

ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE A LA LEY EN EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN COLOMBIA: UNA VISTA COMPARATIVA CON EL RÉGIMEN CONCURSAL BRASILEÑO

Luis Fernando Lozano Jácome
División de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Posgrados, Universidad Santo Tomás, Tunja, Boyacá

Notas del Autor

Luis Fernando Lozano Jácome, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, Facultad de Posgrados de la Universidad, Santo Tomás -Tunja, Boyacá.

Este trabajo es realizado para optar por el título de Magister en Derecho Privado. Cuenta con la dirección y revisión del Dr. Marlon Iván Maldonado Narváez, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Santo Tomás.

Cualquier mensaje con respecto a este artículo debe ser enviado a la Facultad de Posgrados de la Universidad Santo Tomas, Tunja, Colombia.

E-mail: luis.lozanoj@usantoto.edu.co

Resumen

Los regímenes de insolvencia empresarial contemporáneos se han caracterizado por la búsqueda de la recuperación de la empresa como motor de las economías locales. Con la implementación de paradigmas liberales en la concepción de estados nación, los nuevos constitucionalismos latinoamericanos han optado por un régimen de apertura económica, y como estandarte de ello, la libertad de empresa. Reduciendo la intervención estatal en los aspectos económicos, permitiendo la libre fluctuación de los mercados.

Como resultado de las fluctuaciones cambiantes propias de los mercados, las empresas se encuentran sometidas a innumerables variables que pueden afectar en determinados momentos su participación en el mercado, y de esta manera poner en riesgo cientos de empleos, afectando los ingresos tributarios del Estado, y afectando de manera negativa la política económica nacional. Es por esta razón que la quiebra empresarial se ha convertido en un asunto de relevancia para el ejecutivo, así como un tema clave a tratar en las agendas propias del intervencionismo estatal en asuntos económicos.

Por esta razón se ha provisto a los empresarios de herramientas para solventar los tiempos de crisis, y con ellas recuperar el rumbo de la empresa, dotándolas de prerrogativas encaminadas a superar las dificultades, sin embargo, y aprovechándose de tal situación, algunos deudores de mala fe, abusando de su derecho y ejecutando maniobras fraudulentas en desmedro de los intereses de sus acreedores, han encontrado en los regímenes de insolvencia una puerta a la tergiversación de la norma en busca del beneficio propio.

Es en este escenario que se pretende analizar las conductas adelantadas por parte de deudores de mala fe, en desmedro de sus acreedores durante el trámite de procesos de insolvencia empresarial, de manera que se permita el análisis comparativo entre la legislación colombiana y brasileña.

Palabras clave: Abuso del Derecho, Fraude a la Ley, Insolvencia Empresarial, Ley 1116 de 2006, Ley de quiebras.

Abstract

Contemporary business insolvency regimes have been characterized by the search for the recovery of the company as the engine of local economies. With the implementation of liberal paradigms in the conception of nation states, the new Latin American constitutionalism have opted for a regime of economic openness, and as a standard of this, freedom of enterprise. Reducing state intervention in economic aspects, allowing the free fluctuation of markets.

As a result of the changing fluctuations of the markets, companies are subject to innumerable variables that can affect their participation in the market at certain times, and in this way put hundreds of jobs at risk, affecting the tax revenues of the State, and negatively affecting national economic policy. It is for this reason that corporate bankruptcy has become a matter of relevance for the executive, as well as a key issue to be addressed in the agendas of state interventionism in economic affairs.

For this reason, entrepreneurs have been provided with tools to solve times of crisis, and with them recover the direction of the company, endowing them with prerogatives aimed at overcoming difficulties, however, and taking advantage of such a situation, some debtors of bad faith, abusing their right and executing fraudulent maneuvers to the detriment of the interests of their creditors, they have found in insolvency regimes a door to the misrepresentation of the norm in search of their own benefit.

It is in this scenario that it is intended to analyze the conduct carried out by debtors in bad faith, to the detriment of their creditors during the processing of business insolvency processes, so that a comparative analysis between Colombian and Brazilian legislation is allowed.

Key words: Abuse of the Law, Fraud of the Law, Business Insolvency, Law 1116 of 2006, Bankruptcy Law.

Introducción

La Ley 1116 de 2006, sobre Insolvencia Empresarial en Colombia, fue expedida con el espíritu de generar un alivio a los empresarios frente a las volátiles fluctuaciones de los mercados. Los mecanismos previstos por esta norma buscan evitar el decaimiento de las empresas, incentivando su recuperación y funcionamiento. No obstante, en algunos casos, se ha evidenciado un aprovechamiento abusivo de esta norma, generando oportunidades de fraude para que los deudores, en contra de los intereses de sus acreedores.

En este contexto algunos deudores cobijados por el amparo de la Ley, han transgredido el objeto y espíritu de la misma, lo cual no solo se constituye como una falla legislativa que permite 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.

Pues al momento de la apertura del trámite, los acreedores no pueden ejercer sus derechos por medio de acciones ordinarias, y deben esperar las resultas del proceso. Muchos de estos trámites obedecen a 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.

Es por ello que se realizará un estudio hermenéutico de la Ley 1116 de 2006 sobre Insolvencia Empresarial. Para ello se realizará un análisis en dos momentos: el primero de ellos, una etapa descriptiva donde se afronta el significado de la norma objeto de estudio, por medio de los métodos sistemático e histórico. Esto ofrecerá las bases para analizar cuál es la interpretación adecuada de la norma, teniendo en cuenta una perspectiva comparada, así como su integración armónica con otras normas en el ordenamiento.

En un segundo momento, se realizará un análisis proyectivo que permita identificar tendencias de cambio legislativo, de manera que sea posible identificar los vicios interpretativos de la norma estudiada, a partir de un criterio interpretativo proveniente de la actividad judicial y administrativa, tanto nacional como extranjera.

1. Reseña Histórica

Con el proceso de independencia colombiano, y la expedición de la Constitución de 1821, se estableció un régimen de armonía entre las normas preexistentes y la nueva noción de Nación - lo que suponía un Estado independiente-, así: *“Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los Decretos y las Leyes que expidiere el Congreso”* (Congreso de Cúcuta, 1821). Entre ellas las ordenanzas de Bilbao de 1737 las cuales incluían el procedimiento de la quiebra (Gómez, 2014).

Posteriormente, el artículo 1 de la Ley 13 de 1825 estableció el orden en que deberían ser observadas las leyes en los tribunales y juzgados (Mayorga, S.f.). De manera que se debía dar cumplimiento al Código de Comercio Español vigente, lo que supone un estricto seguimiento a la corriente legislativa y la sujeción dogmática a las corrientes españolas, lo que intrínsecamente señala una separación formal, mas no material en el proceso independentista.

El primero de junio de 1853 se dicta el primer Código de Comercio Colombiano, el cual era fiel a los términos y orientaciones al Código Español de 1829, este Código contemplo las quiebras de manera sustancial, procesal y penal, estableciendo la punitividad del comerciante en estado de quiebra, así como las clases de quiebras, su articulado, claramente punitivo, castigaba severamente al quebrado, el cual *“queda de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes, desde que se constituye en estado de quiebra. [...] el juez ordenara la captura del quebrado [...]”*. (Congreso de la Nueva Granada, 1853)

Tras la crisis económica de 1929, el panorama económico colombiano no era muy alentador. La economía había tenido un periodo de estancamiento después de la bonanza petrolera y cafetera de los años 20 (Ocampo & Montenegro, 1982), la paralización del crédito extranjero en el 28 trajo consigo un detonante a las protestas cafeteras y de trabajadores en los años 30 (Ocampo & Montenegro, 1982). El estallido de la Segunda Guerra Mundial en el 39 hizo que el gobierno colombiano expidiera una serie de paquetes normativos en aras de minimizar los efectos de la inminente crisis. Entre ellas la Ley 54 de 1939 por medio de la cual el gobierno de turno es revestido de facultades extraordinarias *“para que, con el fin de conjurar, corregir o atenuar los efectos de la actual crisis mundial sobre la organización económica y fiscal del país”*. (Congreso de la Republica de Colombia, 1939)

Con ocasión de estas facultades extraordinarias, el 16 de abril de 1940, tan solo 4 meses después de otorgarse las mismas, el ejecutivo expidió el Decreto Ley 750 de 1940 sobre quiebras, el cual es una clara copia del proyecto de Ley sobre quiebras presentado a la Cámara de Representantes en las sesiones ordinarias de 1939 (Corte Suprema de Justicia, 1969), en un afán por minimizar los efectos de la crisis y los inminentes cierres empresariales que se avecinaban, lo que produjo la expedición de una norma arbitraria y criminalizadora, pues se dijo: *“El Juez, en el mismo auto que declara el estado de quiebra, decretará la captura y detención preventiva del quebrado, dando aplicación al Código de Procedimiento Penal y para los fines del Código Penal.”* (Presidencia de la República de Colombia, 1940)

De igual manera, si se tratará de quiebra de sociedades, pues se señaló que lo dispuesto en el Código Penal se aplicaría a los encargados actuales o anteriores de la dirección de negocios - llámense gerente, administrador, director-, limitando la orden de detención a un año contado a partir del día en que hubieren cesado en el desempeño de su cargo.

De manera que desde la comisión redactora, la Ley de quiebras del 40, tuvo como objetivo la regulación de situaciones de talante claramente punitivo, y así fue expresado: *“dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarota”* (Corte Suprema de Justicia, 1969).

La comisión revisora del Código de Comercio, presidida por Antonio Rocha, en la exposición de motivos al proyecto de Ley, manifestó las razones por las cuales se hizo necesaria la expedición de una nueva regulación de la materia, pues en esencia se debió a las prácticas fraudulentas en las que estaban incurriendo los comerciantes, explicando así: *“las causas que llevan a la quiebra, y entre ellas el humano intento de defraudar a los acreedores por procedimientos conocidos con el nombre de fraudes paulianos, sustrayendo del conjunto de bienes un patrimonio que queda a salvo a favor del comerciante y su familia”* (Comisión Redactora 1940: citado en Sotomonte 2005).

Derogándose por completo el régimen anterior establecido en el Código de Comercio de 1853. (Sotomonte, 2005). De manera que el régimen de quiebras implantado mediante el Decreto 750 de 1940, era un proceso draconiano, en el que se presumía la mala fe del comerciante, por lo

que automáticamente se iniciaba un proceso penal, y si el juez a bien lo tenía estaba facultado para decretar la detención preventiva del deudor.

Sin embargo, no todo el Decreto 750 de 1940 era por sí mismo excesivo y plenamente punitivo, en él se esboza por primera vez una figura que permitiría al deudor resolver amigablemente la liquidación, el concordato resolutivo, consistía en un acuerdo judicial entre el deudor y sus acreedores cuya representación equiparará por lo menos el 80% del pasivo. (Sentencia C-015/97, 1997).

Posterior a la declaratoria de inexecutable del Decreto 750 de 1940, por parte de la Corte Suprema de Justicia en 1969, casi 30 años después de su expedición, se encontraba nuevamente un panorama de incertidumbre mundial, al cual Colombia no era ajena. A nivel internacional, el estallido de la guerra fría dejaba una sensación de polarización, la crisis de los misiles de Cuba, y los problemas financieros que había dejado la II Guerra Mundial -de los cuales muchos países apenas iban saliendo-. A nivel interno las divisiones partidistas, y la guerra interna con grupos armados, hacían un coctel perfecto de caos.

Durante este periodo, las políticas comerciales e industriales de varios países de América Latina estuvieron fundadas en el modelo de Sustitución de Importaciones (Guarín & Franco, 2008), caracterizadas por un fuerte intervencionismo estatal en la economía¹ (Maggio, 2017).

En este panorama, y ante el vacío legal generado por la Corte Suprema de Justicia, que dejó al país sin régimen de quiebras, el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (Vélez, 2014) aprovechó la oportunidad para tramitar una nueva Ley de facultades, (Congreso de la República de Colombia, 1968) que le permitió expedir en diciembre de 1969 el Decreto 2264, por el cual se puso en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio de 1958 (Presidencia de la República de Colombia, 1969).

El Decreto 2264 de 1969, trajo importantes avances en la materia, cambió el concordato resolutivo, por el concordato preventivo (Vélez, 2014), el cual buscaba la rehabilitación del comerciante, estableciendo un procedimiento para que el síndico de acreedores, tuviera una espera en el pago, un pago escalonado o parcial de los créditos, entre otras medidas de recuperación (Presidencia de la República de Colombia, 1969).

El inicio del proceso se daba por el temor del comerciante en cesar en el pago de sus obligaciones. Adicionalmente se modificó la penalización de la quiebra, vislumbrando una nueva etapa en el proceso concursal, el régimen penal de la quiebra regulado en el Capítulo IX del mencionado Decreto, indicaba el inicio de un proceso penal únicamente en los supuestos fácticos que permitirán inferir la comisión de las conductas delictivas descritas y no con el simple hecho de acogerse al proceso de quiebra.

Sin embargo, este Decreto estaba prematuramente destinado a ser derogado por el Código de Comercio, Decreto 410 de marzo 27 de 1971, que trajo consigo importantes avances en la materia, entre otras, se introdujo el concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio (Presidencia de la República, 1971), los cuales por primera vez se establecen como mecanismos que buscaban la recuperación de la empresa (Vélez, 2014). El primero de ellos a través del trámite judicial y el segundo únicamente para aquellas empresas que, por su capacidad económica, su tamaño, y su potencial en la generación de empleo, pudiesen impactar el orden público económico, para ellas, se determinó un trámite ante una entidad administrativa², reemplazando así a la justicia ordinaria para conocer de complejos procesos mercantiles.

De esta manera se dio el paso para que la Superintendencia de Sociedades hiciera presencia por primera vez ante los temas concursales. Sin embargo, se mantuvo la inclinación punitiva característica del régimen concursal de 1940, la cual se hizo mayormente evidenciable con la

inclusión de una tipología penal completa (Vélez, 2014). En este sentido se dio un paso hacia la innovación del sistema concursal colombiano del Decreto 410 de 1971 respecto a las disposiciones del Decreto 2264 de 1969, en el que se entregaron mayores facultades a la Superintendencia de Sociedades³.

Así las cosas pese a contar con un régimen concursal que no respondía a las necesidades propias del escenario colombiano, las competencias de la Superintendencia se mantuvieron y fueron posicionando, sin embargo, con el estallido de la crisis económica de 1982 que arrasó con el sector financiero en Colombia, producto de la Bonanza Marimbera (Trejos y Luquetta, 2014) y la caída de *commodities* en la bolsa estadounidense (Salgado y Shoenmann, 2019), con ella la afectación a grandes empresas del sector real, como las textileras antioqueñas, a pesar del control que se dio a la crisis, se evidenció que el régimen concursal del 71 no era capaz de lidiar con situaciones de riesgo producto de las fluctuaciones económicas.

Ante este panorama se expidió el Decreto 350 de 1989, el cual generó un viraje al talante punitivo prevalente en los regímenes concursales vigentes hasta la fecha, pues el artículo 2° estableció el objetivo del concordato preventivo como la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, véase entonces que se perfilaba desde ya, la inclusión de principios liberales en la normatividad colombiana, que pronto estallarían en una nueva constitución.

1.1. El Cambio De Paradigmas: La Constitución De 1991

Tras la caída del muro de Berlín y con esta la terminación de la Guerra Fría, la finalización del patrón oro (García, 1992) y el nacimiento del patrón dólar (Trías, 1971), se dio inicio a un nuevo paradigma mundial, la apertura económica, marcada por tendencias liberales (Uprimmy, 2011) en las que se limitaba el papel del Estado en la economía, el cual ya no era participe, si no regulador y promotor.

Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general. (C-615 de 2002)

Con la promulgación de la Constitución del 91, se dio una apertura económica acelerada, que se tradujo en la expedición de la Ley 222 de 1995, que, aunque atrevida para su momento trajo consigo importantes avances legislativos en materia concursal, entre ellas la unificación del régimen de la sociedad civil y comercial, se unificó el concurso aplicable a los deudores, lo que daría inicio al tránsito del concurso hacia uno de dos caminos posibles, la recuperación de la empresa o la liquidación obligatoria, a la vez que se despenalizó la quiebra.

Con la crisis económica de 1998, provocada por la burbuja crediticia, se generó un colapso generalizado de la economía, lo cual evidenció que a pesar de los avances que introdujo la Ley 222 de 1995, el procedimiento de salvamento empresarial se consideraba rígido y formal, lo cual ante la necesidad de tramitar cientos de solicitudes de insolvencia al tiempo se manifestó como lento y poco efectivo.

Es en este panorama que se expide la Ley 550 de 1999, la cual por primera vez desjudicializó por completo el proceso recuperatorio por medio de la creación del acuerdo de restructuración, el cual se celebraba entre los acreedores externos y los internos, con la colaboración de un promotor, lo que trajo un incremento en el protagonismo de la Superintendencia de Sociedades.

Sin embargo, la Ley 550 de 1999 se introdujo con un carácter de vigencia temporal de 5 años prorrogados por 2 años más, concluyendo su vigencia en el año 2007, y con esto, se introdujo en el sistema jurídico colombiano la Ley 1116 de 2006, vigente a la fecha.

Se mantuvieron en esta norma los principios establecidos por la Ley 222 del 1995, en el sentido de buscar la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, estableciendo un trámite pronto y ordenado en aras de optimizar el patrimonio del deudor.

Como se ha denotado en las líneas anteriores, son los momentos de crisis económica los que han provocado el cambio de paradigmas y regulaciones respecto a la insolvencia empresarial. Evidenciando la importancia de contar con un sistema concursal adaptable a las diferentes circunstancias y fenómenos sociales y económicos que día a día se viven en ámbito empresarial. Otorgando así a la empresa una característica especial dentro del funcionamiento estatal, pues son las incidencias sobre ellas las que pueden transformar situaciones sociales y económicas en el país. Así las cosas, hoy día contamos con los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020, por medio de los cuales se adoptan medidas transitorias especiales, vigentes por dos años, en materia de procesos de insolvencia en el marco del Estado de emergencia, social y ecológica decretado por la pandemia mundial del COVID-19.

De gran importancia en su estudio pues estableció un régimen de mitigación de los efectos sobre las empresas, a través de mecanismos de salvamento y recuperación. Entre sus innovaciones trajo un procedimiento expedido ante la solicitud de reorganización, pues omitió el deber del juez del concurso de realizar auditoría sobre el contenido o la exactitud de los documentos aportados, ni sobre la información financiera o cumplimiento de las políticas contables, trasladando dicha responsabilidad al deudor y su contador o revisor fiscal según sea el caso.

2. Nociones Básicas: el Fraude a la Ley y el Abuso del Derecho

Antes de precisar situaciones específicas en las cuales durante el trámite de procesos de reorganización o insolvencia empresarial se puedan presentar acciones o actos de fraude a la Ley o abuso del derecho por parte del deudor, es importante definir ambos conceptos, aunque similares, con nociones propias en cada institución, los cuales servirán para precisar y estudiar las conductas desplegadas por parte de los deudores, las cuales puedan tornarse fraudulentas o abusivas.

2.1. Fraude a la Ley

Durante el trámite jurisprudencial y doctrinario se han entregado diversas definiciones al fraude a la Ley, como guía metodológica de construcción del concepto presentaremos la definición más reciente adoptada por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-073 de 2019, así las cosas, se definió:

“Un comportamiento puede calificarse como fraudulento cuando la actuación, que en apariencia se ajusta a la prescripción normativa, en la realidad conlleva una situación manifiestamente contraria a un principio del ordenamiento superior. De este modo, el fraude se presenta como un supuesto de infracción indirecta de la ley, por dos razones. Por una parte, los actos realizados en fraude a la ley no impiden la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir. Por otra, producen una situación que atenta contra el orden constitucional y los principios que inspiran el reconocimiento de un derecho previsto por una disposición particular, la cual es empleada para obtener el resultado no deseado por el legislador”.

De manera tal que la alta Corte ha precisado que la esencia del fraude a la Ley como institución jurídica es la contribución a la coherencia del derecho, al ajuste entre reglas y a principios que la fundamentan y limitan, pues de esta manera se busca evitar que se produzcan

acciones contrarias a los principios jurídicos, independientemente del motivo o intención que conducen al actor a la aplicación irregular de la norma.

De tal situación se extraen importantes concepciones que nos permiten entender el concepto de fraude a la ley, en primer lugar, es de establecer que al referirse al fraude a la ley nos encontramos frente a un comportamiento o accionar humano, el cual debe tornar en forma de buen derecho, es decir que aparentemente se obra o se actúa ajustado a un precepto legal, sin embargo, la realidad más allá del velo conductual, devela el despliegue de una conducta contraria a la ley.

El principio de fraude a la Ley, presenta una dicotomía conceptual, desde el punto de vista del evasor, como un acto ilícito, y desde el punto de vista del agredido, como un medio de defensa (Mansilla y Mejía, 2011) que busca evitar la existencia de una errónea aplicación de la ley, en ese sentido tiene por finalidad la coherencia lógica entre el derecho aplicado, su debido ajuste a reglas y principios, pues la existencia del fraude por sí mismo no obliga al operador judicial a que no sea aplicada la norma en debida forma.

En esa medida, el elemento objetivo de la conducta es lo que determina la existencia del fraude y, el presupuesto determinante y suficiente para su configuración es que se produzca un daño antijurídico. Es por eso que, para estar en presencia de fraude no se requiere de un elemento subjetivo, ya que este puede producirse sin que exista intención por parte del agente. Basta con que la consecuencia aparezca como injustificada o indebida de acuerdo con los principios superiores, en tanto el acto fraudulento quebranta la coherencia del ordenamiento -necesaria adecuación entre la norma y el principio- (Corte Constitucional, T-073 de 2019).

De esta manera es importante precisar que el fraude a la ley, es una de las fuentes de la cosa juzgada fraudulenta, pues esta última no se configura únicamente en el evento en que se adopte una decisión con fines ilegales o intención dolosa, sino que también es materializada en los eventos en los que el juez adopta una decisión fundada en el fraude a la ley, la cual deriva de la interpretación normativa contraria a postulados constitucionales y la buena fe judicial. En ese sentido, la cosa juzgada está ligada a la validez⁴⁵ más no a la eficacia⁶, de la misma manera que una sentencia puede ser válida, pero ineficaz.

En este orden de ideas, existen debates doctrinarios relativos a la *validez* y la *eficacia* de la norma jurídica⁷, en primer lugar, algunos autores equiparan la noción de *validez* con la de *existencia* mientras que otros lo hacen con la de *eficacia social*. Dentro de la corriente positivista, entre ellos Hans Kelsen (1985), se sostiene que la *validez* se asimila a la *existencia y fuerza vinculante*⁸ de la norma, esto es a que la misma sea expedida por autoridad competente a través de los procedimientos establecidos por el ordenamiento⁹.

Por su parte, la escuela realista considera que la validez, depende de su eficacia social, es decir, de la efectiva aplicación por parte del funcionario competente -en especial los jueces- y por los miembros de la sociedad¹⁰. Para G.H. Von Wright (1970), quien asume una posición intermedia, señala que la existencia de una norma requiere de dos condiciones básicas: i) Haber sido dictada por una autoridad normativa competente para ello, es decir, ser válida¹¹ y, ii) haber sido recibida cognoscitivamente por su destinatario, quien debe estar en condiciones de cumplir con lo que en ella se ordena, es decir, la norma debe tener potencialidad de ser socialmente eficaz.

Para otros doctrinantes como Alchourron y Bulygin¹² (1997) consideran que la noción de *existencia* debe ser separada conceptualmente de la noción de *validez* y de *eficacia*, debido a dos criterios a saber: a) la asimilación de existencia y validez conduce a un regreso al infinito, ya que para ser válida/existente, cada norma dependería de la preexistencia de otra norma válida con cuyos requisitos habría de cumplir¹³ y, b) la asimilación de existencia y eficacia conduce al absurdo de

que para quienes conocen y cumplen la norma ésta existe, mientras que para quienes no la conocen o no la cumplen, resulta inexistente.

Para Alf Ross (1969), representante de la escuela realista escandinava, expone los diversos sentidos que se le han dado a la noción de *validez* distinguiendo entre: i) la noción de “*validez*” en tanto “*eficacia jurídica*”¹⁴, (ii) la noción de “*validez*” en tanto “*eficacia sociológica*”¹⁵, y (iii) la noción de “*validez*” en tanto “*fuerza obligatoria moral*”¹⁶, abogando por el reconocimiento del segundo como el verdadero sentido de “*validez*”¹⁷, el cual se refiere en términos generales a la probabilidad de que las normas sean aplicada por los jueces y demás funcionarios encargados de decidir en casos concretos.

Por su parte, para el profesor Robert Alexy (1997), representante de la corriente del pensamiento jurídico contemporáneo, explica la existencia de tres elementos constitutivos del concepto de *Derecho*, estos son, la eficacia social, la corrección material y la legalidad acorde con el ordenamiento, las cuales corresponden a tres nociones concurrentes de validez: una sociológica, una ética y una jurídica. El concepto sociológico de validez, en primer lugar, consiste en que “*una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción*”¹⁸; el concepto ético de validez hace referencia a la justificación moral de la norma “*una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada*”¹⁹; y el concepto jurídico de validez significa, en estricto sentido, que “*una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento*”²⁰.

Así las cosas para Alexy la validez jurídica, sea de una norma aislada o del sistema jurídico como un todo, presupone necesariamente la validez en sentido sociológico de la norma o del sistema: (i) en cuanto al sistema jurídico, afirma que “*la condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir, que valgan socialmente...*”²¹; y (ii) en cuanto a las normas aisladamente consideradas, considera que de éstas puede predicarse validez por su pertenencia a un sistema jurídico “*socialmente válido en general*”²², pero al mismo tiempo deben contar, ellas mismas, con “*un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia*”²³.

De lo anterior se puede precisar que por regla general las sentencias judiciales son eficaces, pues el propósito de las mismas, precisamente, es generar efectos sobre asuntos sometidos a examen del juez. Siendo entonces, la pérdida de eficacia un asunto extraordinario, que tiene lugar cuando se evidencia el fraude en un proceso judicial, pues *prima facie*, el derecho no puede dar la venia a que se configuren situaciones *contra legem* y que se afecten así principios y pilares sobre los cuales se erige el Estado Social de Derecho.

Para Robert Alexy (2004) el argumento de la injusticia puede referirse a normas aisladas o a sistemas jurídicos en su totalidad “*Cuando traspasan un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter de jurídico*” (Alexy, 2004). De esta manera, puede percibirse la tensión entre la legalidad y la legitimidad de una medida, pues la cosa juzgada constitucional, por ejemplo, corresponde a una pretensión de justicia²⁴ del derecho.

En este orden de ideas, la finalidad de la cosa juzgada, que en todo caso está sometida a la Constitución, no puede consolidar una situación injusta contraria al derecho (Sentencia T-951, 2013). Esto debido a que a la figura de la cosa juzgada se genera un concepto ético de validez. De acuerdo a Alexy (2004), la validez de una norma del derecho natural o del derecho racional, “*no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento. Sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral*” (ídem).

Así las cosas, ante la presencia de la cosa juzgada fraudulenta, vemos que no se trata de validar o no un pronunciamiento fraudulento, si no de las consecuencias que trae consigo la validación judicial de una situación injusta, pues se atenta contra la recta impartición de justicia, la igualdad, el debido proceso, pilares fundamentales para la consolidación del Estado Social de Derecho.

En este sentido, Véscovi (1984) quien expone que el fin del fraude es precisamente la cosa juzgada, pues al darle seguridad y certeza a la consecuencia jurídica buscada, la hace difícil de combatir, permitiendo incluso que sea exigible de manera coactiva. Por ello, sancionar y desvirtuar la cosa juzgada fraudulenta supone reparar a la sociedad en su conjunto, pues el dolo atenta contra el bien social de la administración de justicia. (Sentencia T-218, 2012).

Siguiendo esta línea argumentativa puede decirse que el fraude a la ley consiste en una conducta voluntaria realizada con el fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito. Miaja de la Muela (pág. 381. 1973) sostiene que el fraude a la Ley no es una institución propia del Derecho Internacional Privado, ya que su origen es el *Fraus Legis* del Derecho Romano, pues a pesar de ser excesivamente formalista, existía la posibilidad de generar combinaciones hábiles, por las cuales era posible violar el espíritu de la ley mientras que al tenor literal esta había sido cumplida.

A manera de ejemplo, cita el profesor de la Muela un pasaje del Digesto, escrito por Paulo que en la Ley 291.21 se dispuso: “*Infraudem legis facit, qui, salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*” Principio que sostenía: “*La esencia del fraude es lograr un resultado por un camino torcido o indirecto*”; entendía entonces que el fraude a la ley provenía de la obtención de resultados antijurídicos por medio de caminos torcidos e indirectos, pero lícitos.

A propósito de lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia T-218 de 2012, sostuvo que el principio de *fraus omnia corrumpit* se opone al de buena fe, último del que se deriva la presunción que cobija a todas las actuaciones de los particulares frente al Estado, y el deber de comportarse conforme con sus postulados.

En efecto, estimó que “*el aludido fraude también implica la protección de la administración de justicia*”, por lo que es obligación del juez de tutela adoptar todas las medidas tendientes a evitar que el fraude la corrompa (A-167 de 2013). En esa línea, admitió que la cosa juzgada podía cuestionarse cuando “*no se observaban deberes como la lealtad procesal, la buena fe y la cláusula rebus sic stantibus, y precisó que los dos primeros se relacionaban con el principio de fraus omnia corrumpit*”²⁵

En sentencia T-951 de 2013, la Corte precisó que el examen efectuado en sede de revisión constituye un “*(...) control eficaz e idóneo de los fallos de instancia que violan de forma grosera la Constitución*”. En ese sentido, la existencia de la cosa juzgada no puede consolidar “*una situación injusta contraria al derecho*”, pues ella subyace sobre “*un concepto ético de validez*”. Así, explicó que el principio *fraus omnia corrumpit* “*no es un término retórico sino una certeza sobre las consecuencias que acarrea validar una situación injusta. El fraude lo corrompe todo y atenta contra la recta impartición de justicia, la igualdad, el debido proceso y la solidaridad, entre otros principios*”.

2.2. Abuso del Derecho

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. 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 (Sentencia T-511 de 1993). Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.

“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, éste 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 proscrib, en general, el ejercicio abusivo del derecho. En 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 éste 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.

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 escenario 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.

3. Fraude a la Ley y Abuso del Derecho en Procesos de Insolvencia Empresarial

El derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito (Corte Constitucional C-620 de 2012), para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa:

“El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor “par conditio creditorum”” (C-586 de 2001).

La intervención del Estado en la reactivación empresarial cumple con estas pautas pues: (i) Se lleva a cabo en virtud de la ley: Ley 1116 de 2006; (ii) No afecta el núcleo esencial de la empresa, pues por el contrario, busca preservar su existencia; (iii) Obedece a motivos adecuados y suficientes como son la preservación de la empresa como promotora del desarrollo y fuente de empleo; (iv) Responde al principio de solidaridad, pues atiende al mismo para establecer un régimen especial que busca apoyar a la empresa y a sus trabajadores en una situación especial y; (v) Cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no desconoce los derechos de los acreedores de la empresa ni del Estado, sino que establece un régimen especial para el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

Así las cosas la intervención del Estado en la economía en el ámbito de legislación relativa a la reactivación empresarial constituye una manifestación de intervención legítima por parte del Estado, pues con ella se busca la conservación del interés general, pues con la continua explotación económica por parte de las empresas, no solo se beneficia al empresario sino a la sociedad, pues el artículo 334 superior, establece la función social empresarial, el fomento del empleo, el respeto a los derechos fundamentales.

Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación (C-6620 de 2012). Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de fugas económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad. (C-854 de 2005)

Los acuerdos de reestructuración se aplican ante la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente²⁶ y tienen múltiples efectos a favor de la empresa, tales como: la imposibilidad de admitir o continuar la demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor²⁷, la continuidad de los contratos²⁸, la suspensión de la causal de disolución por pérdidas²⁹, la flexibilización de las condiciones de aportes al capital³⁰, la conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias³¹, entre otras.

Por su parte, el proceso de liquidación se inicia por incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999 y las causales de liquidación judicial inmediata³² y establece una serie de efectos para terminar las actividades de la empresa y pagar ordenadamente a los acreedores³³.

Así las cosas, del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, se desprende el primer caso hipotético de fraude a la Ley y abuso del Derecho en materia concursal, pues se consagra el principio de continuidad de los contratos el cual señala que por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato.

De igual manera precepto aplicable a contratos estatales, por lo que se indica que con el inicio del proceso de reorganización no podrá, por parte de la entidad contratante, declararse la caducidad del contrato, salvo que dicha declaratoria se haga de manera anterior a la fecha de inicio de la reorganización empresarial.

De esto se puede advertir, el posible incumplimiento por parte de la empresa en sus obligaciones contractuales a raíz del inicio del proceso de reorganización, o de enterarse del posible inicio del proceso de declaratoria de caducidad o terminación unilateral del contrato, el empresario se acoja a los beneficios de la Ley 1116 de 2006 buscando así impedir la terminación del contrato.

En este sentido la Superintendencia de Sociedades, al interpretar el artículo 15³⁴ de la Ley 550 de 1999, el cual señalaba situación fáctica similar a la descrita en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, de la siguiente manera:

“En consecuencia, esta Superintendencia concluye que la prohibición de decretar la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario en reestructuración [...], impide que la administración declare tal caducidad con posterioridad a la iniciación de la negociación [...]. Lo contrario obstaculizaría la efectiva recuperación de la empresa.

Ahora bien, esto no significa que, por el hecho de haber comenzado a negociar un acuerdo de reestructuración, el empresario contratista pueda incumplir injustificadamente las obligaciones derivadas del contrato que celebró con la entidad estatal [...]. Si bien es cierto que la caducidad administrativa no es viable por las razones que se acaban de exponer, el empresario tiene el deber de continuar con la ejecución del contrato, máxime si el cumplimiento de las obligaciones que nacen del mismo hace parte del giro ordinario de los negocios de la empresa. Por consiguiente, si por alguna razón el empresario incumple de forma grave e injustificada obligaciones derivadas del contrato posteriores a la fecha de iniciación de la negociación se hará responsable frente a la entidad contratante y la administración podrá hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 18 de la ley 80 de 1993 y decretar la caducidad del respectivo contrato” (Superintendencia de Sociedades, 2002)

Dicho lo anterior, la jurisprudencia concursal, ha identificado y determinado diferentes maniobras fraudulentas usadas por parte de los deudores acogidos al régimen de insolvencia empresarial que pueden constituirse como prácticas abusivas en desmedro de los intereses de los

acreedores, por lo cual se ha facultado al aparato judicial y administrativo -SuperSociedades- a realizar acciones tendientes a evitar la configuración de estas prácticas fraudulentas durante el trámite de procesos cobijados por la Ley 1116 de 2006.

Dentro de las prácticas habituales identificadas, se encuentran: captaciones ilegales de dineros (SuperSociedades, 2016); simulación de créditos (SIC, 2018); realización de actos dispositivos previos al proceso de insolvencia (Corte Constitucional, 2013); simulación de acreedores; malas praxis contables; indebida conformación de grupos de acreedores.

De manera que es pertinente estudiar la figura de la medida de intervención empresarial, cuando se advierte que el transcurso del proceso puede encontrarse motivos suficientes para inferir la comisión de ilícitos bajo la fachada de cumplimiento de derechos constitucionales como la libertad de empresa (art. 333 C.P.).

La finalidad de la intervención, proceso previsto en el Decreto Legislativo 4334 de 2008 y reglamentado, por el Decreto 1910 de 2009, es una especie del proceso concursal *sui generis* (SuperSociedades, 2016), el cual distingue los procedimientos concursales clásicos -recuperación y liquidación- en la finalidad prevista, en los sujetos a los que se dirige y en las herramientas en las que se vale.

Así las cosas, al momento de que el juzgador advierte la realización de una actividad ilícita debe, por medio de la intervención, procurar por la suspensión de la actividad³⁵, (Presidencia de la República, 2008), de manera que se evidencia que la finalidad del proceso de intervención dista de la finalidad prevista en los procesos de recuperación y liquidación, pues en estos se busca ofrecer salidas a las crisis de un deudor.

En este sentido, al ser el origen del proceso de intervención la realización de actividades ilícitas, los sujetos intervenidos son todas aquellas personas que, directa o indirectamente, han tenido relación con la operación ilegal, entre ellas personas distintas al empresario, como lo son administradores, socios, contadores, revisores fiscales y beneficiarios de las operaciones ilícitas (Presidencia, 2008).

Visto esto, los procesos de intervención poseen herramientas que van más allá de los acuerdos de recuperación y liquidación, que buscan el pago coordinado y ordenado de las acreencias de los deudores en crisis (Congreso de la República, 2006), en los procesos de intervención se vale de dinámicas propias de estos mecanismos, los cuales comprende, entre otros, los planes de desmonte, que consisten en compromisos vinculantes para la cesación de las actividades de captación y la devolución de las sumas recaudadas por concepto de la actividad ilícita (SuperSociedades, 2016); o la liquidación del patrimonio de las personas intervenidas, en el cual la devolución de los dineros se incluye como créditos de la no masa.

3.1. Acción de Levantamiento del Velo Societario

Uno de los procedimientos a desarrollarse ante el conocimiento de conductas que puedan clasificarse como fraudulentas o abusivas en desmedro de los acreedores, es la acción de desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario³⁶ o corporativo. A través de esta acción se busca responsabilizar a los socios o accionistas de una sociedad, que goza de personería jurídica, para que no puedan, escudándose en aquella, evadir su responsabilidad (Consejo de Estado, 2017).

El levantamiento del velo corporativo tiene como finalidad, desconocer las limitaciones de la responsabilidad de los asociados sobre el monto de sus aportaciones, cuando existen circunstancias defraudatorias respecto a terceros (ídem). En Colombia, se han establecido ciertos mecanismos que permiten el levantamiento del velo corporativo, entre ellos: i) la responsabilidad

subsidiaria de la matriz³⁷; y ii) la responsabilidad de los socios más allá del monto de sus aportes fruto de conductas dolosas o culposas a ellos imputables³⁸.

En primer lugar, debe precisarse que conforme con lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio, en virtud al contrato del cual surge la sociedad, esta constituye una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, razón por la que es la titular del patrimonio que sirve para su conformación y diferente e independiente al de los socios. Por tanto, el patrimonio del que es titular la sociedad genera dos efectos a saber: i) Que los bienes de la persona jurídica no se confundan con los de las personas que lo conforman; y ii) que las obligaciones o deudas de estas últimas no puedan exigírsele al ente moral. (Consejo de Estado, 2017)

De lo anterior surge el principio fundamental del derecho societario de la limitación de la responsabilidad, según el cual se impide la comunicación de las deudas sociales con el patrimonio personal de los socios. Tales elementos conceptuales han dado origen a lo que la doctrina denominó la *“teoría de la limitación del riesgo”* y respecto de esto se ha dicho:

“...se estableció el principio fundamental de la limitación del riesgo, con el fin de que de ninguna manera las deudas sociales fueran trasladadas a los socios. De aquí que en el derecho comparado sea natural que la sociedad legalmente constituida forme una persona jurídica diferente a los socios individualmente considerados, tal como lo establece el artículo 98 del Código de Comercio.” (Gil Echeverri, 2010)

Desde el punto de vista jurisprudencial, la referida teoría fue desarrollada por la Corte Constitucional, inicialmente en sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil y posteriormente, en sentencia C-090 de 19 de febrero de 2014, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, en las que se señaló:

“La constitución de una sociedad -por regla general- implica el nacimiento de una persona distinta de los socios, dotada de atributos propios de la personalidad jurídica -nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio- para el desarrollo del objeto de su creación. Por ello, la legislación universal ha dispuesto que el ente social -ser diferente de las personas naturales que lo constituyeron- responde por las actuaciones y obligaciones que contrae con terceros e incluso frente a los accionistas”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-865 de 2004, reconoce como finalidad del derecho constitucional a la personalidad jurídica como el derecho a la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico.

La restricción de la responsabilidad al monto de los aportes se justifica en el hecho de que el patrimonio de la sociedad es distinto al patrimonio de cada socio³⁹. En la misma sentencia citada, la Corte indicó: *“Nótese como, la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la “teoría de limitación de riesgo”, la cual se estructura bajo las siguientes premisas generales, a saber: (i) Los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, pues estos carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social (C.Co. arts. 143, 144, 145 y 46). (ii) Los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad, pues tan sólo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en el capital social (C.Co. art. 142), mutatis mutandi, los acreedores de la sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, pues el socio como sujeto individualmente considerado carece de un poder de dirección sobre el ente social y, por lo mismo, la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una*

decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés del conjunto de personas que acceden a su creación.

Sin embargo, dicha limitación de la responsabilidad no puede entenderse en forma absoluta, en tanto puede tener limitaciones o eliminarse en ciertos eventos, entre los que se destacan, el tipo de sociedad que se conforma o la celebración de una convención, respectivamente.

En este sentido en cuanto al tipo de sociedad que se escoja, conforme con lo normado en los artículos 294 y 323 del Código de Comercio, en tratándose de sociedades colectivas y en comanditas, se elimina tal limitación de responsabilidad, porque los socios colectivos responden solidariamente con su patrimonio frente a las obligaciones sociales. Ello significa que cuando se crea una sociedad bajo esta forma societaria, se hace bajo el entendido de que, por disposición de la Ley, los colectivos o gestores no podrán ser protegidos por el denominado velo corporativo (Pinzón Gabino, 1977).

En providencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. No. 2012-02311-01 (AC), Consejero Ponente Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, en la que se precisó:

“(…) Tenemos que la figura del denominado velo corporativo, hace relación única y exclusivamente a la responsabilidad que les incumbe a los asociados de una persona jurídica, en donde es deber de ellos actuar con lealtad, honestidad, transparencia en sus relaciones con los terceros que contratan con la sociedad y por ende solo ellos responden hasta el monto de sus aportes. Ahora bien, cuando los asociados de manera fraudulenta pretenden perjudicar a los terceros en general, es posible perseguir los bienes individuales de los asociados. Dicho proceder le corresponde adelantarle y demostrarlo a los interesados y debe llevarse a cabo ante la justicia ordinaria, buscando así salvaguardar los intereses de las personas que puedan resultar perjudicadas”.

Es así como se puede evidenciar que ante la presencia de actuaciones dolosas o culposas de los asociados en detrimento de terceros, se debe analizar la responsabilidad más allá de la limitación del tipo societario y entramos a la responsabilidad que le cabe a cada persona individualmente considerada, fundamento del levantamiento del velo corporativo, el cual es perfectamente aplicable, pues se predica sobre cualquier tipo societario e independientemente de que las sociedades se encuentren tramitando procesos de insolvencia o reorganización.

No obstante, tal derecho no puede concebirse de manera absoluta. Ha sido atenuado, para lo cual se ha desarrollado la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, cimentada a partir del fraude o engaño en que han incurrido los socios o accionistas para defraudar a los terceros o acreedores (Consejo de Estado, 2017), como así lo precisa el doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry (2010): *“Es, entonces, en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño.”*

De manera tal, que la Ley 1116 de 2006 previó la posibilidad de dar inicio a la acción revocatoria y de simulación, dando la posibilidad de demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los actos o negocios realizados por el deudor cuando con la ejecución de dichos actos se hayan causado perjuicios a cualquier acreedor o afectado el orden de prelación de los pagos⁴⁰.

De esta manera la Ley 1116/06 trajo consigo la incorporación del principio estructural de igualdad de condiciones entre todos los acreedores, como puede verse en la incorporación del principio de universalidad por el cual *“la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación”*, y la igualdad, la cual implica un *“tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de*

insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias". Adicionalmente, como fórmula de articulación de estos principios se estableció el fuero de atracción del proceso liquidatario, para que todos los procesos de ejecución adelantados contra el deudor queden incorporados y se sometan a la suerte de la liquidación⁴¹, la no prejudicialidad respecto del proceso de insolvencia y otros procesos en curso⁴², para evitar que las dilaciones y desigualdades que pueda causar la suspensión en espera de otras decisiones judiciales (Corte Constitucional, 2018).

La anulación o revocatoria de los actos previos a la iniciación de un proceso de insolvencia no es una institución atípica en el derecho concursal, ni menos aún novedosa en la legislación colombiana (Corte Constitucional, 2013). Esta clase de medidas es cada vez más común en los ordenamientos jurídicos, al punto de haber sido recogidas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Así, en la Guía Legislativa de 2006 sobre régimen de insolvencia se reconoce la importancia de la anulación de los actos dispositivos celebrados por el deudor con anterioridad a la iniciación del proceso concursal, esto es, durante el llamado "*periodo de sospecha*", que reduzcan su patrimonio y afecten el principio de igualdad entre los acreedores (ídem). La Comisión ha considerado que ello genera un efecto disuasorio y estimula códigos de conducta revestidos de mayor transparencia comercial:

"Estas disposiciones están destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto de su patrimonio o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría. [...]

Las disposiciones relativas a la anulación pueden revestir importancia para un régimen de la insolvencia, no sólo por basarse en una política acertada, sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes o su valor en beneficio de todos los acreedores, y porque las disposiciones de esta índole contribuyen a la creación de un código de conducta comercial equitativa como parte de unas normas adecuadas para la buena gestión de toda entidad comercial (...)"⁴³.

La acción de revocatoria y la de simulación, en el marco del proceso de insolvencia, puede ser adelantada tanto durante la etapa de reorganización empresarial como en la fase de liquidación judicial, ante el juez del concurso, cuando el patrimonio del deudor resulta insuficiente para atender las obligaciones adquiridas y los negocios celebrados hayan afectado a cualquiera de los acreedores.

Para el caso de los actos de transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio, y contratos de arrendamiento o de comodato, el Legislador ha previsto un "*periodo de sospecha*" de dieciocho -18- meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o liquidación judicial. De esta manera, puede demandarse la revocación de dichos actos "*cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario obró de buena fe*". (Congreso de la República, 2006)

Lo anterior implica que en realidad se invierte la carga probatoria al establecer que la extinción de los actos celebrados tendrá lugar cuando, habiéndose cumplido los presupuestos allí señalados, "*no aparezca que el adquirente arrendatario o comodatario obró de buena fe*", radicando en cabeza de estos últimos la obligación de demostrar las condiciones bajo las cuales se desarrollaron los negociales impugnados (Corte Constitucional, 2013), lo que deberá de ser evaluado de acuerdo con las condiciones específicas de cada caso. Pero ello no ocurre porque necesariamente se presume que su conducta fue indebida o fraudulenta, sino porque en virtud de la carga dinámica de la prueba son ellos quienes están mejor posicionados para ilustrar al juez del

concurso respecto de la conducta en torno a cada uno de los actos mercantiles desplegados (ídem), lo cual es compatible con la jurisprudencia constitucional ya estudiada sobre el particular⁴⁴.

Así las cosas, el legislador al brindar la posibilidad de iniciar acciones de revocatoria y de simulación dotó de medidas de protección a los acreedores dentro del proceso de insolvencia, cumpliendo así con los fines de la norma, pues: i) la revocatoria permite proteger el crédito por cuanto se recompone el patrimonio del deudor y con ello las posibilidades de atender en mayor medida las obligaciones crediticias adquiridas; y simultáneamente, ii) al acrecentarse el patrimonio se amplían las posibilidades de conservación de la empresa como unidad de explotación económica (Corte Constitucional, 2013).

Siguiendo lo dicho, el ordenamiento jurídico ha consagrado instrumentos que permiten cumplir la misma función de la acción de levantamiento del velo societario (Gil, 2010), encontrando sustento entre otros: i) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro “*neminem laedere*”, conforme lo establecen los artículos 58 y 83 constitucionales y el artículo 2341 del Código Civil; y ii) la responsabilidad por abuso del derecho establecida en el artículo 830 del Código de Comercio.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 16 de septiembre de 2010, con ponencia del Magistrado César Julio Valencia Copete, sostuvo: “*El abuso del derecho, en todo caso y con independencia de la teoría objetiva o subjetiva que se predique haberle dado origen, en cada situación concreta y según las circunstancias fácticas que lo rodeen, se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio.*”

De esta manera se ha entendido que el abuso de los derechos no se presentaba únicamente en la esfera particular del dominio, sino en otros escenarios, y por ello adujo que “*...la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual en su caso...*” (G. J. t. CXLVII, pág. 82), aserción mediante la cual reafirmó la entrada que le había dado en el campo propio de los contratos, desde cuándo, casi un siglo antes, en sentencia de 6 de diciembre de 1899 (G. J. XV, 8), encontró posible su ocurrencia siempre que se abusara de los derechos emanados de los acuerdos de voluntades.

De conformidad con el artículo 830 del Código de Comercio “*el que abuse de sus derechos*⁴⁵ *estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”. Con esta norma surge indiscutible cómo el ordenamiento dio carta legislativa a la figura y, con ello, ofreció cabida a la reparación de los daños originados en la actividad del titular que ejerciera sus derechos en forma excesiva, anormal, dolosa o culposa.

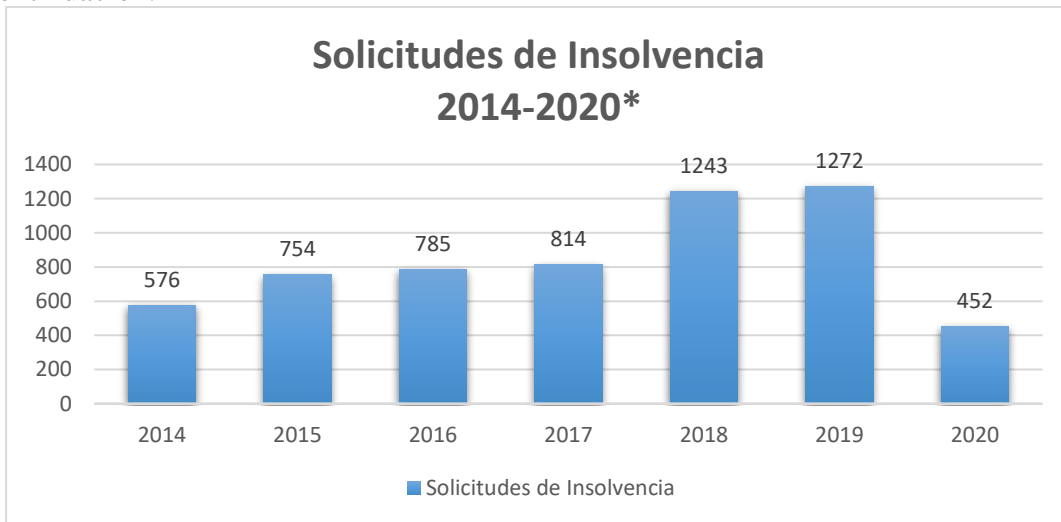
Así las cosas, se puede evidenciar un engranaje jurídico existente en la legislación colombiana que trata de impedir a los deudores de mala fe, abusar de los derechos y prerrogativas otorgadas por la ley al acogerse a trámites de insolvencia empresarial, con la finalidad de defraudar a los acreedores de buena fe, sin embargo su desarrollo ha sido insipiente, veremos a continuación las formalidades del proceso concursal brasileño lo cual permitirá desde la perspectiva comparada analizar falencias o fortalezas del sistema concursal colombiano.

4. La Insolvencia Empresarial en Cifras

A partir de la expedición de la Ley 222 de 1995 y en desarrollo de la facultad otorgada en el artículo 116 inciso 3° de la Constitución Política se le entregó a la Superintendencia de Sociedades la función jurisdiccional de conocimiento y competencia respecto a los tramites

concursoales⁴⁶, dando así inicio al fortalecimiento de la superintendencia, para lo cual se expidió el Decreto Ley 1080 de 1996 por medio del cual se reestructuró la entidad, lo cual permitió obrar como un juez especializado en temas concursoales.

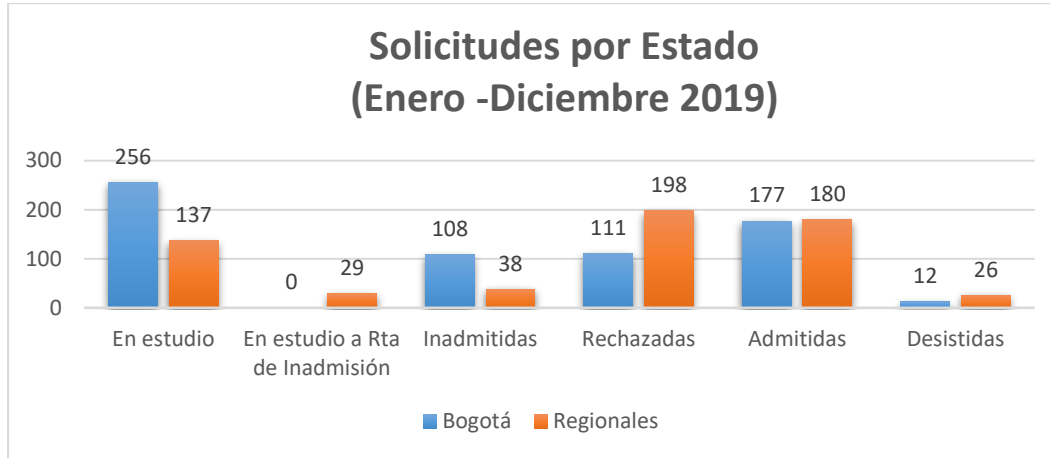
Desde la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995⁴⁷ y la consecuente reestructuración administrativa, la presencia de la Superintendencia en materia de procesos concursoales ha teniendo un crecimiento significativo en el número de solicitudes y procesos adelantados, contando actualmente con cerca de 3.055⁴⁸ procesos en trámite, ejecución y liquidación, los cuales representan 147.475 empleos a nivel nacional, y movimientos económicos cercanos a los \$53.931 millones de pesos. De esta manera se puede evidenciar un crecimiento en las solicitudes de insolvencia radicadas ante la superintendencia del 121% entre el 2014 y el 2019⁴⁹, como se puede ver a continuación.



Elaborado con datos de la Superintendencia de Sociedades a corte a 30 de junio de 2020.

Se puede evidenciar que año a año se ha incrementado el número de solicitudes de insolvencia, de esta forma vemos como para el año 2014 se presentaron 576 solicitudes, en contraste a las 1.272 para el 2019, se evidencia el mayor aumento en el número de solicitudes entre los años 2017 con 814 y el 2018 con 1.243, lo cual puede tener su justificación en los datos reportados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE, pues durante los primeros dos trimestres de 2018 se registró una contracción anual en los rubros de vivienda --5,4% y -0,7 respectivamente- y para el rubro otro tipo de estructuras y edificios --5,6% y -3,1%-⁵⁰, esto debido al dinamismo de la demanda de esta clase de activos y los excesos de oferta de vivienda y otras edificaciones, producto de la construcción excesiva de estas estructuras durante los años de buenos precios del petróleo⁵¹, es de resaltar así mismo la caída del PIB cercana al 3,0% entre el 2013 y 2017, a razón de la caída de las rentas petrolíferas, y la devaluación del tipo de cambio⁵².

Todo ello evidenciado en las Bases de Datos de procesos de insolvencia activos con corte a diciembre de 2019, en donde se encuentra que durante este periodo al menos 180⁵³ empresas del sector construcción dieron inicio a procesos de insolvencia, y cerca de 27 del sector minero e hidrocarburos.



Elaborado con datos de la Superintendencia de Sociedades periodo enero -diciembre de 2019.

Para el año 2019, se presentaron ante la Superintendencia de Sociedades un total de 1.272 solicitudes de insolvencia, de las cuales el 30,89% corresponden a solicitudes en estudio, y el 38,74% a solicitudes inadmitidas, rechazadas o desistidas, dejando tan solo un 28,066% de las solicitudes en estado de admisión e inició de trámite, se debe advertir entonces, el alto número de solicitudes que conforman el grupo de solicitudes inadmitidas, rechazadas o desistidas, pues de ello se pueden extraer importantes conclusiones respecto al tema de estudio de este trabajo investigativo.

Es importante mencionar que las causales de inadmisión y rechazo más habituales dentro del trámite de procesos de insolvencia empresarial cobijados por la Ley 1116 de 2006, pueden resumirse en 3: i) errónea presentación de estados financieros y contabilidad confusa; ii) inadecuado análisis y proyectos de cumplimiento deficientes; iii) indebida graduación de créditos, calificación y asignación de derechos de voto de acreedores.

- i) Las sociedades que pretenden acogerse al trámite de insolvencia, deben presentar: i) inventarios de activos y pasivos actualizados; ii) Estado de situación financiera realizados sobre la hipótesis de negocio en marcha⁵⁴, a lo cual se debe precisar de la existencia de cuentas por cobrar precisando si las mismas son de corto o de largo plazo, el estudio jurídico detallado de la recuperación, las gestiones adelantadas para su cobro, las edades de las carteras y las mediciones iniciales y posteriores de los rubros; iii) Estado de resultados; y, iv) Notas a los estados financieros y políticas contables, señalando las condiciones pactadas con cada deudor o acreedor, la medición inicial y posterior y la relación de las mismas con el objeto social empresarial.
- ii) Los proyectos de cumplimiento deben realizarse a partir del autoconocimiento del empresario frente a la realidad económica de la empresa, las posibilidades reales de pago, teniendo en cuenta criterios de producción y venta, así como la generación de activos a corto plazo que le permita el cumplimiento de los acuerdos de pago, ante la inadecuada proyección de los mismos, la empresa decae en una cesación de pagos que deriva en el decreto de la liquidación judicial.
- iii) El proyecto de calificación y graduación de créditos y de derechos de voto, se debe realizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1116 de 2006, la calificación y graduación de créditos debe respetar el orden de prelación legal previsto en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil, para ello, se debe relacionar cada acreedor con su identificación y dirección de notificación, y además totalizar la deuda por cada acreedor,

sub clase y clases; habrá de discriminarse las obligaciones adeudadas, el concepto y documento que las soporta.

Así mismo, los créditos objeto de los procesos ejecutivos incorporados a la reorganización deben ser calificados y graduados. En caso de existir acreedores garantizados, se les debe reconocer los créditos y asignar votos en los términos señalados en el inciso 5° artículo 50 de la Ley 1676 de 2006 y las normas que lo regulan.

En cuanto al proyecto de determinación de derechos de votos, se debe detallar conceptos, documentos, subtotalizar los votos por acreedor y categoría. Finalmente, para la categoría D – acreedores internos, los votos se calcularán conforme al artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.

Al momento de constituirse la masa de acreedores, estos son divididos en cinco categorías, de las cuales se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta que incluya 2 o 3 de las categorías a fin de avalar los acuerdos de negociaciones y no de la mayoría por cada una de las categorías, lo que facilita su manipulación pues es posible que con solo una parte de acreedores se apruebe el inicio del trámite de reorganización y más aun pudiendo estos ser ficticios o acomodados.

De acuerdo a los ítems anteriormente analizados, es importante señalar como hipótesis que motivan el rechazo de los procesos de insolvencia -por preclusión del término para subsanar- o la imposibilidad de subsanar -desistimiento- causas atribuibles a la mala praxis de aplicación normativa por parte del deudor, entre ellas la manipulación de libros contables, razón por la cual no cuenta con soportes que permitan una revelación contable completa y fidedigna, la creación de acreedores de manera fraudulenta, que buscan incrementar los pasivos, y de esta manera modificar el número de votos por cada grupo de acreedores, la exclusión de acreedores dentro del escrito de solicitud de insolvencia, el encubrimiento de actividades ajenas al objeto social de la empresa, son algunas de las prácticas identificadas, que suelen desarrollar los deudores en contra de los acreedores de buena fe.

5. El Trámite de Recuperación Judicial Brasileño

Tanto el derecho concursal brasileño como el colombiano encuentran inspiración en sus principios y fines en el régimen moderno de Derecho concursal francés (Simionato, 2008 cit. En Telles, 2010), pues en ambos regímenes la finalidad perseguida es la recuperación de la empresa⁵⁵. El foco principal de la legislación de quiebras brasileña, ha dejado de ser la satisfacción de los acreedores y en cambio ha mutado a prevalecer la protección jurídica del mercado, bajo el criterio de que de este modo no solo se brindara un potencial beneficio a la sociedad si no también al crecimiento del país (Telles, 2010).

Así las cosas, con la expedición de la Ley 11.101 de 2005, se dio paso a la creación de dos mecanismos modernos que buscan la recuperación de la empresa: i) la recuperación judicial; y ii) la recuperación extrajudicial. De igual manera, se realizó una modificación al orden de prelación crediticia y se reguló un procedimiento de enajenación de bienes de la empresa mucho más ágil.

La recuperación judicial, sustituyó la antigua concordata⁵⁶ (Mendonça y Martins, 2014) así el capítulo III, artículos 47 a 74 de la Ley de Quiebras brasileña regula la institución, cabe destacar que la concordata era un derecho de todo empresario siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en la ley para solicitarla, con independencia de si existía o no posibilidad de recuperación económica. En cambio, sólo los empresarios que prueben que la reorganización de su actividad económica es viable, pueden acudir al sistema de recuperación judicial (Valle y Vilarinho, 2005). De esta manera, las empresas que no puedan acreditar la viabilidad de

recuperación económica son excluidas del régimen concursal, impidiendo que por medio del acogimiento en la Ley de Quiebras puedan eludir el pago a sus acreedores.

La concordata únicamente producía efectos frente a los acreedores quirografarios que son aquéllos cuyos créditos no son privilegiados conforme el orden de prelación de créditos⁵⁷. Por el contrario, participan del plan de recuperación judicial que el acreedor debe presentar en el correspondiente proceso judicial todos los acreedores que integren el llamado “*cuadro de acreedores*” -compuesto por los acreedores que acrediten la existencia de un crédito contra el deudor-

En el caso de la concordata, se permitía al deudor proponer al acreedor la forma de pago, para lo cual podía modificar las condiciones de pago inicialmente pactadas dentro de los límites establecidos legalmente, quedando el acreedor obligado a aceptar las nuevas condiciones (Costa Braga, 2002). De conformidad con el mecanismo de recuperación judicial regulado en la nueva Ley de Quiebras, no existe limitación legal para la negociación de las deudas con los acreedores, pero el sistema de pago propuesto por el deudor se incluirá en el plan de recuperación judicial que debe ser aprobado por todas las clases de acreedores (Valle y Vilarinho, 2005).

En caso de existencia de reclamaciones laborales, ejecuciones fiscales y acciones en las que no quepa suspensión de plazo -que son las acciones sobre las que todavía no ha recaído sentencia firme-, debe reservarse bienes por un valor equivalente al importe de dichos créditos, siendo estos acreedores clasificados como extra-concursales (art. 84 Ley de Quiebras). A diferencia de lo ocurrido en Colombia en donde los procesos judiciales que se encuentren en trámite, son suspendidos una vez el deudor se acoge a la Ley de Insolvencia Empresarial.

En el caso de la recuperación extrajudicial (art. 161 yss), el deudor propone el plan de recuperación junto con la solicitud de inicio de un proceso de recuperación extrajudicial. Por tanto, antes de solicitar el inicio de este proceso el deudor debe haber negociado con los acreedores las condiciones del plan de forma que el juez sólo deba revisar el plan y homologarlo sin intervenir en su negociación (art. 162). En el caso de que el plan de recuperación judicial no sea aceptado por la totalidad de los acreedores, el deudor podrá solicitar la homologación del plan de recuperación extrajudicial si dicho plan es suscrito por los acreedores titulares de, al menos, tres quintos del importe de los créditos de cada tipo incluidos en el plan⁵⁸.

Después de presentado el plan para su homologación judicial, bien sea con el consentimiento de todos los acreedores o con la mayoría mínima exigida legalmente⁵⁹, los acreedores que sean parte del plan no pueden iniciar acciones o ejecuciones individuales, ni solicitar la declaración de quiebra⁶⁰. El plan homologado no puede modificarse salvo si así lo acuerdan todos los acreedores que lo hayan suscrito (Valle y Vilarinho, 2005). Una vez homologado el plan, éste se publica mediante edicto existiendo un plazo de 30 días para que los acreedores puedan plantear sus objeciones si el plan publicado no se corresponde con lo pactado con el deudor.

De igual manera que en la legislación colombiana la legislación de quiebras brasileña prevé la posibilidad de declarar la simulación y revocación de actos realizados previamente al proceso de quiebra, denominados en la legislación brasileña como ineficacia y revocatoria, señalando como ineficaces todos los actos realizados por el deudor pretenda o no defraudar a los acreedores⁶¹.

Como herramienta de protección al acreedor el artículo 130 de la Ley de Quiebras estableció como revocables los actos practicados con la intención de perjudicar a los acreedores acreditando la colusión fraudulenta entre el deudor y el tercero que contrata con él y el daño real sufrido por la finca quebrada (Congreso Nacional, 2005), otorgándole un término de acción⁶² de 3 años siguientes

al decreto concursal (art. 132) la cual deberá ser propuesta por el administrador judicial, cualquier acreedor o el ministerio público.

5.1. Fraude de Acreedores

La Ley 11.101 de 2005 trajo consigo una serie de disposiciones punitivas, tipificando actos fraudulentos dentro del género punitivo de fraude de acreedores, encontrándose entre las conductas constitutivas de delitos entre otras la práctica -antes o después de la sentencia que declare la quiebra, otorgue la recuperación judicial o ratifique la recuperación extrajudicial- de un acto fraudulento que pueda resultar en el daño a los acreedores, con la finalidad de obtener una ventaja indebida (art. 168), lo que significa un avance persuasivo en materia concursal en aras de evitar las defraudaciones a acreedores por medio del acogimiento a la Ley de Quiebras.

Dentro de las conductas determinadas por la legislación brasileña que pueden causar desmedro a los intereses de los acreedores, se encuentran entre otras, preparar contabilidad inexacta (art. 168 #1); omitir o modificar la contabilidad o balance general (art. 168#2); destruir, corromper o borrar datos contables o comerciales (art. 168#3); llevar una contabilidad paralela (art. 168 caput 2); violación al secreto comercial (art. 169); Divulgación de información falsa (art. 170); inducción de errores (art. 171); Favorecer a los acreedores (art. 172); apropiación indebida, ocultación o apropiación de activos (art. 173); adquisición, recepción o uso ilegal de bienes (art. 174); calificación crediticia ilegal (art. 175) entre otros, han sido actuaciones comunes desplegadas por parte de deudores de mala fe, y las cuales cuentan con un régimen sancionador punitivo.

6. Conclusiones

Son los momentos de crisis económica los que han provocado el cambio de paradigmas y regulaciones respecto a la insolvencia empresarial. Evidenciando la importancia de contar con un sistema concursal adaptable a las diferentes circunstancias y fenómenos sociales y económicos que día a día se viven en ámbito empresarial, por la fluctuación de los mercados. Otorgando así a la empresa una característica especial dentro del funcionamiento estatal, pues son las incidencias sobre ellas las que pueden transformar situaciones sociales y económicas en el país, mejorando inclusive su competitividad internacional (Maldonado, 2020).

De tal manera que para junio de 2020 existía un total de 3.055 procesos de insolvencia activos, los cuales representan cerca de 117.519 empleos y operaciones económicas por más de \$53.931,90 millones de pesos, determinando la importancia de la recuperación y reorganización empresarial con el fin de dar continuidad a la empresa y a los empleos que con ella se generan.

Así las cosas, hoy día contamos con los Decretos Legislativos 560 del 15 de abril 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”* y el Decreto 772 del 3 de junio de 2020 *“por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”* decretados por la pandemia mundial del COVID-19.

Con la entrada en vigencia de estos nuevos Decretos Legislativos, vigentes por dos años, se introdujeron al país dos importantes cambios en el trámite y desarrollo de procesos de insolvencia, pues con ellos se dio inicio al proceso de reorganización simplificada del Decreto 560 de 2020, el cual introdujo novedosamente el trámite de Negociación de Emergencia -NEAR, aplicable para medianas y grandes empresas, y para el caso de las MiPymes, es decir aquellas cuyos activos no superan los 5.000 smmlv se estableció el proceso de reorganización abreviada del Decreto 772 de 2020.

Durante lo corrido del 2020⁶³ fueron radicados 794 solicitudes de insolvencia, de las cuales 120 fueron inadmitidas, 172 rechazadas, 17 desistidas, 399 admitidas y 86 se reportaron en

estado de estudio, de las cuales 246 se presentaron amparándose bajo el procedimiento previsto en la Ley 1116 de 2006, 101 bajo el procedimiento del Decreto 560 de 2020 y 324 por el Decreto 772 de 2020.

Dicho esto, se puede concluir que la volatilidad de los mercados ante eventos extraños produce efectos importantes en la vida de las empresas. Lo cual obliga al régimen concursal a encontrarse en un constante desarrollo atendiendo necesidades de los empresarios y bajo los postulados de la recuperación empresarial, sin embargo, está por verse el efecto que la entrada en vigencia de estos nuevos procedimientos traiga a los acreedores, pues se suprimió el requisito de auditoría a cargo del juez del concurso, respecto a la exactitud de los documentos aportados por el deudor, sobre la información financiera y cumplimiento de las políticas contables, trasladando la responsabilidad exclusiva en cabeza del deudor y su contador o revisor fiscal.

La jurisprudencia concursal, ha identificado y determinado diferentes maniobras fraudulentas usadas por parte de los deudores acogidos al régimen de insolvencia empresarial que pueden constituirse como prácticas abusivas en desmedro de los intereses de los acreedores, por lo cual se ha facultado al aparato judicial y administrativo a realizar acciones tendientes a evitar la configuración de estas prácticas fraudulentas durante el trámite de este tipo de procesos.

Dentro de las prácticas habituales identificadas, se encuentran: captaciones ilegales de dineros; simulación de créditos; realización de actos dispositivos previos al proceso de insolvencia; simulación de acreedores; malas praxis contables; indebida conformación de grupos de acreedores.

Para prevenir la práctica de este tipo de actuaciones se ha dotado al juez del concurso con la facultad de dar inicio a la intervención empresarial, cuando se advierte que el transcurso del proceso puede encontrarse motivos suficientes para inferir la comisión de ilícitos bajo la fachada de cumplimiento de derechos constitucionales como la libertad de empresa.

Adicionalmente, mediante la acción de levantamiento del velo corporativo, la cual tiene como finalidad, desconocer las limitaciones de la responsabilidad de los asociados sobre el monto de sus aportaciones, cuando existen circunstancias defraudatorias respecto a terceros. En Colombia, se han establecido ciertos mecanismos que permiten el levantamiento del velo corporativo, entre ellos: i) la responsabilidad subsidiaria de la matriz; y ii) la responsabilidad de los socios más allá del monto de sus aportes fruto de conductas dolosas o culposas a ellos imputables.

Sin embargo y a pesar de los esfuerzos por evitar hechos defraudatorios en el trámite de procesos concursales, aún existen ventanas por medio de las cuales los deudores de mala fe, intentarán cometer hechos abusivos respecto de la posición de crisis que el legislador ha entendido pueden afrontar en determinados momentos las empresas.

Tanto el derecho concursal brasileño como el colombiano encuentran inspiración en sus principios y fines en el régimen moderno de Derecho concursal francés, pues en ambos regímenes la finalidad perseguida es la recuperación de la empresa. El foco principal de la legislación de quiebras brasileña, ha dejado de ser la satisfacción de los acreedores y en cambio ha mutado a prevalecer la protección jurídica del mercado, bajo el criterio de que de este modo no solo se brindara un potencial beneficio a la sociedad si no también al crecimiento del país.

La recuperación judicial brasileña, sustituyó la antigua concordata que era un derecho de todo empresario siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en la ley para solicitarla, con independencia de si existía o no posibilidad de recuperación económica. En cambio, sólo los empresarios que prueben que la reorganización de su actividad económica es viable, pueden acudir al sistema de recuperación judicial. De esta manera, las empresas que no puedan acreditar la

viabilidad de recuperación económica son excluidas del régimen concursal, impidiendo que por medio del acogimiento en la Ley de Quiebras puedan eludir el pago a sus acreedores.

En este sentido la legislación brasileña contiene una serie de disposiciones punitivas, tipificando actos fraudulentos dentro del género punitivo de fraude de acreedores, encontrándose entre las conductas constitutivas de delitos entre otras la práctica -antes o después de la sentencia que declare la quiebra, otorgue la recuperación judicial o ratifique la recuperación extrajudicial- de un acto fraudulento que pueda resultar en el daño a los acreedores, con la finalidad de obtener una ventaja indebida, lo que significa un avance persuasivo en materia concursal en aras de evitar las defraudaciones a acreedores por medio del acogimiento a la Ley de Quiebras.

De lo anterior se puede extraer que estas conductas desplegadas por parte de los deudores de mala fe en el régimen concursal brasileño y que han sido incluidas como tipos penales dentro del cuerpo normativo propio de la Ley de quiebras, tiene su símil en los motivos de rechazo o inadmisión del trámite de insolvencia en Colombia, pues como se estudió en el cuerpo del trabajo las causales más usuales de rechazo de procesos de insolvencia están relacionadas con: i) errónea presentación de estados financieros y contabilidad confusa; ii) inadecuado análisis y proyectos de cumplimiento deficientes; iii) indebida graduación de créditos, calificación y asignación de derechos de voto de acreedores.

Sin embargo, la legislación concursal colombiana no hace mención a hechos constitutivos de delitos, dejando la aplicación punitiva a los desarrollos tipificados en el Código Penal -Ley 599 de 2000- encontrándose algunas conductas como el alzamiento de bienes (art. 253), la disposición de bien propio gravado con prenda (art. 255), utilización indebida de información privilegiada (art. 258), falsedad material e ideológica en documentos públicos y privados (art. 286 y s.s.), como algunos ejemplos de conductas que pudieren llegar a ser constitutivas de delitos en el trámite de procesos de insolvencia, a pesar de ello, no existe mención expresa a los trámites de insolvencia empresarial.

Por esto, se requiere de un reproche jurisdiccional fuerte que evite este tipo de comportamientos. Así como el robustecimiento de los requisitos contemplados en la Ley para dar inicio al trámite de reorganización empresarial, y fortalecer las sanciones a que haya lugar por el fraude de algunos acreedores simulados.

Referencias

- Alchourron, Carlos & Bulygin, Eugenio. 1997. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, México, 1997.
- Alexy, Robert. 1997. El concepto y la validez del derecho. Gedisa, Barcelona, 1997.
- Baeza Ovalle, José Gonzalo. 2012. Petición de quiebra y abuso del derecho -(Chile). Recuperado de: [file:///C:/Users/luis_/Downloads/Dialnet-PeticionDeQuiebraYAbusoDelDerecho-3807023%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/luis_/Downloads/Dialnet-PeticionDeQuiebraYAbusoDelDerecho-3807023%20(2).pdf)
- Carbonell O'Brien, Esteban. 2014. Apuntes de derecho concursal latinoamericano Colombia, Perú, México y Brasil. 2014. Recuperado de: file:///C:/Users/luis_/Downloads/1300-Texto%20del%20art%C3%ADculo-3827-1-10-20150625.pdf
- Comisión Redactora 1940: citado en Sotomonte 2005. (1940). Proyecto y exposición de motivos al proyecto de Ley sobre quiebras. (337-339), 22. Colombia: Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario citado en: Sotomonte 2005.

- Congreso de la República. 1995. Ley 222 de 1995 (diciembre 20) Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Cúcuta. 1821. Constitución Política de 1821. Constitución de Cúcuta. Cúcuta, Norte de Santander, Colombia: Sistema Único de Información Normativa. Recuperado el 17 de diciembre de 2019, de: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020077?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020077?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)
- Congreso de la Nueva Granada. 1853. Código De Comercio. Ley 2193 de 1853. Santa Fe de Bogotá, Bogotá, Colombia. Recuperado el 27 de diciembre de 2019, de <https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1853-ley-2193.pdf>
- Congreso de la Republica de Colombia. 1939. Ley 54 de 1939. Ley ordinaria 54 de 1939(24244), diario oficial año LXXV. Santa Fe de Bogotá, Bogotá, Colombia: sistema único de información normativa. Recuperado el 15 de 11 de 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1607470>
- Congreso de la República de Colombia. 1968. Ley 16 de 1968. Por la cual se restablecen los juzgados de Circuito, se dictan normas sobre competencia en materia penal, civil y laboral, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial Año CIV (32467), 1. Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia: Sistema Único de Información Normativa. Recuperado el 31 de enero de 2020, de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1809639>
- Congreso de la República de Colombia. 2006. Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html#TITULO%20I
- Consejo De Estado. 2014. Sección Primera Sentencia 2012-02311 del 18 de septiembre de 2014 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno (Velo Corporativo -Debido Proceso- Fraude A La Ley)
- Corte Suprema de Justicia. 1969. Inexequibilidad del Decreto 750 de 1940. M.P. Luis Sarmiento Buitrago. Recuperado el 17 de diciembre de 2019, de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVII%20\(1972\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVII%20(1972).pdf)
- Corte Constitucional. 1997. Sentencia C-015/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado el 8 de enero de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-015-97.htm>
- Corte Suprema de Justicia. 2018. Sentencia Sc2837-2018 Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/SC2837-2018-2001-00115-01.pdf>
- Corte Constitucional. 2014. Sentencia C-090 De 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-090-14.htm>
- Corte Constitucional. 2018. Sentencia C-006 De 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-006-18.htm>
- Corte Constitucional. 2013. Sentencia C-527 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-527->

- [13.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D527%2F13&text=83%20CP\)%20la%20norma%20seg%20C3%20BAn.comodatario%20obr%C3%B3%20de%20buena%20fe](#)
- Corte Suprema de Justicia. 2016. Sala de Casación Civil. Sentencia SC16669-2016. Rad. 2005-00668-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Recuperado de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/12/SC16669.pdf>
- Costa Braga de Oliveira, Pedro Alberto. 2003. Apuntes sobre el régimen concursal brasileño. Revista Práctica Latinoamericana. 2003. Pág. 95-108. Recuperado en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1105/documento/06Latino.pdf?id=2020>
- De Oliveira, Celso Marcelo. S.f. Direito Falimentar Brasileiro. Revista Electrónica de Derecho Comercial. S.F. Recuperado en: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oliveira01.pdf>
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. 2010. Velo Corporativo Y Jurisprudencia Pág. 117-141 Levantamiento Del Velo Corporativo: Panorama Y Perspectivas El Caso Colombiano - Universidad Del Rosario 2010 <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11033/Levantamiento%20del%20velo.pdf?sequence=6>
- Gil Anzola, M.; Arrubla Paucar, J.; Calderón Gutiérrez, A.; Calderón Villegas, J.; Cárdenas Mejía, J.; Castillo Mayorga, F.; Castro Cuenca, C.; Díaz Ramírez, E.; Fradique-Méndez, C.; Forigua Rojas, J.; Gaitán Martínez, J.; Gaitán Roza, A.; Gil Echeverry, J.; Holguín Mora, T.; Jaramillo Jassir, I.; León Robayo, E.; López Castro, Y.; Mesa Zuleta, M.; Rincón Cárdenas, E., ... Venegas Franco, A. 2010. Levantamiento Del Velo Corporativo: Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Universidad del Rosario. 2010. ISBN: 978-958-738-115-3. Recuperado de: <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/accesoabierto/levantamiento-del-velo-corporativo.pdf>
- Gómez, E. F. 2014. Apuntes Para La Historia De La Jurisdicción Comercial En Colombia. Herencia Colonial aceptada con beneficio de inventario. Lucha republicana por administrar pronta justicia en asuntos de comercio: proyectos y Leyes sobre Tribunales de Comercio de 1824, 1833, 1852 y 1853. Bogotá D.C., Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado el 19 de 12 de 2019, de <http://bdigital.unal.edu.co/47183/1/06701454.2015.pdf>
- Guarín Grisales, Á., & Franco López, D. 2008. La Sustitución de Importaciones como medio para un Desarrollo Sostenible. (U. EAFIT, Ed.) Revista Universidad EAFIT, 44(151), 56-67. Recuperado el 31 de enero de 2020, de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/download/130/125/>
- Josserand, Louis. 2008. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Los principios generales del derecho procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008.
- Kelsen, Hans. 1985. Teoría General del Derecho y del Estado, p. 30. Comentado por NINO, Carlos Santiago: La validez del derecho. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 9.
- Maggio, M. L. 2017. Revisión del modelo de Sustitución de Importaciones: Vigencia y algunas reconsideraciones. (U. N. México, Ed.) Economía Informa, 404, 4-17. Recuperado el 31 de enero de 2020, de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185084917300233>
- Maldonado, M. 2020. Reconstruir el modelo de desarrollo. Como atraer inversión extranjera directa sin afectar la estabilidad del Estado latinoamericano. Jurídicas CUC, Vol. 16, No. 1.
- Mayorga, F. (S.f.). Banrepcultural. Recuperado el 17 de diciembre de 2019, de Red Cultural del Banco de la República en Colombia: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-148/codificacion-de-la-legislacion-en-colombia>

- Mendonca de Menezes, Mauricio Moreira. & Martins Neto, Carlos. 2014. Aspectos históricos dos institutos jurídicos para solução da crise empresarial. 2014. Recuperado de: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9fd93cfddc356848>
- Mendonça, Daniel. 1995. Exploraciones normativas. Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1995.
- Ocampo, J. A., & Montenegro, S. 1982. La Crisis Mundial De Los Años Treinta En Colombia. (Uniandes, Ed.) Desarrollo Y Sociedad (7), 35-96. Recuperado el 07 de 11 de 2019, de <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.13043/dys.7.2>
- Presidencia de la República de Colombia. 1940. Decreto Ley 750 de 1940. Sobre Quiebras (24589), Diario Oficial Año LXXVI. Santa Fe de Bogotá, Bogotá, Colombia: Sistema Único de Información Normativa. Recuperado el 15 de noviembre de 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1158825>
- Presidencia de la República de Colombia. 1969. Decreto 2264 de 1969. Por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio, Diario Oficial año CVI (32985), 5. Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia: Sistema Único de Información Normativa. Recuperado el 31 de enero de 2020, de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1427782?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1427782?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)
- Presidencia de la República de Brasil. 2005. Ley No. 11.101 del 09 de febrero de 2005. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm
- Relatoría del Consejo de Estado. 2014. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. 2014. Exp. 2012-02311-01 (AC). Recuperado de: [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-15-000-2012-02311-01\(AC\)#sdfootnote28sym](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-15-000-2012-02311-01(AC)#sdfootnote28sym)
- Relatoría de la Corte Constitucional Colombiana. 2014. Sentencia C-090 de 2014. M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo. Exp. D-9769. Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-090-14.htm#_ftnref3
- Relatoría del Consejo de Estado. 2017. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Oscar Darío Amaya Navas. 2017. Exp. 2016-0008-00 (2295). Recuperado de: [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-06-000-2016-00080-00\(2295\)#sdfootnote11anc](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-06-000-2016-00080-00(2295)#sdfootnote11anc)
- Ross, Alf. 1969. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. En: El concepto de validez y otros ensayos. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- Salgado Rodríguez, Bernardo & Shoenmann de Moura, Rafael. 2019. De la Ilusión de las Commodities a la Especialización Regresiva: América del Sur, China y la nueva etapa de la dependencia en el Siglo XXI. Revista Papel Político. 2019. Recuperado en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/papelpol/article/view/29276>
- Sotomonte, D. R. 2005. Los Presupuestos Del Concurso En La Legislación Colombiana. (D. d. Comercial, Ed.) REVIST@e- Mercatoria, 4(1), 8-9. Recuperado el 8 de enero de 2020, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/issue/view/240>
- Superintendencia de Sociedades. 2020. Informe Datos y Cifras corte a junio de 2020. Superintendencia de Sociedades de Colombia. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Paginas/publicaciones.aspx
- Superintendencia de Sociedades de Colombia. 2018. Oficio 220-121488 del 03 de agosto de 2018. 2018. Recuperado de:

- https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-121488.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2016. Jurisprudencia Concursal 2016. 2016. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/reorganizacion_empresarial/Documents/Libro_Jurisprudencia_Concursal_III-2016.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2016. Auto 400-005967 de 18 de abril de 2016 (Responsabilidad Solidaria En Los Procesos De Intervención) Recuperado de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Documents/Normatividad/Libro_Jurisprudencia_Concursal_4_2017.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2018. Oficio 220-121488 del 03 de agosto de 2018 (Acción De Desestimación De La Personalidad Jurídica O De Levantamiento Del Velo Societario). Recuperado de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-121488.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2014. Auto Superintendencia De Sociedades Cámara De Comercio De B/Quilla Contra Carcos Mantenimiento De Equipos S.A.S. Recuperado de https://supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/jurisprudencia_asistente_virtual/Pr eg_ID174-177.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2013. Auto RCN Televisión Contra Media Consulting Group S.A.S. (Pág. 144 Ss.). Recuperado de https://supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/jurisprudencia_asistente_virtual/Pr eg_ID171.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2014. Sentencia Jaime Salamanca Ramírez Contra Logística S.A.S. (Pág. 238 Ss. Libro Jurisprudencia De Sociedades 2014). Recuperado de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Log%C3%ADstica_15_03_2013.pdf
- Superintendencia de Sociedades. 2014. Sentencia Fondo Para El Financiamiento Del Sector Agropecuario (Finagro) Contra Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. Y Agrocaxias S.A.S. (Pág. 352 Ss. Libro Jurisprudencia De Sociedades 2014). Recuperado de https://supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/jurisprudencia_asistente_virtual/Pr eg_ID164_173_175_176_179.pdf
- Telles, Janaína. 2010. Breve estudio comparativo del derecho concursal español y brasileño. Universidad de Alcalá III. 2010. Pág. 463-475. Recuperado en: <https://core.ac.uk/download/pdf/58908315.pdf>
- Trejos Rosero, Luis F. & Luquetta Cediél, David J. 2014. Una aproximación a la ilegalidad, el crimen organizado y ausencia estatal en la frontera colombo-venezolana. El caso del departamento de La Guajira en Colombia. Revista Digital Memorias. 2014. Pág. 125-148. Recuperado de: file:///C:/Users/luis_/Downloads/Dialnet-UnaAproximacionALaIlegalidadElCrimenOrganizadoYAus-4924366.pdf
- Trías, Vivian. 1971. Patrón Dólar o Patrón cambio oro. La crisis del dólar y la política norteamericana, la guerra del oro y la diplomacia. 1971. Ediciones el Sol de Uruguay. Pág. 135-138. Recuperado en: file:///C:/Users/luis_/Downloads/41676-Texto%20del%20art%C3%ADculo-106034-1-10-20130906.pdf
- Uprimmy, Rodrigo. 2011. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos. El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento

- jurídico del siglo XXI. 2011. Pág. 108-136 Editorial Siglo veintiuno. Recuperado en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56325114/Cesar_Rodriguez_-_El_derecho_en_America_Latina.pdf?1523820035=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3Dderecho_y_politica.pdf&Expires=1609126418&Signature=SRBuWalnr3OpG9PXwI~WIGJzg8e7bB1ucL3EyWBOMBz8KTOlbdRW4~kFFaysb1txuOJobtjcMmqN71BKKc9XilkVfndCKMtyMA4rUi7mTszjbP46XZZbk94BiMceDfB3IT6gZxUrFXqmScz~aR8o0zyHgnQY9L3tZ0yq7qFiyEowMtyLNczLeyXnojzgu~FBiMMSjyGlrnoPddB2tuBfmt~SJVqs1XNQFLNwsOG5Rce0LR~R45XBics~VIRTPVSyug48HTcc2mhocdh81XgdSJpQwr5jTVZv5vI8v1Ybr5kUsGanM80DSbgaFnKFlXnZKTSX9c6V0G~dj8218P6aQ_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=108
- Valle Zayas, Javier. & Vilarinho Scarel, Samuel. 2005. La Nueva Ley De Quiebras De Brasil. Actualidad Jurídica Uría y Menéndez. 2005. Recuperado de: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1398/documento/articuloUM.pdf?id=3192>
- Vélez Cabrera, Luis Guillermo. 2014. Régimen de Insolvencia y Concursal Colombiano. Superintendencia de sociedades de Colombia. 2014. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Libros/Regimen_concursal_y_de_insolvencia_colombiano-2014.pdf
- Vieira, Luciane Klein. & Gomes Chiappini, Carolina. 2009. La Problemática de la Quiebra Internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internacionales? Revista El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia. ISSN 1666-8987. N.º: 12.183, 12.184 y 12.185, año XLVII, 28, 29 y 30/01/2009, respectivamente. Recuperado en: <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/la-problema-3a1tica-de-la-quiebra-internacional-en-brasil-existen-herramientas-para-la-solucion-3b3n-de-conflictos-internacionales-klein-vieira-y-gomes.pdf>
- Von Wright, 1970, pág. 139 y 140. Norma y Acción: Una investigación lógica. 1970. Tecnos Madrid. Trad. De G. Ferrero. “Norm and action: A logical enquiry” 1963. Routledge & Keagan Paul. Londres.

¹ Entre otras, las premisas fundantes de este modelo eran: i) el control de importaciones y exportaciones; ii) el otorgamiento de subsidios directos e indirectos a las empresas industriales; iii) la regulación de precios; iv) los subsidios a las tasas de interés; v) la participación del sector público en la relación entre proveedores, productores y canales de distribución; vi) las tasas de cambio preferenciales para determinadas importaciones.

² Le fueron otorgadas funciones de conocimiento para adelantar el trámite del concordato preventivo obligatorio a la Superintendencia de Sociedades.

³ En el artículo 1929 la administración procesal de los concordatos preventivos obligatorios fue arrebatada a los jueces y el artículo 1936 se vislumbró una preponderante ineficacia a las actuaciones de los jueces en detrimento de las funciones atribuidas a la superintendencia de sociedades.

⁴ Bobbio ha señalado que, ante una norma jurídica, podemos plantearnos tres problemas: el de su justicia, el de su eficacia y el de su validez. El problema de la justicia (problema deontológico), tiene que ver con la correspondencia o no de una norma con un sistema de valores que fundamentan un ordenamiento jurídico.

⁵ La “validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia, (Sentencia C-873/03) es decir para que la cosa juzgada sea válida, esta debe ceñirse a un orden superior, en caso concreto la Constitución y la Ley sustancial.

⁶ La “eficacia” de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico. El sentido jurídico de “eficacia” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

⁷ Para efectos del desarrollo argumentativo del presente acápites las sentencias judiciales hacen parte del radio de espectro de la norma jurídica, pues son manifestaciones de la aplicación e interpretación de la norma sustancial, pues es en ellas donde se encuentra la materialización de la fuerza vinculante del derecho.

⁸ Lo cual ha sido caracterizado por algunos comentaristas como un “concepto normativo” de validez: “...cuando Kelsen equipara validez con fuerza vinculante está usando ‘fuerza vinculante’ en un sentido especial (para referirse, por ejemplo, a la circunstancia de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión), y ...cuando equipara validez con existencia, ‘existencia’ significa aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico” NINO, Carlos Santiago: *Óp. Cit.*, p. 10.

⁹ “Decir que una norma es válida es decir que presuponemos su existencia o-lo que significa la misma cosa- presuponemos que tiene fuerza vinculante para aquellos cuyas conductas regula... Por validez entendemos la existencia específica de las normas”. KELSEN, Hans: “Teoría General del Derecho y del Estado”, p. 30. Comentado por NINO, Carlos Santiago: “La validez del derecho”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 9.

¹⁰ Véase a este respecto la apreciación de ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio: “Sobre la existencia de las normas jurídicas”. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, México, 1997. *No obstante, la distinción no es tajante, puesto que autores claramente positivistas, tales como Kelsen o Hart, también hacen uso de una noción fáctica de “existencia” que se asimila a la de “eficacia social” - Kelsen habla de la eficacia normativa, en tanto obediencia de la norma por los sujetos jurídicos o aplicación de la misma por las autoridades, como característica general del sistema jurídico dentro del cual la norma es válida y, por lo tanto, existe; y Hart (“El Concepto de Derecho”) habla de existencia en términos de aceptación de las normas por parte del grupo social en tanto pautas de comportamiento. Ver en este sentido MENDONÇA, Daniel: “Exploraciones normativas”. Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1995.*

¹¹ “Se puede decir que la validez es un requisito lógico para el éxito de un acto normativo, que una norma no puede cobrar existencia como resultado de una acción normativa, a menos que haya sido dictada por una autoridad adecuada, es decir, normativamente competente” (Von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Ámsterdam 1968, p. 94)

¹² Cit. En el mismo sentido, MENDONÇA, Daniel, *Óp. Cit.*

¹³ Este problema lógico ha sido abordado por algunos teóricos con figuras tales como la de la norma fundamental -Hans Kelsen- o la de la regla de reconocimiento -H.L.A. Hart-.

¹⁴ “...el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento, o una orden administrativa, tienen o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido, o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo según un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos.” ROSS, Alf, *Óp. Cit.*, p. 26.

¹⁵ “...el término es usado en la teoría general del derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla, o un sistema de reglas, existe, es afirmar algo acerca de la regla o del sistema. El enunciado no es un juicio jurídico sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales...” ROSS, Alf, *Loc. Cit.*

¹⁶ “... ‘validez’ en ética y en derecho natural, como hemos visto, se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la ‘fuerza obligatoria’ del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente.” ROSS, Alf, *Loc. Cit.*

¹⁷ “...Puede ser difícil definir exactamente qué hechos y qué observaciones son adecuados para verificar la aserción de que una regla existe, pero en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia...” ROSS, Alf, *Óp. Cit.*, p. 27.

¹⁸ *Ibidem* p. 87

¹⁹ *Ibidem* p. 88

²⁰ *Ibidem* p. 89

²¹ *Ibidem* p. 90

²² *Ibidem* p. 92

²³ *Ibid.*

²⁴ Para el profesor Alexy, la pretensión de justicia que sostiene está detrás de cada norma jurídica, entre ellas la Constitución, afirma que la república a la que hace mención el ejemplo es justa, por lo que se advierte una contradicción entre el contenido del acto y lo que se presupone como necesario para la ejecución de este. Ahí la contradicción performativa y la demostración de la conexión conceptual y necesaria entre Derecho y moral.

²⁵ Sentencia T-218 de 2012 reiterada por la Sentencia T-399 de 2013.

²⁶ Artículo 9o. Ley 1116 de 2009.

²⁷ Artículo 20 de la Ley 1116 de 2006.

²⁸ Artículo 21 de la Ley 1116 de 2006.

²⁹ Artículo 23 de la Ley 1116 de 2006.

³⁰ Artículo 42 de la Ley 1116 de 2006.

³¹ Artículo 43. de la Ley 1116 de 2006.

³² Artículo 47 de la Ley 1116 de 2006.

³³ Artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

³⁴ Artículo 15 Ley 550 de 1999: “por el hecho de la promoción o iniciación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario”

³⁵ A manera de ejemplo, como lo es la captación masiva e ilegal de dineros públicos, y la reversión de las operaciones de este tipo a través de la devolución de las sumas captadas por la persona intervenida

³⁶ Esta teoría jurídica tiene su origen en los países con sistema del common law, los cuales con el fin de limitar los abusos que se cometían bajo el amparo de la personalidad jurídica desarrollaron la doctrina denominada “disregard of legal entity” – desentenderse de la entidad legal o “lifting of piercing the corporate veil” – levantar o correr el velo corporativo, con el fin de prescindir de la personalidad jurídica y tomar en consideración los intereses que detrás de ella se esconden, cuando es utilizada con fines ajenos a aquello para lo cual fue creada.

³⁷ Art. 61 Ley 1116 de 2006 según el cual en los casos de concurso de la subordinada se puede hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz. (...) La situación de control o subordinación se estructura por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas y, por tanto, supone una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera y administrativa por parte de las filiales y subsidiarias. La acción establecida en el artículo 61 antes aludido tiene origen en el hecho de que la situación de insolvencia o liquidación judicial se haya producido por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz, es decir, que la crisis societaria sea imputable a actos ejecutados por quien ostenta la calidad de matriz o controlante.

³⁸ El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, define la responsabilidad de los socios por el pago del faltante del pasivo externo.

³⁹ “Tan importante es la separación patrimonial entre socios y sociedad que el ordenamiento jurídico le otorga la denominada “acción de impugnación” a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes y disidentes (C.Co. art. 191), con el propósito de invalidar las decisiones mayoritarias adoptadas por la junta de socios o asamblea general de accionistas que vulneren las prescripciones estatutarias. En efecto, la existencia de una acción para decretar la ilegalidad de una determinación, sólo tiene razón de ser ante el conflicto o la colisión de los intereses particulares de las personas asociadas con el interés plurilateral del ente social. Si el interés del socio y la sociedad fuese el mismo, la simple lógica conduciría a entender que no existiría disputa alguna por las determinaciones adoptadas.” (C-090 de 2014)

⁴⁰ Art. 74 Ley 1116 de 2006.

⁴¹ Ley 1116 de 2006, Artículo 50, numeral 12.

⁴² Ley 1116 de 2006, Artículo 7°.

⁴³ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Guía Legislativa sobre régimen de insolvencia. Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p.162 y ss.

⁴⁴ Véase Corte Constitucional, sentencias C-740 de 2003 y C-595 de 2010, entre otras.

⁴⁵ El numeral 1° del artículo 95 de la Constitución Política de 1991 estableció que constituye deber de todas las personas y de todos los ciudadanos “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”; con lo que, cual es fácil de apreciar, el ordenamiento jurídico encontró necesario adoptar y respaldar el postulado hasta entonces examinado y definido desde la doctrina y la jurisprudencia, para, ante la magnitud e importancia en los tiempos que corren, consagrarlo como un deber cuya raigambre se halla en la misma concepción constitucional, demostración palmaria del interés sobresaliente que encuentran hoy el Estado y la sociedad en ese principio. (Corte Suprema de Justicia, 2010)

⁴⁶ Artículo 90. Ley 222 de 1995.

⁴⁷ Derogada por la Ley 1116 de 2006.

⁴⁸ Datos entregados por parte de la Superintendencia de Sociedades con corte a junio de 2020.

⁴⁹ Informe Datos y Cifras corte a junio de 2020. Superintendencia de Sociedades de Colombia. Véase en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Paginas/publicaciones.aspx

⁵⁰ De acuerdo a datos entregados por el DANE para el año 2018. Crecimiento del PIB en Colombia. 2019. Véase en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cuentas-nacionales/cuentas-nacionales-trimestrales/historicos-producto-interno-bruto-pib>

⁵¹ Pronóstico entregado en el Informe del Gerente del Banco de la República para el año 2018. Véase en: <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones/informe-del-gerente-septiembre-2018>

⁵² Ibidem.

⁵³ Este dato únicamente refleja el número de solicitudes aceptadas y activas con corte a diciembre de 2019, no se tuvieron en cuenta el número de solicitudes rechazadas, inadmitidas o abandonadas debido a la insuficiencia de datos en la fuente de consulta.

⁵⁴ De conformidad con las Normas Internacionales de Contabilidad NIC 1.25. la Hipótesis de negocio en marcha corresponde: Al elaborar los estados financieros, la gerencia evaluará la capacidad que tiene una entidad para continuar en funcionamiento. Una entidad elaborará los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que la gerencia pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la gerencia es conoecedora, al realizar su evaluación, de incertidumbres significativa relacionadas con sucesos o condiciones que pudieran arrojar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad de continuar como negocio en marcha, la entidad revelará esas incertidumbres. Cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, revelará ese hecho, junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados y las razones por las que la entidad no se considera como un negocio en marcha. Véase: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIC%201%20-%20Presentaci%C3%B3n%20de%20Estados%20Financieros.pdf>

⁵⁵ Ley 11.101 del 09 de febrero de 2005 o ley de quiebras brasileña.

⁵⁶ La normatividad brasileña en materia concursal se encontraba recogida en el Decreto Ley 7.661 del 21 de junio de 1945. Las expresiones en portugués «falência» y «concordata» podrían traducirse, por su proximidad, como «quiebra» y «suspensión de pagos». La expresión «falência» deriva del verbo «fali» que tiene su origen en el verbo latino fallere, cuyo significado es el de «faltar» o «engañar». La expresión «falência» tiene la connotación equivalente a la expresión en castellano de «quiebra» como sinónimo del procedimiento de «falência» brasileño, pero mantendremos la denominación de «concordata», sin traducirla

directamente como suspensión de pagos, al objeto de evitar una fácil asociación entre estas dos figuras, pues entre la mismas existen algunas diferencias.

⁵⁷ Actualmente regulada en el artículo 83 de la Ley 11.101 de 2005: Art. 83. La clasificación de los créditos en quiebra sigue el siguiente orden: I - créditos derivados de la legislación laboral, limitados a 150 (ciento cincuenta) salarios mínimos por acreedor, y los derivados de accidentes de trabajo; II - créditos con garantía real hasta el límite del valor del activo registrado; III - créditos fiscales, independientemente de su naturaleza y tiempo de constitución, salvo multas fiscales; IV - créditos con privilegio especial, a saber: a) los previstos en el art. 964 de la Ley N° 10.406, de 10 de enero de 2002; b) Los así definidos en otras leyes civiles y comerciales, salvo disposición en contrario de esta Ley; c) aquellos cuyos titulares la ley confiera derecho de retención sobre la cosa entregada en garantía; d) Los a favor de los microempresarios individuales y micro y pequeñas empresas amparados por la Ley Complementaria No. 123, de 14 de diciembre de 2006 (Incluida por la Ley Complementaria No. 147, de 2014) V - créditos con privilegio general, a saber: a) los previstos en el art. 965 de la Ley N° 10.406, de 10 de enero de 2002; b) Los previstos en el párrafo único del art. 67 de esta Ley; c) los así definidos en otras leyes civiles y comerciales, salvo disposición en contrario de esta Ley; VI - créditos no garantizados, a saber: a) las no previstas en los demás apartados de este artículo; b) los saldos de créditos no cubiertos por el producto de la venta de activos vinculados a su pago; c) los saldos de créditos derivados de la legislación laboral que excedan el límite establecido en el inciso I del caput de este artículo; VII - multas contractuales y sanciones pecuniarias por infracciones de las leyes penales o administrativas, incluidas las multas fiscales; VIII - créditos subordinados, a saber: a) los previstos por la ley o en un contrato; b) Los créditos de los socios y de los administradores sin relación laboral. § 1 A los efectos del inciso II del título de este artículo, se considerará como valor efectivamente cobrado con su venta el valor del bien efectivamente garantizado o, en el caso de una venta en bloque, el valor del bien individual considerado. § 2 Las cantidades resultantes del derecho de un socio a recibir su participación en el capital social en la liquidación de la empresa no se oponen a la masa. § 3 Las cláusulas penales de los contratos unilaterales no se cumplirán si las obligaciones allí estipuladas expiran por quiebra. § 4 Se considerarán no garantizados los créditos laborales cedidos a terceros.

⁵⁸ Art. 41. La junta general estará integrada por las siguientes clases de acreedores: I - titulares de créditos derivados de la legislación laboral o derivados de accidentes laborales; II - tenedores de crédito con garantía; III - titulares de créditos no garantizados, con privilegio especial, con privilegio general o subordinado. IV - Titulares de crédito clasificados como micro o pequeña empresa. (Incluido por la Ley Complementaria No. 147, de 2014) § 1° Los titulares de créditos derivados de la legislación laboral votan con la clase prevista en el inciso I del título de este artículo con su crédito total, independientemente de su cuantía. § 2 Los tenedores de créditos con garantía real votan con la clase prevista en el inciso II del caput de este artículo hasta el límite del valor del bien registrado y con la clase prevista en el inciso III del caput de este artículo por el remanente del valor de su crédito.

⁵⁹ Art. 42. Se considerará aprobada la propuesta que obtenga votos favorables de los acreedores que representen más de la mitad del monto total de créditos presentes en la junta general, salvo en las deliberaciones sobre el plan de saneamiento judicial en los términos del inciso a del inciso. Yo del caput del art. 35 de esta Ley, la composición del Comité de Acreedores o forma alternativa de realización del bien en los términos del art. 145 de esta Ley.

⁶⁰ Art. 73. El juez declarará la quiebra durante el proceso de reorganización judicial: I - por acuerdo de la junta general de acreedores, de conformidad con el art. 42 de esta Ley; II - incumplimiento por parte del deudor de presentar el plan de recuperación en el plazo del art. 53 de esta Ley; III - cuando el plan de recuperación haya sido rechazado, de conformidad con el párrafo 4 del art. 56 de esta Ley; IV - por incumplimiento de cualquier obligación asumida en el plan de recuperación, de conformidad con el § 1 del art. 61 de esta Ley. Párrafo único. Lo dispuesto en este artículo no impide que se declare la quiebra por incumplimiento de una obligación no sujeta a reorganización judicial, de conformidad con los incisos I o II del caput del art. 94 de esta Ley, o por la práctica de un acto previsto en el inciso III del caput del art. 94 de esta Ley.

⁶¹ Art. 129. Son ineficaces en relación con la masa quebrada, tenga o no conocimiento el contratista de la crisis económica y financiera del deudor, pretenda o no defraudar a los acreedores: I - el pago de las deudas impagadas realizadas por el deudor dentro del plazo legal, por cualquier medio que extinga el derecho de crédito, incluso descontando el título mismo; II - el pago de deudas vencidas y por pagar efectuadas dentro del plazo legal, en cualquier forma distinta a la prevista en el contrato; III - la constitución de un derecho real de garantía, incluida la retención, dentro del plazo legal, en el caso de deuda previamente contraída; si los bienes cedidos en hipotecas están sujetos a sucesivas, la masa concursal recibirá la parte que debió adeudar al acreedor de la hipoteca revocada; IV - la práctica de actos a título gratuito, desde 2 (dos) años antes de que se declarara la quiebra; V - la renuncia a la herencia o legado, hasta 2 (dos) años antes de la declaración de la quiebra; VI - la venta o transmisión de un establecimiento realizado sin el consentimiento expreso o pago de todos los acreedores, en ese momento existentes, sin que el deudor tenga bienes suficientes para resolver sus pasivos, salvo que, dentro de los 30 (treinta) días, no exista oposición de los acreedores, previa notificación oportuna, ya sea en el juzgado o por el registro oficial de títulos y documentos; VII - el registro de los derechos reales y la transmisión de la propiedad entre los vivos, a título oneroso o gratuito, o la anotación relativa a las propiedades efectuada con posterioridad a la declaración de la quiebra, salvo que se haya presentado previamente. Párrafo único. La ineficacia podrá ser declarada de oficio por el juez, alegada en defensa o alegada por su propia acción o de manera incidental en el transcurso del proceso.

⁶² Art. 133. La acción de revocación se puede promover: I - contra todos aquellos que comparecieron en el acto o quienes, por ello, fueron pagados, garantizados o beneficiados; II - contra los terceros adquirentes, si tuvieran conocimiento, al crear el derecho, de la intención del deudor de perjudicar a los acreedores; III - contra los herederos o legatarios de las personas señaladas en los incisos I y II del caput de este artículo. Art. 134. La acción revocatoria se ejecutará ante el tribunal de quiebras y obedecerá al procedimiento ordinario previsto en la Ley N° 5.869, de 11 de enero de 1973 - Código de Procedimiento Civil.

⁶³ Según datos reportados a 30 de septiembre de 2020