarrollo económico y por ende deben ser impulsadas por el Estado, pues acertadamente afirma el Profesor Wilches:

²Artículo 333. —La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el

Las empresas son el eje central de cualquier economía capitalista, por lo cual es obligación estatal velar muy juiciosamente por la buena marcha de estas, toda vez que el empleo, la inversión, el ahorro, el crédito, el crecimiento de la economía, dependen en buena medida de la adecuada marcha de las empresas de un país. (Wilches Durán, 2008)

Acorde con lo anterior, se puede concluir que el Estado ocupa un papel, indispensable en la recuperación económica de los deudores y de manera análoga los acreedores deben compartir el mismo pensamiento, que se eleva a rango constitucional, donde son los acreedores los más “interesados en que la empresa que sea viable se recupere, para poder ver satisfechos sus intereses” (Wilches Durán, 2008)

Es menester, resaltar el papel del Estado frente a los empresarios en crisis, pues consiente del papel que ocupan en el desarrollo económico del país, crea escenarios, para que se puedan llegar a acuerdos que salven las empresas, pues es notoria la prelación de pago del crédito, sobre la perseveración de las empresas que sean viables, es decir, el Estado prefiere que el empresario salde sus créditos, no importa que tarde en el tiempo, para que no se desajuste el engranaje económico del sistema financiero, que exigirle al sistema financiero que salde u olvide las obligaciones a cargo del empresario deudor, situación que debe ser apoyada desde la academia, pues sin este tipo de estrategias, el acceso al régimen de insolvencia sería débil y fácilmente vulnerable por los empresarios insolventes.

Acertadamente concluye el profesor Wilches al indicar que “papel del Estado velar por que haya equilibrio entre los intereses en juego, teniendo siempre como norte de sus

desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

decisiones garantizar buenas y cada vez mejores condiciones de vida de sus ciudadanos”.

(Wilches Durán, 2008)

De manera semejante, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que, “El Régimen de Insolvencia Empresarial tiene por finalidad la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo” (Concepto Jurídico No. 23338, 2010) pensamiento que concuerda con el espíritu del Legislador, donde el proceso de reorganización debe desarrollarse siempre “bajo el criterio de agregación de valor” (Concepto Jurídico No. 23338, 2010). Dicho en otras palabras debe preservar las empresas que sean viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos.

En esta misma instancia, se debe reconocer que a nivel jurisprudencial, se han creado importantes argumentos, que protegen la labor del empresario y que apoyan el resurgimiento empresarial, en particular se debe resaltar el pronunciamiento del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien acertadamente indicó “ El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias” (Sentencia C-620 de 2012, 2012). Señalamiento que se debe tener presente, en todas las etapas del trámite de reorganización, pues convenientemente, el principio de la buena fe, debe ser el pilar que fundamente el proceso para su pronta solución.

En este momento de tanta coyuntura social y economía, cada día son mas

los deudores que ingresan a un concurso de acreedores, si bien es cierto las crisis tan repentinas como estas no dan tiempo para que el deudor premedite su actuar, sino se ve obligado a actuar bajo la presión del tiempo, para lograr una solvencia rápida.

Capítulo 2

Análisis de los principios mas relevantes del derecho que regulan los procesos de reorganización empresarial

Los principios son actualmente considerados como mandatos de optimización, es decir: Como directrices que se deben observar en la mayor medida de lo posible. Por ende, la concepción actual de los principios no admite su entendimiento como absolutos, dado que no están presentes en cada situación o relación jurídica que tiene lugar dentro del ordenamiento jurídico colombiano. (Rodriguez Espitia J. J., 2015)

Por lo que nos permite inferir que los principios superan lo que se establece en el Derecho Positivo, dando esto una abierta aplicación a los mismos, configurándose entonces como una esencia propia de la actividad jurídica.

Los principios “son enunciados normativos que expresan un juicio deontológico” (Carpintero, 2005), es decir son parámetros que rigen la conducta de los individuos que acuden a él, en aras de cumplir con la finalidad con el que fue creado, aunque no son conductas establecidos de manera coercitiva, si se espera que los sujetos procesales que se vinculan, orienten su actividad bajo una figura de libertad sujeta a la responsabilidad que le impone su conciencia con la única finalidad de actuar en justicia y en el Derecho esperado.

En efecto la ley 1116 de 2006, instituye siete principios que deben ser analizados sustancialmente junto con la manera en que se vinculan e incorporan al ámbito del derecho concursal, con la finalidad de lograr una conceptualización que permita ahondar en la

aplicabilidad dada por cada uno de los sujetos que acuden al trámite concursal, logrando así determinar la vía de aplicación e incorporación en los procedimientos de reorganización.

Los principios son partes integrantes y esenciales todos los ordenamientos jurídicos, en mi concepto debe ser el fundamento principal en el ejercicio del derecho, ya que se convierten en instrumentos esenciales, para lograr dar una aplicabilidad de las normas amparados en los preceptos de justicia que persigue el derecho Así mismo deben ser “entendidos como elementos esenciales contribuyen a la creación y adecuación del ordenamiento, y también a su interpretación” (Rengifo García, 2004), Importantes tratadistas como S. BARTOLE (1997), clasifican los principios como “son integrativos, creativos, interpretativos, delimitadores y productores”. A su vez son creados con funciones esenciales como

A) integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo; B) interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los presupuestos de hecho en un enunciado amplio; C) delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales; D) productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda lo íntegro del ordenamiento. (Bartole, 1997)

En un país como Colombia, se hizo necesaria la presencia de intervenciones provenientes de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, para que modernizara la concepción y una nueva interpretación del derecho, para que actuara en concordancia con las demás ramas del estado. Es decir, se empezó a evidenciar más libertad de opiniones y juicios de valor en los diversos fallos, entendiendo los principios como parte fundamental del Derecho, por ende, los Jueces, no solamente se limitaban a la aplicación taxativa de una norma sino, empezaron a valorar y estudiar los principios propios del Derecho para conducir sus fallos a un ejercicio propio de equidad y justicia.

Así mismo, con la creación de nueva jurisprudencia fundada en nuevas mentalidades de pensamiento, fueron con el paso del tiempo apareciendo nuevos conceptos que con el pasar del tiempo se introdujeron de manera permanente en el ordenamiento jurídico Colombiano, para describir algunos: “la buena fe, las simulaciones, el fraude a la ley y para el caso que nos ocupa el abuso del derecho, también conceptos como la responsabilidad civil, los errores de derecho y el enriquecimiento sin causa” (Hinestrosa, 2000).

La expresión del abuso del derecho se empezó a incorporar en nuestro ordenamiento, a causa de las diversas maniobras que ejercían los ciudadanos para evadir sus compromisos de orden legal, pues se amparaban en los vacíos jurídicos que se encontraban en los mandatos legales, así obtenían beneficios que se fundaban en una apariencia legal, por realizarse conforme a la ley.

En la actualidad en nuestro País y con situaciones no muy lejanas de nuestro entorno, con facilidad podemos evidenciar que se presentan muchas instituciones de orden legal que se crean específicamente con el fin de evadir las responsabilidades. Es así como el abuso del derecho se debe entender como un concepto jurídico de carácter indeterminado, es decir como aquella institución que “supone el ejercicio de un derecho perteneciente al sujeto, excediéndose de sus límites naturales, lo que genera perjuicio a tercero, sin utilidad alguna para su dueño.” (Woltersk Luwer, 2020)

Atendiendo a lo estipulado en el artículo 4 de la ley de reorganización empresarial se determina que, el régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

Principio de Universalidad. Este principio se configura como un principio dual, que determina dos vías de aplicación, que corresponden a una universalidad objetiva y otra subjetiva, la universalidad objetiva, consiste en que la totalidad de los bienes del deudor quedan

vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. La Jurisprudencia Colombiana ha determinado que:

La masa activa del concurso estará integrada por la totalidad del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración y por los bienes y derechos que adquiriera hasta la conclusión del procedimiento. Componen el patrimonio del deudor los bienes y derechos propios y los gananciales cuya administración le corresponda por ley o por capitulación matrimonial, con excepción de aquellos bienes y derechos que tengan el carácter de inembargables. todos los bienes del deudor conforman una masa patrimonial que se constituye en prenda general de garantía de los acreedores; correlativamente, los acreedores establecen una comunidad de pérdidas, lo que significa que sus créditos serán cancelados a prorrata, o en proporción a las posibilidades económicas, una vez realizada la venta de los bienes del deudor. (SENTENCIA T- 070 DE 2010)

Al analizarse , que todo el patrimonio del deudor queda vinculado al trámite, puede entonces deducirse que se encuentra como una prenda a favor de sus acreedores en el entendido que se disponen como contraprestación para el pago de las obligaciones, como un principio objetivo del derecho concursal, es menester que el deudor no falte a la verdad al momento de denunciar su patrimonio, pues las crisis financieras no llegan de repente, sino es la sumatoria de varias actuaciones previas que conducen al desequilibrio económico, por ende es difícilmente justificable que un empresario pueda perder todo su patrimonio de la noche a la mañana, cuando de primera mano tiene conocimiento que ha empezado a sufrir las consecuencias de actividades comerciales que le condujeron a su estado de crisis financiera.

El patrimonio del deudor que acude al concurso de acreencias, “debe ser concebido como una universalidad jurídica que garantiza los derechos de crédito de los acreedores del deudor

concurado” (Rincón Bohórquez, 2019), al convertirse entonces el patrimonio en una garantía, los deudores deben actuar con la mayor verdad posible, denunciar la totalidad de sus bienes, esto como muestra legítima de su interés absoluto en la negociación.

Este principio de universalidad crea un alcance de la afectación patrimonial del concursado, “de modo que la declaración judicial de concurso implica la afectación de todos los bienes de una persona – propios y gananciales cuya administración le corresponda, presentes y futuros – a la satisfacción de los créditos anteriores a dicha declaración” (López Rodríguez, 2020)

De otra parte, nos encontramos con el principio de universalidad subjetiva, la cual hace referencia a las obligaciones que tienen todos los acreedores del deudor del concurso de vincularse al proceso de insolvencia; se crea entonces para ellos una carga impositiva para acudir al proceso de reorganización y formar parte del concurso e intervenir como la única opción jurídica, que tienen para satisfacer el pago de sus obligaciones.

Cuando se habla del principio de universalidad subjetiva en el campo del derecho concursal, debemos referirnos a la integridad de los acreedores y la unidad que representan, considerando de esta manera su presencia es indispensable para poder desarrollar el trámite, quienes deben hacer presencia desde que inicia hasta que culmine la reorganización.

La ley 1116 de 2006, establece una prohibición expresa, que busca blindar el proceso judicial, esto es que no es posible admitir demandas ejecutivas, a partir de la apertura de la reorganización, así como la iniciación de procesos ejecutivos en curso a estos procesos, ya que la norma es clara al determinar que todas las deudas reconocidas deben ingresar al trámite.

Se configuran las partes necesarias para participar en el trámite, entendiendo que no puede existir un proceso de insolvencia sin la presencia y participación de los acreedores,

quienes se ven obligados a vincularse al trámite convocado ya que posteriormente no se podrá iniciar un trámite independiente para su presencia y participación.

Es fundamental recalcar que en virtud de “este principio se entiende al proceso de insolvencia como el único escenario, inicialmente, al cual todos los acreedores del deudor concursado deberían acudir para efectos de hacer valer sus créditos,” (Rincón Bohórquez, 2019), pues los acreedores después de haberse iniciado el trámite de insolvencia pierden el derecho de ejercer acciones de cobro independientes para el pago de sus obligaciones durante el tiempo que dure la reorganización.

El juez del concurso puede decretar medidas cautelares sobre los bienes que configuran el patrimonio del deudor, esto con el fin de que el Deudor pierda su facultad para la disposición de sus bienes, ahora bien, en el entendido que un deudor tiene un completo conocimiento de su situación financiera, previo a dar inicio al trámite de reorganización, puede iniciar fácilmente iniciar el trámite para la enajenación de sus bienes, con el ánimo que no puedan configurarse como garantía de las obligaciones a su cargo.

La universalidad de los bienes que integran el patrimonio del deudor, deben ser objeto de vigilancia permanente, la legislación debe prevenir y exhortar con mayor precisión a los jueces concursales para que realicen un rastreo o investigación que haga parte del proceso de los periodos previos al inicio del trámite, esto en el entendido que una crisis económica no es repentina, sino es la sumatoria de circunstancias que permiten crear escenarios desfavorables para los deudores, que permiten premeditar sus actuaciones muchas de ellas de mala fe, para ocultar, trasladar, gravar o transferir el dominio del patrimonio a terceros de confianza.

Este es uno de los principios que la ley contempla un castigo cuando no se aplica, pues la ley 1116 de 2006, contempla la revocatoria de los actos que sean fraudulentos o que no se

realicen conforme al espíritu de la ley. Esta revocatoria permite que las cosas vuelvan a su estado previo dejando nulos los actos realizados con la intención de fraude, sin embargo la legislación no prevé castigos fuertes que impongan sanciones a los deudores, simplemente se revoca el acto y se continúa con el trámite, situación jurídica que aunque sea conforme a derecho no crea las garantías necesarias para avalar y salvaguardar los derechos de los demás sujetos procesales que hacen parte del concurso.

Principio de Igualdad. Corresponde al tratamiento equitativo que debe darse a todos los acreedores, dicho tratamiento es conocido por la doctrina como el *par conditio creditorum*, sin embargo dicho tratamiento se encuentra evadido en parte por la prelación de créditos que establece la ley, sin embargo los acreedores en los procesos que tienen carácter de universales, “deben concurrir en igualdad de condiciones tanto para la gestión de sus intereses como para el pago de sus acreencias frente al agente económico” (Sentencia C-527, 2013).

El tratamiento que los acreedores reciben dentro del trámite de insolvencia, debe procurar por ser lo más igualitario posible, por ejemplo la ley establece que ninguno de ellos podrá iniciar por su cuenta el cobro judicial de las obligaciones a su favor, ni siquiera cuando existan acreedores con obligaciones de mejor derecho como los reales, pues al estar todos en la misma condición, frente al deudor, los cohibe de ejercer su derecho al cobro y esperar como los demás acreedores.

El principio de igualdad tiene plena cabida en los procesos de insolvencia, pues los acreedores deben soportar alguna pérdida, y “lo más razonable es que la soporten de manera equitativa y en proporción a sus respectivos créditos”, (Rodríguez Espitia J. J., 2019), el fundamento constitucional del presente principio se encuentra en el artículo 13 constitucional, el cual da una garantía de protección y trato ante los demás.

La Jurisprudencia Colombiana ha establecido que el principio de igualdad entre acreedores, por su parte, instituye que todos los interesados deben hacerse parte dentro del proceso concursal, “respetando de forma rigurosa los procedimientos, recursos y cargas previstas por el legislador para la participación en el concurso. (Sentencia T 079, 2010)

Es así como todos los procedimientos que trae inmerso el trámite de insolvencia deben ser respetados, en virtud del:

Carácter general y abstracto de la ley, sin embargo, en el caso de los concursos de acreedores, esta exigencia hace parte de la naturaleza del proceso, pues si se toma en cuenta la limitación patrimonial que se enfrenta al iniciarse una liquidación obligatoria, la posibilidad de que algunos acreedores persigan sus intereses por vías privilegiadas, o la flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los términos procesales, implicaría una afectación del conjunto de acreedores. (Sentencia T 079, 2010)

Como lo mencione anteriormente, el principio a la igualdad configura la condición PAR CONDITIO CREDITORIUM, conocida como la condición paritaria de acreedores, donde nadie tiene mejor derecho que el otro y todos se ven en la obligación de soportar las cargas que impone la insolvencia de su deudor. Sin embargo el Juez del Concurso debe realizar un juicio objetivo y circunstancial de cada una de las situaciones de los acreedores, pues así como existen acreedores con suficiente solvencia económica como una entidad financiera, también hay escenarios donde los acreedores, lo único que tienen para su subsistencia en la obligación a su favor que ahora se encuentra sometida a un proceso de reorganización que demanda tiempo y que puede que se convierta en incierto hasta que sea aprobado el acuerdo que le permita al deudor empezar el pago de sus obligaciones, además que la ley da un trato diferente a este tipo de acreedor, sino lo

somete a un turno de pago, establecido por la ley civil y denominado prelación de créditos, donde unos créditos u obligaciones tienen más importancia que otros por lo tanto la ley exige su pago de manera prioritaria.

Aquí es importante reflexionar si la prelación de créditos, en este tipo de procesos realmente es equitativa y justa, pues someter el crédito a un turno que puede llegar en varios meses o incluso años, dependiendo el pacto concursal al que llegaron las partes, que recordemos realizan una votación para aprobar o improbar el acuerdo, donde también pueden existir alianzas que pongan en desventaja al deudor, solamente para no permitir el pacto concursal y buscar la liquidación judicial de las empresas, donde los acreedores pueden recibir parte del patrimonio como pago de su obligación, situación que es muy beneficiosa para los acreedores, en tanto el pago que reciben por su acreencia se da en menor tiempo del establecido, pero perjudican notoriamente el ejercicio empresarial.

Principio de Eficiencia. Busca el Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de estos, basados en la información disponible. El concepto de eficiencia suele identificarse con la optimización de los recursos económicos empleados para alcanzar un fin, por lo que tiene una especial trascendencia en el campo de la economía. Así, de acuerdo con Samuelson, Nordhaus y William (2004), eficiencia significa “utilización de los recursos de la sociedad de la manera más eficaz posible para satisfacer las necesidades y los deseos de los individuos” (Samuelson, Nordhaus, & William, 2004).

El principio de eficiencia debe determinar una manera clara de compensar a los acreedores que han visto incumplidas las obligaciones a su favor, “tratando a su vez de maximizar el valor de las empresas que se encuentran en una situación de insolvencia” (López-Gutiérrez, Carlos; Torre-Olmo, Begoña; Sanfilippo-Azofra, Sergio, 2011), para conseguirlo la

doctrina ha establecido que se deben considerar tres tipos de eficiencia, “que se relacionan con tres períodos de tiempo distintos, dependiendo de la información disponible” (Franks, Nyborg, & Torous, 1996) , que se determinan de la siguiente manera:

Eficiencia Ex Ante. Como su nombre lo indica, se produce de manera anticipada antes de que el Deudor tenga dificultades financieras;

Trata de evitar que el deudor tome decisiones en contra de los intereses de los acreedores, incentivando el cumplimiento o satisfacción de la deuda. Consiste en maximizar el valor obtenido por los acreedores propiciando la aparición de mecanismos para que los acreedores ejerzan una actividad de control sobre las actuaciones de la empresa. (Cornelli & Review, 1997)

En principio todas las regulaciones jurídicas que intervienen en el derecho concursal tienen doble efecto, sobre el comportamiento que tienen los deudores de manera previa, el primero “se le denomina efecto "castigo" para los directivos cuando la empresa entra en el procedimiento concursal, y que les estimula a tomar decisiones con el objetivo de evitar que la empresa llegue a tener problemas de insolvencia.” (López-Gutiérrez, Carlos; Torre-Olmo, Begoña; Sanfilippo-Azofra, Sergio, 2011) y en segundo lugar “un correcto funcionamiento del mercado de crédito penaliza a aquellas empresas que no hacen frente a sus obligaciones de pago, penalización que puede afectar a los accionistas y a los directivos de la empresa o deudor insolvente.” (López-Gutiérrez, Carlos; Torre-Olmo, Begoña; Sanfilippo-Azofra, Sergio, 2011)

La eficiencia Ex ante, debe operar de manera previa al trámite de reorganización, pues en la praxis, se evidencia que los deudores no se enfrentan a sus crisis económicas de manera inmediata, de la noche a la mañana, sino es el resultado de una serie de decisiones y circunstancias que lo condujeron a esa finalidad, es por ello que al analizar este tipo de eficiencia

de manera anticipada, para evitar que los deudores actúen de manera previa frente a una posible enajenación de su patrimonio en aras de no satisfacer el pago de las obligaciones a su cargo.

Eficiencia intermedia. Como segunda parte del periodo de tiempo analizado, la eficiencia intermedia “trata de maximizar el valor de las empresas o deudores con dificultades financieras antes de que declaren su situación de insolvencia.” (López-Gutiérrez, Carlos; Torre-Olmo, Begoña; Sanfilippo-Azofra, Sergio, 2011), pues antes de “producirse la entrada en el procedimiento, se pueden manifestar distintos comportamientos ineficientes por parte de los directivos de la empresa: los problemas de sobreinversión, subinversión y el retraso en la entrada en el procedimiento.” (López-Gutiérrez, Carlos; Torre-Olmo, Begoña; Sanfilippo-Azofra, Sergio, 2011)

La aplicación de la eficiencia intermedia se debe presentar cuando el deudor empieza a tener dificultades o crisis económicas, pero aún no ha iniciado el trámite de reorganización, por lo tanto, se debe dar una correcta y eficiente diligencia a esta etapa del principio, pues el deudor ya conoce que está presentando conflictos de orden económico, y empieza a buscar estrategias para solventar sus obligaciones y evitar cobros judiciales que le puedan llegar a causar mayor dificultad.

En esta etapa pueden surgir inconvenientes de la siguiente magnitud; en un primer escenario se puede presentar una premeditada estrategia jurídica, donde el deudor conociendo su estado de vulnerabilidad financiera, pueda ejecutar maniobras de aparente financiación con terceros de confianza, para que realicen préstamos ficticios para inflar el pasivo, ello con la finalidad que, cuando se realice la presentación de créditos al proceso de reorganización, estos acreedores ficticios puedan acceder con voz y voto a tomar determinaciones que evidentemente puede que cambien el rumbo del trámite.

Cuando el deudor comienza, a realizar maniobras para evadir o persuadir a sus acreedores, empezamos a tener “problemas de riesgo moral” (Myers, 1977), donde los deudores al percibir las consecuencias que pueden acarrear frente a sus acreedores reales, de mala fe y amparados en la apariencia del buen derecho ³, empiezan a realizar cualquier clase de actos jurídicos, que aparentemente son legales, para salvaguardar parte de su patrimonio, pero no son otra cosa que una manera de evadir sus compromisos.

Eficiencia ex post. Es el ultimo escenario donde hace presencia este principio, pues tras el resultado de la reorganización se ha logrado, un correcto uso del patrimonio, una eficiente calificación de los créditos y un acuerdo de pago satisfactorio para todas aquellas personas que intervienen en el sin importar sus calidades, por lo tanto, se podrá decir se ha ejercido de manera correcta la relación existente entre los recursos empleados para alcanzar el fin que se persigue y los resultados obtenidos al culminar el trámite de reorganización.

Principio de Información. Es un principio en virtud del cual el deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.

Este principio es una directiva en virtud de la cual las partes deben proporcionar información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo al acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso. El Decreto 991 de 2018 introdujo una serie de disposiciones que buscan promover la implementación del principio, al imponer nuevas cargas procesales a los auxiliares de la justicia y promover el uso de la tecnología en la aplicación de este principio; asimismo, los procesos concursales crea una atmosfera eminentemente transaccional, donde las partes que la

³ “fumus boni iuris”.

integran plantean, negocian y proponen fórmulas para normalizar el pasivo del deudor y viabilizar su operación. En ese tipo de escenarios, la asimetría de información es un costo que conlleva a la adopción de decisiones ineficientes como la celebración acuerdos que no pueden ser cumplidos o que no permiten maximizar el valor del patrimonio del deudor. En el caso del proceso de liquidación, este principio busca dar transparencia a la labor del liquidador y que los acreedores conozcan la vocación de pago de su crédito.

Este principio debe ser aplicado, con la mayor probidad posible y deontológicamente entendido y ejecutado

Principio de Negociabilidad. Hace referencia en que las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.

Este principio debe aplicarse de manera especial, teniendo en cuenta que versa sobre la buena fe de las partes dentro del concurso, debe existir una flexibilidad en cabeza de las partes para lograr una correcta negociación, en especial lograr un equilibrio entre las partes para que ninguna se vea afectada, ni lesione los intereses de manera negativa.

La negociabilidad, no solamente debe entenderse como un principio sino también como una estrategia jurídica para dar por finalizada una controversia. Cuando el deudor inicia un trámite de insolvencia, debe tener la capacidad de enfrentarse de manera pacífica con sus acreedores, ya que ellos en muchas ocasiones no tienen la disposición para dar por finalizado un conflicto en torno a las obligaciones a su favor, es por este motivo que todas las partes deben procurar mantener un juicio objetivo de las circunstancias para poder concluir de manera exitosa el concurso.

Principio De Gobernabilidad Económica. Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

El ejercicio del Derecho debe ser aplicado, con el riguroso respeto y observancia de los principios generales que regulan su actividad, en nuestra carta política, se han reconocido derechos en favor de los ciudadanos

La jurisprudencia nacional ha creado y reconocido el derecho de acción también conocido como el derecho de litigar, es la potestad que una persona tiene de recurrir al aparato jurisdiccional del Estado con miras a resolver sus situaciones litigiosas. En esa medida, puede materializarse este derecho en la presentación de demandas, en el denuncia penal, y en la práctica de medidas cautelares, como los embargos excesivos. Recurrir al aparato jurisdiccional del Estado, como anteriormente se comentaba, es un atributo propio de cualquier persona, pero el ordenamiento jurídico colombiano desde hace ya décadas, ha venido sosteniendo la tesis de que el exceso en el litigio constituye un abuso del derecho, debido a que la persona que ha puesto en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado no ha actuado con diligencia ni cuidado o lo ha hecho con la intención de causar perjuicio, es decir, cuando la actuación ha sido negligente, temeraria o con malicia, para obtener una protección jurisdiccional inmerecida; hecho es inadmisibles en un Estado de derecho o social de derecho como el postulado en la Constitución de 1991, porque cuando así se actúa se configura la teoría del abuso y con ella, como consecuencia, se genera un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual, en la cual según la jurisprudencia nacional y según la doctrina planteada por Josseland, constituye una especie particular de culpa aquiliana en la que se puede ir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en la que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el

daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada ((Corte Suprema de Justicia de Colombia, abril 28 de 2011, 2011))

Capítulo 3

Configuración del abuso del derecho en los procesos de reorganización empresarial

Noción

El abuso de derecho “ocurre cuando el titular de un derecho subjetivo lo ejerce de manera abusiva en contra de la finalidad de la norma o debiéndolo ejercer no lo ejerce.” (Universidad de los Andes, 2021).

Atendiendo a la noción descrita, el abuso del Derecho se configura, cuando se ejercen actuaciones, que van en contravía al espíritu de ley o simplemente no se ejercen. Tratadistas como Marcel Planiol equiparan “el abuso del derecho con el acto ilícito”. (Planiol, 1925), por lo cual se permite inferir que cuando se ejercen actividades en contravía de la ley, no solamente se causan perjuicios a quien recibe sus daños, sino se materializa la comisión de conductas antijurídicas que deben ser penalizadas por el Estado.

El abuso del derecho puede comprenderse como el desarrollo de actuaciones que van en contravía del ordenamiento jurídico, que desvía la finalidad de las normas y la protección de los interés para las que fueron creadas. A través de la Sentencia T-280 de 2017, la Corte Constitucional señaló que:

Una persona comete abuso del derecho cuando: (i) obtuvo el derecho de forma legítima, pero lo utiliza para fines contrarios al ordenamiento jurídico; (ii) se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas, con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico; (iii) hace un uso inadecuado e irrazonable del derecho, contrario a su

contenido esencial y a sus fines; y (iv) invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada desvirtuando el objetivo jurídico que persiguen.

Ahora bien, Fernando Hinestroza, fundamentó que “el abuso del derecho, tiene el carácter de principio general del Derecho” (Hinestroza, 2000), esta teoría se funda para:

Reconocer de la existencia de un derecho subjetivo que es empleado con miras a causar un perjuicio injustificado a un tercero, en virtud del empleo de una mecánica abusiva de las prerrogativas o beneficios derivados de la posición de predominio del agente titular del derecho sobre el sujeto perjudicado con dicho actuar. (Quintero Henao, 2013)

Louis Josserand determina que la teoría del abuso del derecho está dada por el siguiente razonamiento:

Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta delictuosa o cuasi delictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad.

Para Louis Josserand, “es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada.

El Derecho, tiene una función social que significa que “los derechos no actúan únicamente en una órbita individual, sino que se mueven en un campo social” (Bolgar, 1975) lo que permite afirmar, que los derechos y las normas se crean no solo para regular las esferas individuales, sino también para regular, el comportamiento de los seres humanos frente a sus

semejantes, es decir, análogamente, se podría concluir que el derecho no solamente se crea para mí, sino se crea para todos, y bajo este precepto, nadie está legitimado para actuar, ocasionando un daño o una lesión a otro en el ejercicio de sus propios derechos. El abuso del derecho es, pues, una manifestación clara de que “el fin del derecho no es solo la protección del individuo sino de la persona en su realidad social, en vistas a su función solidaria en pos del bien común” (Ordoqui, 2010)

Avanzando en nuestro razonamiento, y como bien se determina:

El abuso del derecho se convierte en una figura que tiene que ver con la existencia de un derecho subjetivo que, con fundamento en su legitimidad, se ejercita de manera contraria a la buena fe, a las sanas costumbres y a los fines altruistas para los cuales fue previsto”, (Peña Ramirez, 2015) ,

Con la certeza que puede ocasionar daños a terceros, al ejercitar sus acciones.

Así las cosas en los procesos de insolvencia, que se analizan en la presente investigación, de manera expresa imponen obligaciones específicas para cada una de las partes del concurso, las cuales deben ser ejercidas de manera taxativa a efectos de lograr un acuerdo satisfactorio para las partes. Ahora bien, para el caso que nos ocupa entraremos a analizar las actuaciones que ejercen los deudores de manera abusiva y en contravía de la ley para deslegitimar los derechos de los Acreedores frente al proceso de reorganización.

La noción de abuso del derecho tiene una significación de importante estudio para la ciencia jurídica, puede entenderse como una desviación del derecho y del poder, para Louis Josserand (2008):

es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada.

De manera que el Derecho tiene espíritu, objeto y finalidad, y cuando alguien intenta apartarlo de su misión, comete una falta, pues debe existir una coherencia entre el espíritu, o función del derecho, y el móvil o razón de quien se encuentra facultado a ejercerlo.

En sentencia SU-631 de 2017, la Corte Constitucional, definió el abuso del derecho como un supuesto bajo el cual un titular de un derecho hace de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. También en otra sentencia indica que “se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros (T-511, 1993).

Finalmente, se debe indicar:

El abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, este se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima. (Sentencia SU-631 de 2017)

El sistema jurídico colombiano proscribire, en general, el ejercicio abusivo del derecho, el artículo 95 de la Constitución Política de 1991 las personas y los ciudadanos tienen el deber ineludible de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". Para identificar este tipo de conductas, el juez en cada caso concreto debe orientarse a establecer "sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, si de la conducta del titular del derecho, puede construir su pleno convencimiento de un ejercicio abusivo y malintencionado de un derecho determinado" (Corte Suprema De Justicia. S.C.L. Rad. No 46175. 2011), que por lo general será el que trascienda el marco y la finalidad que el Constituyente y el Legislador le han otorgado a una facultad individual.

La actuación a la que puede atribuírsele un abuso del derecho resulta ambivalente para el ordenamiento jurídico. Mientras da la apariencia de estar conforme a derecho, en realidad lo contradice en forma inusual o atípica (Atienza & Ruiz, 2000.). Entonces, cuando en principio la conducta es legítima porque está amparada por una regla que habilita al sujeto a actuar como lo hace, a la luz de un ejercicio de estudio que trasciende la disposición normativa singularmente considerada y bajo una óptica sistémica del ordenamiento, se llega a la conclusión opuesta (SU-631 de 2017).

El abuso del derecho es una institución jurídica que, en un claro rechazo por la visión de los derechos subjetivos como garantías absolutas para sus titulares, asume el ejercicio de los derechos en contexto, no solo jurídico sino también social. Trata de reivindicar las prerrogativas individuales como facultades o permisiones que tienen fines que trascienden la dimensión individual e individualista de los derechos. (Josserand, 1999.)

Para Atienza & Ruiz Manero (2000), el abuso del derecho siempre acarrea un daño inadmisibles “concreto o sistémico, directo o indirecto”, en tanto implica la disfunción del sistema o subsistema de derecho, para concretar intereses individuales. Bajo este calificativo “abuso del derecho” se agrupan las actuaciones concretas de un sujeto que, en ejercicio de un derecho subjetivo desborda el alcance de este y, al hacerlo, compromete antijurídicamente los intereses de otra persona, particular o conjuntamente consideradas, ya por que exista una clara intención de causar un daño singular o ya porque simplemente actúe fuera de los fines legítimos que se atribuyen al derecho en ejercicio.

El ejercicio del Derecho debe ser aplicado, con el riguroso respeto y observancia de los principios generales que regulan su actividad, en nuestra carta política, se han reconocido derechos en favor de los ciudadanos, en esa medida, puede materializarse este derecho en la presentación de demandas, en el denuncia penal, y en la práctica de medidas cautelares, como los embargos excesivos. Recurrir al aparato jurisdiccional del Estado, como anteriormente se comentaba, es un atributo propio de cualquier persona, pero el ordenamiento jurídico colombiano desde hace ya décadas, ha venido sosteniendo la tesis de que el exceso en el litigio constituye un abuso del derecho, debido a que la persona que ha puesto en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado no ha actuado con diligencia ni cuidado o lo ha hecho con la intención de causar perjuicio, es decir, cuando la actuación ha sido negligente, temeraria o con malicia, para obtener una protección jurisdiccional inmerecida; hecho es inadmisibles en un Estado de derecho o social de derecho como el postulado en la Constitución de 1991, porque cuando así se actúa se configura la teoría del abuso y con ella, como consecuencia, se genera un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual, en la cual según la jurisprudencia nacional y según la doctrina planteada por Josserand, constituye una especie particular de culpa aquiliana en la que

se puede ir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en la que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada ((Corte Suprema de Justicia de Colombia, abril 28 de 2011, 2011))

Circunstancias que favorecen el abuso del derecho en el régimen de insolvencia empresarial.

Llegados a este punto, se exponen algunas circunstancias que favorecen la aparición de conductas abusivas en los procesos de reorganización empresarial. Es importante señalar que algunas de ellas se encuentran, ampliamente amparadas y reguladas por el ordenamiento jurídico a través de la ley 1116 de 2006, con las modificaciones del caso, que han sido incorporadas al ordenamiento de manera posterior a su expedición.

Una vez estudiadas las instituciones jurídicas del fraude a la Ley y abuso del Derecho, estudiaremos su aplicación en el régimen de insolvencia empresarial colombiano, para ello analizaremos algunas sentencias emitidas por parte de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, en las que se han tomado directrices o determinaciones relativas a estas dos instituciones, lo anterior permitirá moldear un escenarios o panoramas en los cuales los deudores se acogen a la Ley 1116 de 2006 en detrimento de los derechos de sus acreedores configurándose situaciones de abuso al derecho y fraude a la ley.

Acertadamente, la ley contempla una acción de revocatoria concursal, que regula los actos que han sido realizados por el Deudor, con el ánimo de perjudicar a los acreedores, afectando el orden de los pagos de los créditos, en este sentido, se deja en evidencia que el legislador prevé.

Alzamiento de bienes

Esta es una de las practicas mas comunes de fraude y abuso del derecho en un tramite de reorganización. Se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento jurídico en el articulo 253 del código penal, como un delito que ejecuta un ciudadano que, ‘ habiendo contraído deudas, oculta o hace desaparecer todos o parte de sus bienes con la finalidad de que el acreedor tenga mayores dificultades para cobrar’. (CONCEPTOS JURIDICOS, 2021) .

Así las cosas, los deudores que trasladen su patrimonio a terceros o a sus familiares directos, comenten un delito cuya conducta se vuelve gravosa al iniciar un concurso de acreedores, para el caso que nos ocupa estudiar, esta es una de las practicas, como lo decía anteriormente mas comunes que deslegitiman la buena fe de los deudores que ingresan a un tramite de reorganización empresarial.

Ocultar o trasladar el patrimonio, no es otra cosa que el resultado de un actuar premeditado que se ejerce con deslealtad y falta de ética, pues el poco o mucho patrimonio que tienen los deudores debe ser puesto a disposición de sus acreedores para satisfacción de sus obligaciones, ahora bien, teniendo en cuenta que la finalidad de la reorganización es sacar a flote las empresas sumergidas en crisis económicas, se demuestra una buena voluntad al dejar a disposición el patrimonio, pues así no se liquide, los acreedores tienen una garantía que aunque no es suficiente si basta para tener una certeza del pago de su acreencia o parte de ella.

La Corte Constitucional ha definido el alzamiento de bienes como aquel ‘consistente en retirar cualquier objeto de la masa de bienes, con intención fraudulenta.’ (Sentencia C-015 , 1997) acertadamente la Corte manifiesta que estas conductas deben ser castigadas penalmente , ‘con el objeto de proteger los derechos de los acreedores’ (Sentencia C-015 , 1997)

Es importante que la legislación Colombiana enfatice en una efectiva protección legal de los patrimonios de los deudores, es decir que el Estado tenga la capacidad de garantizar a los acreedores, que de manera previa al tramite no se cometieron conductas fraudulentas que desmejoren sus derechos dentro del concurso y que de ser el caso si esto ocurriese, sea fuertemente castigado al punto de ordenar la liquidación del deudor, es decir, que se implementen penas y castigos ejemplares que permitan advertir a otros deudores que si realizan las mismas conductas las sanciones son tan fuertes que ellos mismos se abstienen de cometer dichas conductas.

El alzamiento de bienes se debe considerar como un delito socioeconómico que también ha sido definido como ‘ cualquier acción de un deudor dirigida a la sustracción u ocultación de todo o parte de su patrimonio, dirigida a que el acreedor encuentre dificultades para hallar elementos patrimoniales con los que poder cubrir su deuda’ (Ospina, 2017) así las cosas se deja en evidencia que el deudor de manera premeditada idea mecanismos que no le permiten al acreedor encontrar bienes que pueda perseguir y que en el caso hipotético de ser encontrados, estos puedan ser perseguidos y tomados como parte de pago de las obligaciones contraídas. Esta conducta suele ser una de las mas comunes en los tramites de reorganización, desde mi experiencia profesional como litigante, me he encontrado con situaciones donde el deudor que ostenta calidad de comerciante posee un patrimonio que a todas luces satisface la totalidad de las obligaciones pendientes, traslada el patrimonio o parte de el a terceros de confianza o a familiares que permitan salvaguardar sus bienes con la finalidad de que no puedan ser vinculados a un proceso concursal, esto sucede en parte a la misma incertidumbre que genera el tramite, pues el deudor muchas veces no conoce las resultas del proceso y la mala fe acompañada de una

mala asesoría permite que se creen vacíos jurídicos que evidentemente por la naturaleza de los mimos el deudor desconoce.

En legislaciones como la española, esta conducta es calificada con un delito, que se encuentra recogido en el artículo 257 del Código Penal español, el cual impone de penas de hasta 4 años de prisión y elevadas multas que evidentemente afectan el patrimonio del deudor, pena que debe ser radical y ejemplar que ningún otro deudor, se atreva a cometer con el fin de correr con la misma suerte.

Sin duda alguna, las intenciones de los deudores que cometen esta conducta delictiva, no es otra sino la de salvaguardar su patrimonio con el único interés de que no sea perseguido por los acreedores y evite a toda costa que estos sean removidos de su titularidad por vía judicial o que sean objeto de remate cuando se encuentran en curso un proceso ejecutivo o adjudicación en liquidación durante el proceso concursal.

El Alzamiento de bienes, se convierte entonces en un acto ilícito, cuya conducta ‘ tiene el objetivo de buscar una situación de insolvencia que sirva como justificante del impago de una obligación’ (DEXIA ABOGADOS, 2021) , así las cosas las intenciones de ejecución judicial y la obtención del pago de las obligaciones a favor de los acreedores quedan en un limbo jurídico que evidentemente traen consigo perjuicios muchas veces irremediables a los acreedores, pues no solamente tienen una incertidumbre del pago de su obligación, sino también la prohibición expresa de no cobrar por vía ejecutiva, lo que afecta lesivamente sus intereses, además de ir en contravía del mismo espíritu de la ley concursal, pues frustra la reactivación económica de un acreedor que también se ha visto afectado por el incumplimiento de su deudor.

Adecuadamente se indica que, ‘ la ciencia jurídica entiende que este delito se manifiesta sin necesidad de constatar un perjuicio al acreedor, basta con apreciar esa evasión del cumplimiento del derecho de crédito, por parte del deudor’ (DEXIA ABOGADOS, 2021), sin embargo la jurisprudencia española - Tribunal Supremo a través de las sentencias SST 228 de 2013 del 22 de marzo y la 925 de 2013, ha considerado que se trata de ‘ un delito de mera tendencia, es decir que no exige que se cause un daño al derecho de los acreedores, sino que basta con la actividad encaminada a ese fin.’ Así las cosas el Derecho español castiga el actuar premeditado, cause o no cause daño, se estima que dicho castigo seria de medio y no de resultado, lo cual exige que los deudores continúen actuando con probidad en cada uno de sus actos concursales.

Falsedad en la información aportada en la solicitud de admisión al trámite de reorganización.

La falsedad en la información aportada es una situación fáctica, que se presenta al momento de admisión al trámite de insolvencia, pues aunque evidentemente no ocurre en todos los casos, si se presenta con algún grado de frecuencia, especialmente en las circunstancias, donde el deudor de manera premeditada, configura pasivos, con el ánimo de que ocupen los primeros grados de pago, con terceros de extrema confianza que puedan emitir su voto favorable dentro del trámite de reorganización. Al respecto es necesario puntualizar que la ley 1116 de 2006, se ha quedado un poco corta a la hora de configurar mecanismos, que obliguen a los deudores a aportar información cien por ciento verdadera, para evitar que se incorpore al trámite información que no corresponde a la realidad comercial del deudor. La noción de falsedad consiste en “negar lo que es cierto con el objeto de favorecerse a sí mismo, aunque sea en daño ajeno” (Maria de Olive, 1891)

Sin embargo, en el ejercicio de la practica profesional , se evidencia que en los estrados judiciales, fácilmente se aportan documentos sin que exista una verificación previa de su contenido, pese a que la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado que el Juez debe solo debe exigir:

Veracidad en documentos privados cuando: (i) el deber de veracidad proviene de la ley, como ocurre en los casos en que la ley suele entregar a los particulares el deber de certificar hechos con fines probatorios, a efectos de generar confianza en la sociedad.

(Sentencia C 637 de 2009), por lo tanto, no existe una obligatoriedad de verificar información.

Aunque se supone, que se requiere actuar de buena fe en cada una de las etapas procesales, toda regla tiene su excepción, pues no faltan casos en los que se incorpore información para inducir al director del proceso concursal a error, defraudando también a los acreedores, sin embargo falsificar documentos privados que sean utilizados como prueba en efectos jurídicos es considerado un delito, el cual se encuentra regulado por el artículo 289 del Código Penal Colombiano.

Dando alcance a la afirmación anterior, se debe resaltar que la ley 1116 de 2006, en su artículo 74, prevé que ante una situación de fraude por parte del deudor:

Se podrá demandar ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos.

Lo que significa que el Juez tiene el deber de vigilar las actuaciones del tiempo inmediatamente anterior al inicio del proceso de reorganización. Sin embargo, se puede deducir

que la acción de revocación o simulación debe ser a ruego, es decir solicitada por alguna de las partes, pues la norma no señala que el Juez pueda iniciar las acciones de oficio.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-527/13:

No desconoce el principio de buena fe (art. 83 CP) la norma según la cual puede demandarse la revocación o simulación de los negocios celebrados por el deudor durante los 18 meses anteriores al inicio de un proceso de reorganización empresarial, cuando no aparezca demostrado que el adquirente, arrendatario o comodatario obró de buena fe. (Sentencia C-527, 2013).

Sin embargo, se hace necesario que realmente se pruebe la buena fe, pues como indicaba en la parte introductoria, es difícil que las crisis económicas surjan de repente, pues estas son el resultado de acciones desarrolladas en el tiempo que, no han salido de la manera en que espera el deudor, y por ello tiene que recurrir al trámite de reorganización.

Otra forma como se presenta falsedad en la información es cuando se presentan como bienes del deudor los que son entregados en arrendamientos financieros (Leasing) de cualquier tipo de bien (inmuebles o muebles), pues los presentan como parte de sus activos cuando claramente no los son, pues la propiedad de estos es solo una expectativa que se tiene al momento de ejercer la opción de compra la cual solo sucederá cuando se cumpla el término del contrato y siempre que se haya cumplido con todas las obligaciones principalmente el pago del canon de arrendamiento. Esto sucede por cuanto el bien los están usando y tienen la apariencia de propietarios, por lo cual lo incluyen dentro de sus balances y en general en los documentos que acompañan la insolvencia o reorganización lo que genera unas expectativas equivocadas a

los acreedores que esperan satisfacer la obligación con un bien que no es real que haga parte del patrimonio del deudor.

Actos injustificados del deudor

El Legislador estableció acciones, que pueden ejercer los acreedores, en caso de que se sientan perjudicados por actos que realiza el deudor de manera premeditada, y en muchas ocasiones de manera previa a iniciar el trámite concursal. Por ejemplo , es normal que los acreedores deban soportar la ausencia de patrimonio que puedan satisfacer sus obligaciones , que alteren la orden de la prelación de pagos o que el activo pueda ser inferior al pasivo y no permita el pago de todas las acreencias, esto puede ocurrir en las ocasiones en las que el concursado realiza maniobras para desviar su patrimonio a otras cabezas, es decir traslada el dominio de sus bienes a terceros de confianza o vende sus activos para solventar su subsistencia mientras avanza el tiempo, para iniciar el trámite de reorganización.

Para estos casos en concreto el legislador estableció una acción revocatoria:

Tendiente a la reintegración del patrimonio del deudor, a través de una declaración de ineficacia de los actos realizados por el deudor cuando estos, hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de la relación de pagos. (Pereira, 2015).

Es decir, pese a que el deudor tiene la facultad de disponer de su patrimonio, no se puede desconocer que cabe la posibilidad que realicé maniobras fraudulentas frente a su patrimonio con el fin de no incluir la totalidad del patrimonio dentro del concurso. Toda persona natural o jurídica “tiene la facultad de disponer libremente de sus bienes” (Pereira, 2015), sin embargo puede ocurrir que al disponer de sus bienes atente contra la “preservación de su patrimonio y contra el principio de la *par conditio creditorum* o igual condición de crédito” (Pereira, 2015),

situación en la que se chocan dos derechos, que no pueden ser desconocidos dentro del concurso, por un lado el derecho que le asiste al deudor de disponer libremente de sus bienes y de otra parte el derecho de los acreedores a que “ no se desmejore el patrimonio el deudor, porque esta es prenda general de garantía de sus intereses” (Pereira, 2015), argumento que es amparado por el artículo 2488 del Código Civil.

La acción revocatoria concursal, debe reunir tres condiciones expresas para que esta salga adelante, en especial cuando se busca demostrar los actos injustificados que realiza el deudor con el ánimo de defraudar el trámite. La primera condición es que se perjudique a cualquier acreedor, la segunda que afecte el orden en la prelación de pago y la tercera cuando el patrimonio sea insuficiente para saldar las obligaciones del concursado, tal como lo señala el artículo 74 de la ley 1116 de 2006.

Las acciones que perjudican a los acreedores, pueden encontrarse en un limbo jurídico , que aunque parecen legítimas, son contrarias a Derecho, por ejemplo un deudor que transfiere el dominio de un activo importante, meses antes de iniciar el trámite, aunque la transferencia sea realizada dando cumplimiento a la normatividad vigente para su efectividad, esta se realiza con el ánimo de que su activo no ingrese al trámite y de manera posterior cuando el trámite finalice pueda disponer de manera legal. En estas circunstancias la ley prevé que se pueda revocar ese acto que dio origen a la transferencia, regresando el bien a cabeza del deudor para que pueda ingresar como activo al concurso e imponiendo las sanciones que haya lugar.

De otra parte el deudor también, puede celebrar contratos de arrendamiento sobre sus bienes, durante periodos largos lo cual altera el cumplimiento de las obligaciones dentro del concurso, y aunque dicho acto no altere la prelación de pagos si “causa un perjuicio a los acreedores del deudor concursado ya que se dificulta el cumplimiento de las obligaciones a su

cargo” (Pereira, 2015), en tanto los acreedores no pueden disponer del bien, por estar arrendado y puede ocurrir que el canon de arrendamiento sea usado por ejemplo para la subsistencia del deudor.

Tanto los actos que trasladen el dominio, como los que afecten el usufructo de los bienes pueden ser objeto de revocación siempre y cuando se demuestre que dichos actos fueron única y exclusivamente con el ánimo de desestabilizar a los acreedores dentro del concurso.

Protección inadecuada del crédito

Como se analizaba en la parte introductoria, la reorganización tiene por objetivo la protección del crédito a favor de los acreedores, así como se señala en el artículo 1 de la ley 1116 de 2006, es este punto es importante señalar que el interés de los acreedores gira en torno a la satisfacción y pago de sus créditos, situación que no se cumple de manera favorable al someter su crédito a un proceso de reorganización.

Al someter su deuda a un acuerdo, se condiciona el derecho del acreedor a obtener el pago oportuno de su crédito, pues queda limitado a las resultas de un proceso que le permita satisfacer las obligaciones a su cargo. Acertadamente se puede concluir que no todas las fórmulas de arreglo le son beneficiosas a los acreedores, porque en algunas oportunidades pueden los acuerdos ir en contravía a los principios propios del derecho concursal, especialmente el principio de la conservación de la empresa, porque los acreedores en muchas ocasiones, también son empresarios que dentro del marco de la estructura del mercado, se ven afectados por el incumplimiento de los deudores frente a los créditos adquiridos. El abogado Rudy Pereira (2015), indica en su obra de derecho concursal que “el interés particular debe ceder ante el interés público, el cual debe tenerse como base en la recuperación y conservación de la empresa”.

Sin embargo, se hace necesario reflexionar hasta qué punto el acreedor debe ceder su interés, para que su deudor sea beneficiado, en la recuperación empresarial. En este punto es importante realizar un análisis referente a la ponderación de los intereses de las partes del concurso, por un lado tenemos al deudor, que a su cargo tiene un pasivo considerable que fue adquirido en el ejercicio de su actividad comercial, que incluye pagos a trabajadores, impuestos, proveedores y en general pagos que le permiten generación de recursos a su favor y por el otro lado se encuentra el acreedor, que también ostenta en muchas ocasiones la calidad de comerciante, que también tiene obligaciones tributarias, trabajadores y un engranaje amplio que le permite ejecutar sus labores.

El régimen de insolvencia somete a los acreedores a apoyar la recuperación empresarial del deudor, sin embargo, deja una laguna jurídica en relación al acreedor que no tiene otro activo más que el crédito otorgado al deudor, para el desarrollo de su actividad. Así las cosas, no podría hablarse que exista una protección crediticia favorable que permita la recuperación de ambas partes, pues el acreedor también ha soportado pérdidas por el incumplimiento del deudor, que no serán reconocidas en ningún punto del trámite, vulnerando abiertamente así, el derecho fundamental a la igualdad, pues se desconoce que ambas partes están en las mismas condiciones para que sus derechos sean reconocidos.

Se presenta entonces una protección inadecuada del crédito, cuando el régimen establece recuperar y conservar la empresa, pero solamente se enfoca en una de ellas, generando un desequilibrio jurídico y financiero que crea caos e incertidumbre en las economías de los acreedores.

Sobreprotección a los intereses del deudor.

Históricamente se puede determinar que “los concursos surgieron para proteger a los deudores frente a los abusos de la justicia privada” (Pereira, 2015), afirmación que se sustenta con el espíritu que el legislador creó instituyó el régimen, sin embargo la ley ha permitido que los deudores gocen de protecciones especiales, como por ejemplo la suspensión de cobros judiciales que se estén adelantando al momento de ser admitido en el trámite de reorganización entre muchos otros.

Ahora bien, es importante resaltar, que recientemente fue incorporado al régimen de insolvencia empresarial colombiano a través del Decreto 560 de 2020, una serie de pautas y regulaciones especiales dentro del marco de la declaración del estado de emergencia, económica, social y ecológica producida por el COVID-19, y con su mera lectura se puede desprender que todo lo que allí fue incorporado es en beneficio del deudor, desconociendo que el acreedor también sufre las consecuencias de la emergencia. Este Decreto contempla: negociaciones expeditas, mecanismos de alivio financiero y reactivación, beneficios tributarios y suspensión de normas, que sin duda alguna traen consigo infinidad de condiciones y limitantes en contra de los acreedores. Por ejemplo las negociaciones expeditas, que incorporo el decreto son tramites que en el léxico jurídico se conocen como el fast-track, es decir acelera el desarrollo del trámite en tan solo tres meses, una negociación “ que permite reorganizar al deudor sin agotar la reorganización clásica que dura 20 meses en promedio.” (Mora, 2020), cabe resaltar que debido a la celeridad del trámite, los acreedores no tienen el tiempo suficiente para validar sus condiciones dentro del proceso, así que se ven obligados a tomar decisiones rápidas, debido a la presión del tiempo.

El decreto indica que esta negociación rápida, debe llevarse “Cámaras de Comercio que concluye con un acuerdo que será validado por un Juez, por la Superintendencia de Sociedades o

por un árbitro siempre que se cuente con pacto arbitral” (Mora, 2020), y sea esta la oportunidad para indicar que a mi criterio, aunque las cámaras de comercio sean unas de las instituciones que regulan las actividades comerciales de los empresarios, no tienen la plena capacidad para guiar a los deudores dentro de un acuerdo de reorganización y acertadamente lo incluye el decreto al obligar a que dicho acuerdo sea validado posteriormente por un Juez.

En segundo lugar nos encontramos con los mecanismos de alivio financiero y reactivación económica, cuyo principal objetivo es “buscar liquidez y dar salidas para

sacar adelante los acuerdos de reorganización” (Mora, 2020), por tal motivo se facilita la venta de activos que no sean necesarios para la operación del empresario, esto con el único objetivo de poder saldar obligaciones que requieran solución oportuna como lo son el pago de acreencias laborales de sus trabajadores. Aunque en principio dichas decisiones son oportunas, no dejan de causar preocupación frente a los demás acreedores, pues no tienen como garantizar sus obligaciones en especial cuando el patrimonio del deudor empieza a ser vendido, para saldar otras acreencias diferentes.

Así las cosas, la sobreprotección en favor del deudor se hace cada vez, más notoria, pues solamente, se crean pautas para proteger al deudor, su patrimonio y su empresa, pero no se detalla algún plan de acción que favorezca al acreedor.

Por otra parte está , se plantea la capitalización de acreencias, que fue incorporada a través de la ley 550 de 1999 donde, “respetando el derecho de preferencia, acreedores pueden convertirse en accionistas de la concursada” (Mora, 2020), en este punto, el acreedor se encuentra en una posición de toma de decisiones, aunque en esta oportunidad procesal se abre la posibilidad de que el acreedor capitalice su obligación con acciones de la empresa del deudor, pero no siempre es una buena opción para los acreedores, ya que en muchas ocasiones el

acreedor no es experto en el negocio del deudor, por lo tanto entraría a ejercer la actividad comercial sin ser profesional en ello, lo cual pondría en riesgo su acreencia.

También “se implementaron los pactos de deuda sostenible a favor de acreedores financieros, donde el deudor emite papeles negociables que hagan las veces de pago” (Mora, 2020); en virtud de los cuales se contemple una “reestructuración o re-perfilamiento con las entidades financieras, sin que haga falta incluir un cronograma de pago ni la extinción total de las obligaciones a favor de dichas entidades.” (Gomez Pinzon, 2020) Estos pactos de “deuda sostenible” deberán ser aprobados por el 60% de la categoría de acreedores financieros, sin embargo a la hora de ejecutarse, evidentemente las entidades Bancarias en este punto tienen un grado de alivio que les permite ampliar en el tiempo el plazo de pago de los créditos del deudor, sin embargo se condiciona con una aceptación de la mayoría de los acreedores.

Por último, se incorpora la figura de Debtor-in-Possession Financing, conocido también por las siglas DIP, una institución del Derecho anglosajón que fue incorporada en el Decreto 560 de 2020, y se configura como una “forma especial de financiación proporcionada a las empresas en dificultades financieras, normalmente durante la reestructuración bajo la ley de quiebra corporativa” (Lyndon Maither, 2013) . Dicho en otras palabras, las deudas que sean consideradas como DIP, son consideradas “superiores a todas las demás deudas, acciones y cualquier otro valor emitido por una empresa” (Stuhl, 2003) en ese orden de ideas este tipo de obligaciones tienen preferencia en su pago, por lo cual vuelve a desplazar a los acreedores que inicialmente confiaron sus créditos en cabeza del deudor, dejando sin garantías a los acreedores que no están de acuerdo con este tipo de acuerdo. El deudor buscará financiación para el desarrollo del giro ordinario de los negocios a través de esta figura, “la cual tendrá preferencia en el pago y no requerirá autorización del Juez.” (Mora, 2020).

Este tipo de financiación “se puede utilizar para mantener un negocio en funcionamiento hasta que pueda venderse como una empresa en marcha” (Lyndon Maither, 2013), pero los acreedores se enfrentan a la probabilidad, que esta decisión de aceptar la deuda en estas condiciones “proporcione un mayor retorno a los acreedores que el cierre de la empresa y una liquidación de activos.” (Lyndon Maither, 2013)

Para finalizar en materia tributaria, el Decreto-Ley, vuelve a otorgar beneficios únicamente el cabeza del deudor “como la no retención en la fuente, la reducción del 50% de retención en la fuente al IVA, y la no liquidación de renta presuntiva por el año gravable 2020 a sociedades en reorganización o en ejecución de Acuerdo” (Mora, 2020), por lo que se concluye nuevamente, que lo que se busca es beneficiar a los deudores, dejando a los acreedores, con toda la carga impositiva, con el crédito sin saldar y enfrentados a la incertidumbre del pago de su deuda.

Improcedencia de los Recursos

De manera expresa, la ley 1116 de 2006 en su artículo 35, prohíbe interponer recursos frente a algunas de las decisiones que el Juez toma dentro del Concurso, especialmente contra la providencia que niega la aprobación del acuerdo, puede deducirse que se desconoce en algún modo el interés legítimo de algunos de los acreedores dentro del trámite, pues no permitir su oposición a la legalidad del acuerdo, eventualmente vulneraría el debido proceso y el derecho fundamental a la defensa y la contradicción, no obstante aunque si se abre la posibilidad que el acreedor se pronuncie de manera previa a la decisión, este no es suficiente cuando el acreedor no está de acuerdo con la decisión del trámite.

Se hace necesario lanzar una crítica a este limitante, en el entendido que los recursos son herramientas que:

El legislador se ha visto en la necesidad de contemplar como instrumentos que permitan a las partes o a terceros hacer frente a resoluciones judiciales o diligencias procesales que no se adecuan a la norma jurídica establecida en la propia ley. (Orellana Torres, 2006).

Este mecanismo de impugnación es definido por Orellana Torres (2006) “como aquella pretensión procesal, de parte o de tercero, destinada a atacar resoluciones judiciales o diligencias procesales”, por lo tanto al limitar este acto en el trámite, se elimina la posibilidad que el acreedor interponga recursos y que estos sean resueltos en Derecho por el mismo Juez o elevados al Superior Jerárquico en los casos que sea necesario, aquí en este punto aunque el acreedor tiene derecho a pronunciarse, se limita abiertamente el derecho de la doble instancia, porque en caso que el acreedor se pronuncie, acerca de su inconformidad frente al acuerdo y el Juez del concurso considere que no es objeto de revisión, se prohíbe a que no sea revisado por una instancia superior, lo que imita un poco el ejercicio de sus derechos.

Mala fe del deudor

La mala fe es uno de los factores que desafortunadamente mas se dejan en evidencia durante los procesos judiciales, aunque evidentemente no es una afirmación que produzca un grado de certeza absoluta, si se encuentra presente cuando se busca defraudar a los demás. La mala fe se considera como una ‘actitud personal de malicia, mala intención, deshonestidad y falta de respeto a la otra persona o a las obligaciones contraídas.’ (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020), así las cosas las malas intenciones siempre estarán presentes cuando de defraudar a los demás se trata. En los procesos de reorganización empresarial, el deudor no solo se encuentra en un limbo económico sino también en un limbo moral, donde su honor, su nombre y prestigio no están a la altura de la realidad que atraviesa. Hablar de un limbo moral seria una

yuxtaposición en tanto no es posible hablar de una moral adecuada cuando las intenciones maliciosas sobran.

Afirma el profesor CARNELUTTI, “el terreno del proceso, es fértil para la grama del engaño, y su política debe dirigirse, mediante amplia y decidida acción, a liberarlo de esta plaga”

(CARNELUTTI, 1994), lo que permite concluir que todos los procesos son aptos para que surja la mala fe, no importa su naturaleza; cuando los sujetos procesales planean como sacar ventaja de su posición dentro de un trámite, se configura involuntariamente la mala fe.

Todos los actores del proceso, finalmente buscan los mismos intereses, dar una solución a los conflictos jurídicos y consecuentemente, en el caso de los procesos de reorganización restablecer el equilibrio económico y el orden social que se rompió y que dio origen al trámite judicial. Es importante señalar y que si los sujetos procesales tomaran como principio la buena fe y como compañera permanente de sus actuaciones las reglas de procedimiento serían respetadas y al finalizar el conflicto se obtendría una solución justa a la controversia. Sin embargo, la satisfacción de estos intereses no se puede dar al arbitrio de las partes, ya que el proceso tiene una formalidad, la cual se evidencia con las reglas procedimentales del mismo.

Jurisprudencialmente la mala fe también ha sido definida como ‘el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título.’ (Sentencia No. C-544, 1994), esta definición hace referencia al conocimiento pleno y consiente que tienen los sujetos procesales al momento de ejercer sus actuaciones dentro del proceso. Cuando la Corte Constitucional hace

referencia a que la mala fe es el conocimiento que tiene una persona sobre determinada actuación de forma maliciosa, determina que los sujetos actúan con una intención exclusiva de hacer daño y defraudar el proceso judicial.

Otros autores determinan la mala fe como el aprovechamiento de una ‘situación determinada sin el afán de causar daño a otra persona, solo persigue sacar ventaja o provecho para sí mismo.’

(Trujillo, 2019), esta definición insinúa que la intención del actor no es causar daño sino sacar ventaja, actuación que también está mal vista desde una órbita jurídica, teniendo en cuenta que sacar provecho de una situación, empleando estrategias que desmejoren los derechos de los demás se configura en un delito, tal como lo contempla la legislación colombiana.

La mala fe en Colombia, ha tenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal, que con el paso del tiempo va tomando fuerza y se convierte en un factor objetivo a la hora direccionar los fallos de los Jueces. En los procesos de Reorganización empresarial, la mala fe se convierte entonces en uno de los principales factores que deben ser desvirtuados en todo el trámite, especialmente en las actuaciones que generan los deudores antes, durante y después de un trámite de reorganización empresarial.

No es desconocido que a nivel latinoamericano, el derecho concursal ha tomado una gran importancia en el desarrollo de las diferentes legislaciones, donde cada legislación busca y pretende que todos los procesos que se adelanten, se enmarquen dentro de un actuar moral y éticamente correcto, en tal sentido es importante referir a uno de los Jueces Concursales más reconocidos en Uruguay Hector Chomer, quien acertadamente ha señalado que ‘el abuso del derecho podría considerarse la contracara de la buena fe y el límite de la actuación de las partes’

(Chomer, 2018), es decir, ejercer practicas que busquen el beneficio particular, limita la correcta actuación de los demás y para el caso en concreto que aquí se estudia, el deudor cuando comete actos que van en contravía del deber ser del proceso, no solamente practica la mala fe sino limita el correcto ejercicio del derecho en los demás sujetos procesales.

Situación que debe ser analizada al detalle por parte del Juez del Concurso, pues si un sujeto procesal no permite el libre ejercicio de los derechos, la correcta administración de justicia y una aplicación justa y efectiva del derecho , este debe ser sancionado ejemplarmente pues ningún sujeto procesal esta legitimado para desmejorar las condiciones y los derechos que por naturaleza ya se han visto menoscabados al estar vinculados a un tramite judicial.

El Juez Chomer, señaló también que el éxito de un proceso concursal , es que este sea iniciado de buena fe, ‘tanto es así que el cumplimiento de un requisito sustancial como la cesación de pagos debe ser ejercido de buena fe’, por tal motivo la mala fe debe ser fuertemente castigada, ya que si se logra evidenciar dentro del proceso, esto afectaría los derechos fundamentales de la parte sometida.

La mala fe, sin duda alguna puede llegar a configurar un fraude a terceros, donde debe determinarse con base a las situaciones especificas y concretas, como bien lo afirmo la Superintendencia de sociedades mediante Oficio 220-170643 de 2014, donde manifestó que ‘estas situaciones deben estudiarse frente a cada caso en concreto, mediante la observación de las circunstancias particulares que les dieron lugar, de ahí que no sea posible enunciar un concepto único.’

Conclusiones

En cualquier economía es posible que las empresas puedan presentar situaciones de falta de flujo de caja que les permitan sustentar las obligaciones adquiridas con terceros, lo cual las hace entrar en un estado de impago que puede comprometer su funcionamiento, e incluso llegar a poner en entredicho su existencia. Teniendo en cuenta este fenómeno (no poco común en una economía de mercado), la legislación colombiana ha provisto a los empresarios, y con posterioridad a las personas naturales, de herramientas que les permitan salvaguardar el funcionamiento empresarial y garantizar a sus acreedores el pago de obligaciones que se encuentran insolutas.

Desafortunadamente, la mala fe de los sujetos procesales transgrede fuertemente el espíritu de la ley de insolvencia, pues el ocultar bienes, evadir obligaciones o simplemente inflar los pasivos, para que se cuente con mayor tiempo de pago de las obligaciones, desmejora evidentemente los derechos fundamentales de los acreedores, pues los acreedores también son personas naturales o jurídicas que también tienen obligaciones con terceros que deben ser saneadas, pues para nadie es un secreto que la económica funciona como perfecto engranaje que debe marchar a la par para que la cadena de abastecimiento de bienes y servicios siempre este activa, no se altere y evite generar mas crisis de las que ya se encuentran causadas.

La ley de reorganización empresarial, presenta falencias que deben ser corregidas, especialmente aquellas relacionadas con la administración de los bienes de los deudores y la correcta revelación del estado financiero de las empresas. No solamente basta con crear procedimientos que faciliten o aceleren un acuerdo concursal, pues debe analizar mas allá

del trasfondo jurídico, económico y financiero con el ánimo de validar la verdadera situación del deudor, es por ello que la ley de reorganización empresarial debe abrir la puerta, para que las diferentes disciplinas profesionales no solo la abogacía puedan participar en este tipo de procesos, pues aunque la ley prevé que intervengan auxiliares de la justicia, debe abrir el espacio para que demás profesionales puedan ser vinculados tales como contadores, administradores, economistas, entre otros, que realmente puedan realizar una evaluación real a nivel financiero y económico de recuperación empresarial, es decir que avalen el acuerdo dependiendo de las proyecciones que se realicen, porque de nada serviría reestructurar una empresa que a los pocos meses, deba pasar a liquidación judicial después de un largo y desgastante proceso de reorganización.

Aunado a lo anterior, si los sujetos procesales ejercieran sus roles desde la óptica del deber ser, de los principios, de la moral y las buenas costumbres, se llevaría a cabo un concurso transparente, sin vicios, con honestidad y con la garantía por parte de los acreedores de apoyar el proceso de recuperación económica, en este punto es importante mencionar que los acreedores al llegar a la reorganización, muchos de ellos ya han realizado acciones de cobro que quedan suspendidas y limitadas a un proceso concursal, lo que genera una predisposición e incertidumbre que va a generar una molestia permanente que va a endurecer la flexibilidad para negociar y llegar a acuerdos que beneficien a las dos partes.

Buenas intenciones sobran a esta legislación. No podemos negar que el fin principal de la Ley 1116 de 2006 y la legislación que la complementa, no es otro que buscar la forma de subsistencia del tejido empresarial colombiano que permite la generación de empleo y los beneficios que brindan a la economía de un país, sin embargo debido a la mala fe de los deudores, dichas premisas se deslegitiman porque si todos buscáramos beneficios para la

nación y no la satisfacción de nuestros propios intereses, prueba de ello es el cumulo de acciones que se adelanten en los despachos judiciales del país , cuyo interés común es la satisfacción de los intereses de una sola parte.

Ahora bien, es claro que los esfuerzos que entidades como la Superintendencia de Sociedades hacen en todos los procesos de su competencia son absolutamente valiosos y, se da por descontado, de una altísima utilidad para el correcto funcionamiento del procedimiento de insolvencia. También lo es que una parte del empresariado colombiano ha visto y encontrado en los procesos de insolvencia un escudo de protección que, no obstante, ha sido utilizado de forma perversa para prorrogar el cumplimiento de obligaciones. No podemos mentir que en Colombia la premisa principal no es el cumplimiento de la ley: no somos un país con características de acatamiento de nuestro ordenamiento jurídico y, por el contrario, la máxima con la que funcionan algunas personas es la de “hecha la ley, hecha la trampa”. Esta forma de pensar, tan arraigada en la mentalidad colombiana, está generando un fenómeno de desconfianza en las relaciones entre proveedores y clientes, pues, tal como nuestra realidad demuestra, algunos empresarios han encontrado en la reorganización empresarial la forma de desconocer los compromisos adquiridos y así defraudar a quienes de buena fe han contratado con sus compañías.

El abuso del derecho, no solamente crea situaciones que deslegitiman los derechos de los acreedores, sino que también crea un escenario delictual, obligando a cometer delitos que premedita mente se planean como el alzamiento de bienes o el fraude procesal , pues faltar a la verdad en un proceso judicial debe ser fuertemente sancionado, desafortunadamente en Colombia no existen leyes con castigos ejemplares como sucede en otras legislaciones como la anglosajona, y mientras no existan sacnicones ejemplares, los ciudadanos seguirán con las

mismas practicas, entendiendo que como nada les pasa, pueden seguir comiendo delitos que no solamente atentan contra la sociedad y las buenas costumbres sino contra el patrimonio económico de una persona que al igual que otros tiene derecho a que el estado le brinde la protección que necesita para salvaguardar sus intereses.

El Estado colombiano no es un garante para el acreedor, pues inequívocamente se piensa que el acreedor es un sujeto fuerte económicamente, con un capital que puede soportar cualquier tipo de crisis, como una entidad financiera por ejemplo, la ley desconoce y desprotege a los empresarios que tienen que soportar fuertemente este tipo de crisis, pues ellos también tienen obligaciones, económicas de toda índole, laborales, tributarias, financieras que deben ser cumplidas So-pena que también caigan en crisis por culpa del impago de sus acreencias.

Se puede concluir que los principios del derecho concursal, no son correctamente aplicados, ni tampoco los jueces concursales dan estricto cumplimiento, pues son los primeros en ignorar las circunstancias previas al inicio del proceso de reorganización, termino en el cual se realizan la mayoría de acciones para evadir las obligaciones dinerarias. Corresponde entonces a los jueces concursales, ser los directores del proceso y velar por el estricto cumplimiento de los derechos y los deberes de los sujetos procesales; tiene que validar cuidadosamente no solo las condiciones de los deudores, sino también de los acreedores. Para que sea un proceso justo, debe ser un proceso donde se analice y aplique de manera correcta cada principio con el fin de evitar situaciones de pánico, de injusticia y sobre todo que conduzca a la comisión de delitos como el abuso, el alzamiento y el fraude procesal.

El problema, sin duda, no es de la ley o de la entidad encargada de la reorganización empresarial, pues son muchas las formas en que los empresarios malintencionados han logrado burlar los filtros de la SuperSociedades, dejando a sus acreedores con pasivos que en algunos casos son de imposible retorno y con el malestar de ver cómo la norma está sirviendo de instrumento para que, con balances no acordes a la realidad, empresas cuya política es incumplir puedan de manera flagrante lograr el objetivo de estar protegidas para no honrar sus compromisos.

El Legislador Colombiano, debe no solo revisar las causas por las cuales las empresas están llegando a estados de insolvencia financiera, sino endurecer los controles para aquellas empresas que quieren hacerles fraude a la ley y a sus acreedores, objetivo que se logra con el fortalecimiento institucional a la SuperSociedades, dotándola de más recurso humano y de herramientas que le permitan identificar aquellos empresarios que con filigrana construyen una insolvencia que no es real. Así como el objetivo de la ley es la recuperación y conservación de la empresa como unidad productiva, tenemos como tarea pendiente no dejar en el olvido a los acreedores que pueden terminar en procesos similares por causa del impago de obligaciones vitales para su existencia. Es así como el abuso del derecho en los procesos de reorganización empresarial quedan al descubierto, pues se aplica de manera incorrecta la ley buscando el beneficio de solo una parte del proceso, amparados en mandatos legales que les permite avizorar falencias y aun así cometer conductas que pueden llegar a ser delictivas y desventajosas para aquel acreedor de buena fe que confió su patrimonio en un tercero y que ahora ese tercero denominado deudor se encuentra protegido por la ley y blindado pues la misma ley no permite que contra el se inicien ejecuciones de ninguna índole hasta que su concurso haya sido aprobado, situación que crea una gran

desventaja para los acreedores pues una vez mas dejan en el limbo sus obligaciones y condicionadas a largos periodos de tiempo que el acreedor no esta obligado a soportar.

Bibliografía

(s.f.).

(s.f.).

(Corte Suprema de Justicia de Colombia, abril 28 de 2011, 2011). (s.f.).

Artículo 2.2.2.11.1.2 del Decreto 2130. (2015).

Ascarelli, T. (1947). *Sociedades y asociaciones comerciales*. Buenos Aires : Ediar.

Bartole, S. (1997). *Principi generali del diritto, dir. Costituzionale*. Milano: Enciclopedia del Diritto.

Bolgar, V. (1975). *Abuse of rights in France Germany, and Switzerland: A survey of a recent chapter in legal doctrine*. Louisiana Law Review.

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigésima Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Cabrera Vélez, G. (2011). *Régimen de Insolvencia Empresarial*. Superintendencia de Sociedades.

Carlos López-Gutiérrez*, Begoña Torre-Olmo** Sergio Sanfilippo-Azofra***. (2011). ¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia. *Innovar*.

Carpintero, F. (2005). Norma y principio en el "Jus commune". *Revista de Estudios Historico-Juridicos*.

Concepto 220-001096 Supersociedades, 220-001096 (Superintendencia de Sociedades 2013).

Concepto Jurídico No. 23338 (2010). Recuperado el 10 de 05 de 2021

Cornelli, F. &. (1997). *Ex-ante efficiency of bankruptcy procedures*. European Economic Review.

Corredor, M. C. (30 de junio de 2019). Los Derechos Fundamentales de los Colombianos ¿Qué son y qué normas los rigen?

Enciclopedia Jurídica Omeba. (1967). Buenos Aires, Buenos aires Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Expansión. (04 de 12 de 2020). *Diccionario Juridico*. Obtenido de <https://www.expansion.com/diccionario-juridico/presupuestos-procesales.html#:~:text=Son%20los%20requisitos%20que%20deben,resuelva%20el%20conflicto%20jur%C3%ADdico%20material>

Fernandez de la Gandara, L. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid : Marcial Pons.

Fontelles, A. (2013). *Orientacion Laboral*. Obtenido de InfoJobs: <https://orientacion-laboral.infojobs.net/que-son-los-derechos-fundamentales>

- Franks, J. N. (1996). *A comparison of US, UK and German insolvency codes*. . Financial Management.
- Garcia, E. R. (2004). El abuso del derecho. Bogota: Universidad Externado de Colombia .
- Garzon Niño, D. K. (2011). Los procesos de insolvencia en Colombia, Analisis comparado de los requisitos y condiciones.
- Gerencie. (14 de Julio de 2020). *Gerencia.com*. Obtenido de Prelación y clases de créditos – Así es el orden de los embargos: <https://www.gerencia.com/prelacion-y-clases-de-creditos.html>
- Gomez Pinzon, E. (2020). *Holland & Knight*. Recuperado el 04 de 2021, de <https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2020/04/mincomercio-adopta-medidas-transitorias-en-procesos-de-insolvencia>
- Graeber, D. (2012). *En deuda : una historia alternativa de la economía*. Barcelona: Ariel.
- Hinestrosa, F. (2000). De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. *Revista de Derecho Privado*, 13.
- Hinestrosa, F. (2000). De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. *Revista de Derecho Privado*(5), 13.
- Junyent Bas, F. (2014). *Los desafios de la concursabilidad en torno a las nuevas directivas que se avisoran en el Derecho Concursal*. Boyacá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.
- Leyer Editores. (2017). El juicio -test- de igualdad en el análisis de posibles vulneraciones. *Faceta Juridica*, 16-17.

Londoño Restrepo, Á., & Upegui, I. (2008). *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial-Ley 1116 de 2006* (Vol. 2). Bogota DC: Legis Editores.

López Rodriguez, C. (050 de 12 de 2020). *DERECHO COMERCIAL*. Obtenido de [http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseConcursalPrincipios.htm#:~:text=El%20principio%20de%20universalidad%20tiene,\(caso%20del%20concurso%20voluntario\).](http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseConcursalPrincipios.htm#:~:text=El%20principio%20de%20universalidad%20tiene,(caso%20del%20concurso%20voluntario).)

Lyndon Maither, B. (2013). *The Canada Income Tax Act: Enforcement, Collection, Prosecution*.

Maria de Olive, P. (1891). *Diccionario de sinonimos de la lengua castellana*. Paris.

Martinez Blanco, C. (2012). *Manual de Derecho Concursal* (Vol. 2). Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria.

Medina, M., & Delgado, C. (1999). *Deudor (4ª edición)*. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.

Mendez, D. (02 de ENERO de 2020). *NUMDEA*. Recuperado el 8 de Diciembre de 2020, de <https://numdea.com/acreedores.html#:~:text=Los%20acreedores%20son%20personas%20f%C3%ADscas,esto%2C%20espera%20recibir%20un%20pago.&text=Sin%20ellos%2C%20los%20deudores%20no,tener%20obligaciones%20frente%20a%20terceros.>

Mora, J. N. (2020). Decreto 560 de 2020: ¿Qué sigue en Insolvencia? *Asuntos Legales* .

Myers, S. (1977). Determinants of corporate borrowing. *Journal of Financial Economics*, 147-176.

Oficio 220-0525757 (Superintendencia de Sociedades 1 de mayo de 2011).

Ordoqui, G. (2010). *Abuso de Derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- Orellana Torres, F. (2006). Medios de impugnación y recursos procesales en la ejecución de condenas no dinerarias. *Ius et Praxis*.
- Peña Ramirez, M. V. (2015). Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del Derecho en sociedades mercantiles. (U. d. Andes, Ed.) *Derecho Privado*.
- Pereira, P. R. (2015). Derecho Concursal . Bogotá: Leyer.
- Planiol, M. (1925). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Paris.
- Quintero Henao, S. (2013). Análisis de las consecuencias jurídicas del abuso del derecho en las Sociedades por Acciones Simplificadas (s.a.s) en Colombia. Universidad EAFIT.
- Reyes Villamizar, F. (1999). *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogota D.C: Temis S.A.
- Rincon Bohorquez, C. A. (2019). Ley de Garantías mobiliarias: Las garantías reales en los procesos de insolvencia. Una mirada a partir de los principios del Derecho Concursal y la prelación de Créditos. *e- mercatoria*, 209-235.
- Rodriguez Espitia, J. J. (2015). *Regimen de insolvencia de la persona natural no comerciante*. Bogota: Universidad Externado de Colombia .
- Rodriguez Espitia, J. J. (2019). *Nuevo régimen de insolvencia*.
- Rodriguez, E. J. (2007). Aproximación al Derecho Concursal Colombiano. *E-mercatoria*.
- Ruiz López, H. (julio de 2009). Reestructuración empresarial e insolvencia en Colombia. *Ponencia* . WASHINGTON DC.
- Samuelson, P. y. (2004). *Economía*. España: Ed. McGraw Hill.

Sentencia C -520 (Corte Constitucional 2016).

Sentencia C 637 de 2009, Sentencia C-637/09 (Corte Suprema de Justicia).

Sentencia C-527, exp. D-9485 (Corte Constitucional, Sala Plena 14 de agosto de 2013).

Sentencia C-620 de 2012 (Corte Constitucional 09 de agosto de 2012).

Sentencia T- 070 DE 2010, Corte Constitucional (Corte Constitucional).

Sentencia T 079 (Corte Constitucional 2010).

Sentencia T-283/13.

SILVA SALAZAR, G. (2011). *Monografías*. Recuperado el 06 de 05 de 2021, de

<https://www.monografias.com/trabajos102/vacios-o-defectos-legislativos/vacios-o-defectos-legislativos.shtml>

Stuhl, S. (2003). *Vault Guide to Bankruptcy Law Careers*.

Superintendencia de Sociedades. (2007). *Cartilla Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial*. Bogotá.

T-511 (Corte Constitucional 1993).

Tobar, M. (2018). ¿Crisis financiera en su empresa? Evalúe si su empresa puede salvarse a través de un proceso de Reorganización. *Fonte Estudio Juridico*.

Tribunal Colegiado de Circuito de México. (1995). Quiebra y suspensión de pagos. En P. J. México, *Seminario Judicial de la Federacion y su gaceta* (pág. TOMO I). Mexico: Poder Judicial de la Federación de México.

Universidad de los Andes. (01 de 05 de 2021). *HIPERTEXTO*. Obtenido de https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=abuso_del_derecho

Universidad de los Andres. (2019). *Hipertexto*. Obtenido de Prelacion de Creditos: https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=prelacion_de_creditos_documento_anexo.pdf

Westreicher, G. (2020). *Garantía prendaria*. Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/garantia-prendaria.html#:~:text=La%20garant%C3%ADa%20prendaria%20es%20un,la%20devoluci%C3%B3n%20de%20un%20financiamiento.>

Wilches Durán, R. (2008). Vacíos e Inconsistencias estructurales del Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial. *Vniversitas*, 204.

Woltersk Luwer. (05 de 12 de 2020). *Guías Jurídicas*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEAMtMSbF1jTAAAUNDYwsLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgb-Pb9sNQAAAA==WKE

