

LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE, NUEVA TENDENCIA CONCURSAL Y SU APLICABILIDAD EN COLOMBIA

Andrés Antonio Alarcón Lora¹

RESUMEN

La insolvencia ha sido desarrollada como un supuesto necesario para el acceso al trámite de los procesos concursales. En Colombia estos procedimientos mercantiles han sido esquivos a las personas naturales no comerciantes; por ello, la Corte Constitucional, máximo tribunal para la defensa de derechos fundamentales, exhortó al legislador para la expedición de la normativa especial, que se encuentra ad portas de una reglamentación por parte del Ejecutivo, que la haga efectiva y operante. Además, que garantice al ciudadano común los beneficios obtenidos por las empresas en reorganización empresarial.

ABSTRACT

Bankruptcy has been developed as a necessary assumption to access bankruptcy proceedings process. In Colombia these commercial procedures have been elusive to the natural persons that are not business people; therefore the Constitutional Court, highest court for the defense of fundamental rights, issued letters requisitorial to the legislators for the issuance of a special regulation that is only a step away from being signed by the Executive so to make it effective and operating. It should also guarantee the average citizen the benefits received by the companies corporate restructuring.

PALABRAS CLAVES

Insolvencia, proceso concursal, cesación de pagos, créditos y negociación.

KEYWORDS

Insolvency, bankruptcy process, cessation of payments, credits and trading.

Artículo resultado del trabajo de investigación titulado: El régimen de insolvencia de persona natural, otra ruptura a los paradigmas legales. Depositado en agosto 26 de 2011, aprobado en diciembre 5 de 2011.

¹ Abogado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Universidad del Norte, Profesor de Pregrado y Postgrados de la Universidad de Cartagena, Profesor de Postgrados de la Universidad Javeriana, Externado de Colombia, U del Norte, CECAR. Jefe de Investigaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Consultor Empresarial.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es el resultado de un trabajo de investigación titulado El Régimen de insolvencia de persona natural, otra ruptura a los paradigmas legales, y se encuentra inmerso en la línea de derecho privado que orienta al grupo de investigación Derecho del trabajo y Seguridad social, de la Universidad de Cartagena, como una complementación al avance de investigación Impacto de la ley 550 de 1999 en el sector real de la ciudad de Cartagena entre los años 2000-2006, desarrollado dentro de la línea de Mercado y Derecho.

En él se aborda el estudio de la reestructuración económica que ha vivido Colombia en las últimas décadas (tiempo en que la economía nacional se ha visto avocada a una crisis generalizada que ha tocado a la mayoría de los sectores económicos), y la incidencia que en ella tiene el nuevo régimen concursal de insolvencia para persona natural no comerciante.

Por ejemplo, está el caso de la implementación, por parte del ex presidente Dr. Cesar Gaviria, de un proceso que fue denominado “la apertura económica”, que creemos fue, en realidad, la concreción del proceso de globalización de la economía² en nuestro país. El anterior fue un fenómeno que generó parte de la crisis misma que ha tenido el sector empresarial, puesto que éste no estaba preparado para la competitividad que se exigía en ese momento histórico.

La crisis que originó la apertura económica en Colombia produjo traumatismos en el sector empresarial y, en general, en la economía nacional, con situaciones tales como la inadecuada estructura operativa y de costos, la falta de información contable y oportuna en las empresas, el endeudamiento y las tasas de interés y los ajustes integrales por inflación.

Por circunstancias como las expuestas anteriormente, es que los procesos concursales en Colombia se implementan como una herramienta legal diseñada para la consecución de acuerdos o planes de pagos que permitan o procuren la

satisfacción de los créditos insolutos a cargo de una persona natural o jurídica que tenga la calidad de comerciante insolvente. Todo esto, en armonía con las normas comerciales, civiles y tributarias aplicables, sin desprenderse de principios básicos de equidad, de igualdad ante la ley y de preservación del derecho a desarrollar una actividad empresarial.

La Ley 222 de 1995 enseñaba lo pertinente a los procedimientos mercantiles en mención, desarrollando un trámite que en la práctica no era ejecutado con la agilidad, pertinencia, prontitud y eficacia que pretendía el legislador al momento de la elaboración del proyecto de la citada ley.

Las diversas tendencias económicas colocaban al legislador en la tarea de tomar correctivos a la ley concursal de ese entonces para que hiciera viable el proceso y se generara así un acuerdo que permitiera la recuperación de los negocios del deudor. Este argumento, entre otros, propició la expedición de la Ley 550 de 1999, que surgió en momentos en que se necesitaba acompañar a la empresa nacional en su propósito de generar oportunidades de empleo y de sostenibilidad para el desarrollo.

El proceso concursal en la legislación colombiana, lo ubicábamos en la ley inmediatamente anterior en dos modalidades, a saber: el concordato y la liquidación obligatoria. Dichas modalidades eran aplicables a las sociedades comerciales que no estuvieran sujetas a un régimen de intervención o vigilancia especial, como sigue siendo el de las empresas de servicios públicos domiciliarios y el de las entidades relacionadas con actividades de prestación de servicios de salud, entre otras.

El régimen concursal se ha caracterizado desde sus primeras regulaciones por ser de carácter técnico y especial, y es a partir de la Ley 222 de 1995, que modificó todo el libro segundo de Sociedades del Código de Comercio, que en forma organizada y armónica reglamentó los trámites antes mencionados. A partir del artículo 89 de esta ley se determinó que existen

2 González Serna, Arsecio. Ley 550 de 1999 sobre intervención económica para la reactivación empresarial.

dos modalidades del trámite concursal, a saber: a) el concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria.

El primer trámite señalado es el antecedente inmediato de la Ley de intervención económica o de reestructuración de pasivos, que vino a modificar la regulación dispersa que se encontraba en decretos reglamentarios como el 350 de 1989, que consagraba entre otros aspectos una odiosa discriminación de las sociedades mercantiles para poder acceder al trámite. Antes de las modificaciones legales que se vienen señalando, existían diferentes clases de concordato: el concordato potestativo, cuando la empresa era pequeña; el concordato obligatorio, cuando la magnitud de la empresa era superior; y el concordato liquidatario, que le antecedía al proceso de quiebra, cuando eran fallidos dichos trámites concursales.

Fue sabia la decisión del legislador de unificar el trámite concordatario para todas las sociedades mercantiles, haciendo indiferente la naturaleza jurídica de las mismas y su dimensión económica, y teniendo como fundamento jurídico un proceso jurisdiccional reglamentado por la Ley 222 de 1995, con características de rigurosidad procesal que llevaron al trámite en muchas ocasiones y a la celebración de acuerdos concordatarios que pudiesen recuperar o salvar las empresas. Ello da nacimiento, tal como lo establece la exposición de motivos de la Ley 550 de 1999, a la transición desde un proceso jurisdiccional reglado hacia un trámite contractual regido esencialmente por la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar un acuerdo de reestructuración entre la sociedad deudora y sus acreedores.

La Ley 550 de 1999, de diciembre 30, establece un régimen que promueve y facilita la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones. Además dicta disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.

Con la expedición de la Ley 550 de 1999 se pre-

tendió conjurar la crisis económica por la que atravesaba el país. Precisamente, la pregunta que orientó la investigación apunta directamente hacia el conocimiento sobre “qué impacto tuvo la aplicación del proceso de reestructuración de pasivos en el sector real de la ciudad de Cartagena, durante el término de vigencia de la Ley 550”. El objetivo general de esta investigación fue, entonces, establecer la incidencia de la Ley 550 de 1999 en la empresa privada de la ciudad de Cartagena, como instrumento propuesto por la regulación concursal colombiana, para conjurar la crisis sistémica mientras estuvo vigente la norma. Los objetivos específicos fueron: a) indagar cuál ha sido el desarrollo de la normatividad concursal en Colombia, realizando un parangón con el desarrollo de aproximaciones legislativas de otros países sobre este tema en particular; b) determinar en qué sectores económicos tuvo mayor aplicabilidad el trámite concursal estudiado y medir cuál fue el resultado de dicha intervención; c) verificar qué reformas estatutarias y estrategias administrativas se realizaron con ocasión de la crisis y la conjugación de la misma en los diferentes sectores económicos; d) proponer los mecanismos que deben instrumentarse para aplicar la nueva Ley de reorganización empresarial, a fin de obtener mejores resultados en las sociedades que adopten este procedimiento mercantil.

Desde el derecho esta es una investigación socio-jurídica, ya que se analizan los paradigmas legales para llegar a los subsistemas sociales y económicos del país. El enfoque paradigmático con que se desarrolla esta investigación es cualitativo y descriptivo, dentro del marco de los avances de la investigación exploratoria que se sigue para medir el impacto de la ley de reestructuración económica en el sector real de la economía de Cartagena, con objeto de verificar la viabilidad de la reglamentación de la nueva normativa regulatoria del proceso concursal a la persona natural no comerciante.

DESARROLLO

De acuerdo con la concepción sociológica del derecho, el presente análisis observa la problemática de la operatividad y viabilidad de las personas naturales no comerciantes ante las

situaciones de crisis económicas y, sobre todo, ante la existencia de herramientas legales que le permitirían la continuación de sus negocios. De ahí que uno de aspectos fundamentales del desarrollo investigativo es el de establecer la pertinencia del cambio normativo aplicable a las situaciones complejas que colocan en estado de cesación de pago a las personas naturales y a las empresas colombianas ante sus acreedores. Giraldo (2004) manifiesta que el derecho es un sistema abierto a la realidad social, pues es de ella de donde nace y es en su interior en donde deben realizarse.

El origen de los procesos concursales se remonta a siglos de antigüedad, aunque es claro, doctrinariamente hablando, que no existe unanimidad de criterio frente al nacimiento del Concordato. Sin embargo, algunos autores como Brunetti y Cervantes Ahumada (Leal Pérez, 2001)³ atribuyen el surgimiento de tal fenómeno jurídico al desarrollo legislativo de países como Italia y España, con la creación, por ejemplo, de las Leyes de Partida⁴, entre otras disposiciones.

En gracia de discusión, el tratadista Hildebrando Leal Pérez afirma, lo siguiente:

La historia del derecho comercial da testimonio de que cuando empezaron a organizarse los comerciantes fue, en gran parte, para obtener unas formas de solución de sus conflictos ajenas al lento formulismo de los juicios comunes, a cargo de magistrados dotados de amplias facultades discrecionales que decidieran *ex bono et aequo*, ante todo, como cuando se expidió la Ordenanza de Bilbao en 1737 (Leal Pérez, 2001).

Así las cosas, es necesario hablar de la época romanística y su aporte a la creación del proceso concursal, en los siguientes términos:

Ante un deudor que se ocultaba, que huía, que rechazaba la comparecencia a juicio y especialmente que desatendía una condena judicial, el pretor ejercitando su imperio,

disponía que los bienes del renuente fueran puestos en posesión del acreedor que así lo solicitaba (*missio in possessionem*, llamada *missio in rem* si recaía sobre un solo bien y *missio in bona* cuando abarcaba todo el patrimonio). En síntesis, las características de esta medida eran las siguientes: a) Aunque la pidiera un solo acreedor, beneficiaba a todos (esbozo concursal) (Ibíd., p. 26).

Sin embargo, es a finales de la República, es decir, en el siglo I A. C., cuando se logró efectivizar la ejecución sobre los bienes del deudor, mientras se proscribió un poco la ejecución sobre la persona a través de la figura *bonorum distractio*. Este recurso consistía en una ficción que suponía muerto al deudor para proceder por medio de un proceso sucesoral: pretendía que el heredero ficto pagara a los acreedores del de *cujus*. El procedimiento era el siguiente: los acreedores nombraban un “magister”, parecido al síndico de un concurso por las funciones que le competían; hacían pública la *missio* mediante proclamas, inventariaba los bienes, recibía los reclamos de los acreedores, evaluaba la procedencia de los créditos (rudimento del proceso concursal), y procedía a determinar en definitiva cuál era el haber y cuál el debe de la supuesta sucesión, admitiendo posibles compensaciones. Aunque no se admitiese o se exigiese el estado de insolvencia del deudor para viabilizar la *bonorum*, como en nuestro ordenamiento, sin duda esos fueron los primeros pasos de conformación del Derecho Concursal, muy a pesar de ser bastantes rudimentarios.

Ahora bien, hace un momento se adujo que, posiblemente, el surgimiento del Derecho Concursal se dio en los países bajos de Europa. Pues bien, esta es la oportunidad para reafirmar lo dicho en el sentido de que fue entre los siglos XIII y XIV la época en que aparece consolidado, por una parte, la figura de los comerciantes, las corporaciones conformadas por éstos, etc., y, por otra, el tema de la quiebra.

3 Leal Pérez, Hildebrando. Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial. Cuarta Edición. Editorial LEYER. Pág. 19.

4 Esta norma señalaba: “Como cuando alguno es deudor de muchos, se les ruega que le esperen por el debido, e los unos otorgan, e los otros non, cual razón debe se cabida”.

La quiebra fue entendida como una cesación en los pagos dentro de las operaciones crediticias de los comerciantes. No obstante, no consistía en un fenómeno netamente declarativo, como en efecto pasa hoy, sino que nació como institución *intuitu personae* por cuanto “constituía” al deudor en quiebra.

Ante tal situación, se ideó la intervención del órgano jurisdiccional, es decir, jueces de quiebra *ad hoc*, quienes de manera oficiosa, sin perjuicio de petición de parte, adelantaban el proceso según los lineamientos legales. Disponiendo medidas cautelares, examinaba los libros del comerciante e inventariaba sus bienes, mientras se hacía público el estado de quiebra por medio de la publicación de la resolución judicial. Entonces los acreedores eran convocados por el juez para que solicitaran la verificación de su crédito; si no lo hacían dentro del plazo señalado, perdían su derecho frente a los demás acreedores. En caso de comparecencia de los acreedores, el proceso seguía su curso hasta culminar con la aprobación de un concordato, es decir, un acuerdo entre el quebrado y sus acreedores, que en principio se llamaban “de mayoría”, por haber sido aprobado por la mayoría de los acreedores. Luego se llamaría “resolutorio” porque buscaba superar la quiebra. Posteriormente, se llamó “preventivo”, porque le brindaba la posibilidad al deudor de solicitar al juez o magistrado que llamase a los acreedores para proponerles un acuerdo. 311 6629131

Estos eran, entre otros, los procedimientos que se seguían cuando un comerciante quebraba, de acuerdo con la Ordenanza de Ordennance, del año 1673, en Francia bajo el gobierno Luis XIV, considerado el primer Código de Comercio del mundo, aunque en materia concursal fuese insuficiente e incompleto.

De todo lo anterior se colige que los procedimientos eran bastante tediosos, además de costosos, y alejados en cierta medida del fin de los Procesos Concursales, debido a que una buena ley de concurso debe inspirar al comerciante el deseo y el hábito de recurrir a la liquidación legal.

Sin duda, nuestro ordenamiento jurídico es un reflejo de la legislación europea, toda vez que adoptó las disposiciones legales que regulaban la materia comercial como consecuencia de la influencia directa de España y su reinado en América Latina. Es por esto que observamos, dentro del ordenamiento jurídico, normas introducidas en el continente americano, específicamente en el Reino de la Nueva Granada, como por ejemplo: las Siete Partidas, la Recopilación de Leyes de Indias, las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación (Leal Pérez, 2004). Sin embargo, la Constitución de Cúcuta de 1821 ordenaba la aplicación normativa anterior a ella siempre que no contrariara a la Constitución y demás normas que expidiera el Congreso.

Las Ordenanzas de Bilbao se incorporaron en nuestra legislación mediante la Ley 23 del 23 de mayo de 1836, debido a que éstas habían quedado por fuera de la normatividad aplicable. Sin embargo, posteriormente serían derogadas por el primer Código Nacional de Comercio en 1853, que luego de la Centralización se unificaría en la Ley 57 del 15 de abril de 1887.

Desde ese momento, se consagró, en el artículo 178 del código aludido, una forma de convenio concordatario para que los quebrados pudieran lograr su recuperación como comerciantes. Para ello debían cumplir fielmente con las obligaciones pactadas en el convenio con sus acreedores; y a falta de convenio, estarían obligados a que con el haber de la quiebra quedaran reconocidas todas las obligaciones, regulándose así el concordato resolutorio.

Por otra parte, el Decreto 750 de 1940, expedido bajo facultades extraordinarias dadas al Ejecutivo por parte del Congreso, a través de la Ley 54 de 1939, también reguló el régimen de quiebra. En su artículo 34 se hacía referencia al concordato resolutorio, es decir, el que pone punto final al proceso de quiebra. Además introdujo otra modalidad: el concordato suspensivo, en el que las partes (acreedor-quebrado) buscaban suspender por cierto tiempo el proceso concordatario. La comisión que presenta el proyecto de esta ley explica que no se regula el concordato que se

presenta antes de la iniciación del juicio de quiebra porque era difícil saber cuándo se le concedía al deudor el derecho de proponerlo: antes de cesar en el pago de sus obligaciones o dentro de un término contado después de la cesación. Si se da lo primero, se lleva al deudor a estado de quiebra, cosa que no sería práctica, y si ocurre lo segundo se dan motivos de demora y aplazamiento, y se destruye la obligación impuesta al comerciante de manifestar al juez su estado de quiebra. El Decreto 750 de 1940 fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, por medio del fallo 29 de mayo de 1969; sin embargo, rigió durante 29 años.

Luego, el Decreto 2264 del 31 de diciembre de 1969 incorpora en Colombia los procedimientos de las dos modalidades del Concordato Preventivo: el potestativo y el obligatorio, al igual que la liquidación administrativa forzosa. Desde entonces ha sido claro que el concordato es una opción que las leyes confieren a los comerciantes en crisis económica, con el fin de superar dicha situación por medio de un arreglo de sus obligaciones con sus acreedores⁵.

Por su parte, el Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio, derogó al Decreto 2264 de 1969, y en el título I del libro sexto, entre los artículos 1910 a 1936, reguló el procedimiento concordatario, así: entre los artículos 1910 a 1927 hace referencia al concordato preventivo potestativo; entre los artículos 1928 a 1936, al concordato preventivo obligatorio y a la liquidación administrativa. En este tipo de concordato preventivo se exigían ciertos requisitos objetivos que no sólo beneficiaran al deudor sino también a sus acreedores. Por eso se exigía que el deudor tuviera bienes suficientes para garantizar las obligaciones por medio del ofrecimiento de garantías reales y personales suficientes, o que se coadyudara la solicitud por parte de un tercero, por lo menos, de los acreedores relacionados en el inventario presentado por el deudor, siempre que esa mayoría representara, a su vez, no menos del ochenta por ciento (80%) de los créditos. Todo esto para que el concordato no se convirtiera en una forma de prolongar una real insolvencia.

El título I, libro sexto, del Código de Comercio fue derogado mediante el Decreto 350 del 16 de febrero de 1989. La legislación concursal inmersa en este decreto es mucho más profunda. Los presentados sus principales lineamientos: se conservan las dos modalidades del concordato preventivo, el potestativo y el obligatorio; b) se acoge la institución “empresa” como sujeto del concordato, en reemplazo de la figura “comerciante”, utilizada en la legislación anterior; por otra parte, c) se hizo la distinción entre empresa y empresario, puesto que lo que se protege es la empresa.

Igualmente, los términos y recursos de ley (en especial el de apelación) fueron abreviados al máximo. Entre otras modificaciones, se establecieron los órganos del concordato, representados en el juez, el contralor y la junta provisional de acreedores; se reguló la acumulación de concordatos y se institucionalizó el acuerdo privado. Así mismo, se confirió poder al juez y al superintendente de sociedades, no sólo de dirección, sino de sujeto con intervención activa dentro del proceso, hasta el punto de poder proponer las fórmulas necesarias para lograr un acuerdo concordatario ajustado a cada situación en concreto.

Posteriormente, la Ley 222 de 1995, por disposición expresa del artículo 242, deroga el Decreto 350 de 1989. Esta ley introdujo en Colombia un nuevo régimen de los procesos concursales, haciendo referencia al concordato preventivo en el capítulo II del libro II, artículos 96 al 148. En ellos se establecen, entre otras cosas: los requisitos generales, tanto formales como sustanciales; el trámite del concordato, en especial al contenido de la providencia de apertura, efectos de la apertura, etc.; las preferencias del concordato; al contralor, su designación, inhabilidades, funciones, remoción, honorarios y prescindencia; junta provisional de acreedores, causales de remoción, funcionamiento, etc.

Igualmente se reguló la presentación de créditos, el término para hacerse parte, los créditos laborales, fiscales y parafiscales, las clases de audiencias, requisitos, aprobación

5 Superintendencia de Sociedades, Procesos Concursales, docb.dc.01-1997, p. 1

y efectos del acuerdo concordatario, aspectos relacionados con el acuerdo por fuera de la audiencia, medidas cautelares, acciones revocatorias, obligaciones post concordatarias, la acumulación procesal y el trámite judicial del concordato, su aplicación y competencia, legitimación, nombramiento, incumplimientos, fuero de atracción y recursos durante el trámite concordatario.

En virtud del artículo 3° de la Ley 550 de 1999, Ley de reestructuración de pasivos, se establece cuál es el ámbito de aplicación de la misma, señalando que es aplicable a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, con excepción de las vigiladas por otras Superintendencias. Así mismo, este régimen aun se aplicaba a los entes territoriales, toda vez que estos últimos también atravesaban una profunda crisis fiscal. A su vez, la Ley 1116 de 2006, o Régimen de insolvencia empresarial, en su artículo 3°, numeral 8°, señala expresamente que las personas naturales no comerciantes se encuentran excluidas del trámite concursal por ella establecido.

El acuerdo de reestructuración económica fue el instrumento más importante de intervención a la empresa que introdujo la Ley 550 de 1999. Se trata del acuerdo a que llega la sociedad deudora y sus acreedores sobre circunstancias de modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, campeando en el mismo el desarrollo de la autonomía de la voluntad para la construcción de un verdadero negocio jurídico vinculante, en sus efectos, a todos los actores del conflicto. Este fue el antecedente inmediato del proceso de reorganización empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006 y del proceso de insolvencia para personas naturales no comerciantes reglados mediante la Ley 1380 del 10 de enero de 2010.

El proceso concordatario tradicional — muy a pesar de que el objetivo era idéntico al de la intervención económica, es decir, recuperar los negocios del deudor⁶— era extenso, reglado y con una excesiva carga procesal. En él, luego de la admisión al concordato se designaba a un Contralor, figura parecida a la del Promotor, pero con menos campo de acción y discrecionalidad. Se designaba luego a una Junta Provisional Concordataria, en la cual tenían escaños todas las calidades de acreedores del concurso. Se evacuaban cuatro audiencias concordatarias (preliminar, de modificación, final y de incumplimiento), sin contar con incidentes procesales, tales como objeción a los créditos, a las cuentas, acciones revocatorias, y lo más traumático, la expedición del auto de calificación y graduación de créditos. Todo lo anterior demuestra un aspecto procedimental denso, lleno de recursos y de términos procesales, lo que en la mayoría de las veces generó el fracaso del trámite y, como consecuencia inexorable, la liquidación obligatoria.

Por el contrario, en la negociación del acuerdo de reestructuración el trámite fue mucho más flexible y en cabeza del Promotor, quien debía, de acuerdo con la fórmula de arreglo presentada como requisito formal de la solicitud, conseguir el voto favorable de más del 51% de los acreedores sociales. Esta negociación estaba limitada por la misma ley en un término de cuatro meses, lo que exigía celeridad al Promotor en el cumplimiento de sus funciones⁷. Esta es la primera iniciativa legislativa en Colombia que piensa en el deudor persona natural no comerciante⁸.

El nuevo procedimiento concursal sólo contempla la audiencia de negociación de deudas que deberá celebrarse dentro de los veinte días hábiles siguientes a la aceptación de la solicitud, lo cual genera celeridad en la consecución de los objetivos de la ley⁹.

6 Ver: Ley 222 de 1995, art. 89 y 90.

7 Ver: Ley 550 de 1999, art. 8.

8 Tal como lo estableció la Secretaría General de la Cámara de Representante, en acta de Secretaría General en sesión del 17 de junio de 2009, Proyecto de ley No. 055 de 2008. Doctor RODRIGUEZ Camargo, Julio.

9 Ver: Ley 1380 de 2010, Título II, Capítulo II, art. 20.

No es menos importante señalar que esta negociación de deudas tiene sus límites bien determinados en la Ley frente a tópicos de legalidad como la prelación de los créditos al momento de concertar el pago, la preferencia y aplicabilidad del derecho tributario en forma armónica para conservar los privilegios del Estado y la imposibilidad de negociaciones cuyo campo de acción fuere la mala fe.

Es importante anotar que el nuevo Régimen de insolvencia contenido en la tantas veces mencionada Ley 1380 de 2010, para personas naturales no comerciantes, se encuentra orientado por los mismos principios rectores de todos los procesos concursales, es decir, por la universalidad del trámite, la igualdad, la buena fe, la publicidad, la eficacia, la celeridad, la información, el equilibrio, la simplicidad y la prevalencia de los derechos fundamentales sobre los derechos objeto de este procedimiento¹⁰.

Así mismo, pese al cambio de naturaleza jurídica de los procesos de reorganización empresarial y reestructuración de pasivos contenidos en las normativas anteriormente señaladas, por primera vez se establece como funcionarios competentes para actuar como jueces del concurso a los conciliadores adscritos a los centros de conciliación privados, autorizados por el Ministerio del Interior y de Justicia, solicitud que deberá presentarse en el centro de conciliación del lugar del domicilio del peticionario, incluidas las notarías, los que deberán operar en los términos de la Ley 640 de 2001.

Obsérvese que con este procedimiento, no solo se enaltecen las funciones y el rol del conciliador, sino que además se exige que los centros de conciliación, sin ser personas jurídicas con funciones jurisdiccionales delegadas por la ley, se conviertan a través de sus conciliadores adscritos en unos verdaderos instrumentos restauradores del tejido social.

Téngase en cuenta que la expedición de la Ley 1380 de 2010, no fue fortuita y mucho menos producto del sano ejercicio del parlamento, sino

que obedeció a la exhortación hecha por la Corte Constitucional, en sentencia de exequibilidad C- 699 de 2007, en el expediente No. 685 (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil). En esta providencia se señala que este régimen no busca únicamente la defensa del deudor, sino también la protección del crédito, la empresa y la industria, y por ello en su parte resolutive exhorta al Congreso de la República para que expida la ley de insolvencia para personas naturales no comerciantes.

Por otro lado, encontramos la Constitución Política, en la cual se establecen los mecanismos que permiten el acceso de todas las personas a la administración de justicia, por lo que la persona natural no comerciante podrá optar por mecanismos de solución de su crisis por otros medios.

Los anteriores planteamientos fueron objeto de una demanda de Inconstitucionalidad en la que claramente se manifestaba que la Ley 1116 de 2006, al momento de derogar el Título II de la Ley 222 de 1995, desprotege a las personas naturales no comerciantes, ya que les impide acceder a la jurisdicción para promover un proceso concursal o solicitar la aplicación del Régimen de insolvencia. Los argumentos señalados se centraban en afirmar que la Ley 1116 de 2006 es inconstitucional debido a que no protege a todos los colombianos sino solamente a los bancos y a las grandes sociedades mercantiles, y que para superar esta discriminación no sólo hay que permitirles a las personas naturales someterse a la mencionada ley, sino además recobrar la vigencia de la Ley 222 de 1995, con los ajustes que señale la Corte Constitucional para facilitarles el acceso a la administración de justicia y garantizar el debido proceso mientras se expide un régimen especial de insolvencia para ellas.

Es importante señalar que muy a pesar de los esfuerzos de la Corte Constitucional, y de estar vigente inicialmente la Ley 1380 de 2010, las personas naturales no comerciantes no pudieron acceder a este trámite concursal, por cuanto el Ministerio del Interior y de Justicia

¹⁰ Ver: Ley 1380 de 2010, Capítulo I, art. 3.

circularizó a los Centros de Conciliación, entes competentes para adelantar este procedimiento concursal, la prohibición de llevar a cabo tal trámite, hasta tanto el gobierno nacional no expidiera el decreto reglamentario respectivo. En cuanto a este mismo particular, dicha cartera ministerial planteó su posición sobre los puntos más relevantes y cuestionados de dicho cuerpo normativo, para que fuera tenido en cuenta en la operatividad del mismo. En la actualidad, la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1380 del 2010, habiéndose expedido el Decreto reglamentario.; que no se pudo implementar, que permitiera a los centros de conciliación cumplir con la ley, solo se expidió el Decreto 4007 del 2010, en el que dispone de técnicas de capacitación de los conciliadores en este tema concursal, pero que en nada desarrolla la aplicación de la ley, en nuestro juicio. Y además establece requisitos de conciliadores para actuar en esta materia.

Ante los múltiples requerimientos de la ciudadanía y de los centros de conciliación, este despacho expidió un documento en el cual señaló algunas reflexiones que, a su parecer, deben tenerse en cuenta para la reglamentación de la mencionada ley, haciendo énfasis en que los tópicos a estudiar son de mucho cuidado y que no se debe improvisar en los respectivos decretos reglamentarios.

Para el citado ministerio, la normativa a reglamentar tiene aspectos de especial cuidado, que vulneran o trastocan las bases esenciales de la figura de la conciliación extrajudicial y del rol neutral que el conciliador debe jugar en las audiencias de negociación de deudas contenidas dentro del procedimiento de insolvencia de personas naturales. Entre los reparos esbozados se encuentran los siguientes:

El conciliador se encuentra llamado en el Régimen de insolvencia a desarrollar tareas que no son propias de su naturaleza neutral, imparcial y mediadora. Se exige, por parte del procedimiento, que el conciliador valore la información, sustancie todas las actuaciones, la realización de actos declarativos, la construcción de herramientas para la negociación, la adopción de posturas frente a las partes del proceso, entre

otras cosas. Se exige, así mismo, especialidad técnica de dichos operadores de justicia.

En virtud de las anotaciones anteriores, debe modificarse el régimen de tarifas contemplado en el Decreto 4089 de 2007. Por primera vez la ley adjudica una jurisdicción territorial al trámite conciliatorio, situación que dista de lo reglamentado en la Ley 640 de 2001, lo que generaría inconveniencias prácticas si no existiere un centro de conciliación en el domicilio del solicitante. Además, al otorgar competencias a las notarías y no al notario, se genera una imprecisión en la norma que estriba en el hecho de que, hasta el momento, las notarías no tienen Centro de conciliación autorizado por el Ministerio, igualmente el manejo de actas.

De la misma manera, otorga competencia a funcionarios públicos sin distinción alguna, lo que inevitablemente generaría inconvenientes prácticos.

Aspectos como la publicidad de las actas, el registro de las mismas, el tratamiento de acreedores públicos, son otros de los reparos que el mencionado documento hace a la presente ley.

CONCLUSIÓN

El derecho mercantil ha sido objeto, en los últimos años, de modificaciones sustanciales que han roto los patrones tradicionales en que se movía el tráfico jurídico para todos sus actores. Es por ello que, las modificaciones introducidas por la Ley 222 de 1995 (esto es, una reforma estructural de libro segundo del Código de Comercio, donde se reglamentan las sociedades mercantiles) constituye un hito que inicia una ruptura frente a situaciones paradigmáticas en el ámbito societario y empresarial.

No menos importante es la nueva reglamentación de los procesos concursales en donde, en forma armónica y coherente, unifica dichos procedimientos mercantiles; con lo que se da fin a odiosas discriminaciones que conllevaban un trámite diferente cuando el proceso concursal era para sociedades de diferente dimensión o tamaño.

Así mismo, el régimen de la quiebra se aplicaba indistintamente a las personas jurídicas o naturales que ostentaran la calidad de comerciantes, situación que cesó en junio de 1996, al entrar en vigencia la liquidación obligatoria.

Instituciones como las mayorías para la toma de las decisiones del máximo órgano social, la creación de conglomerados empresariales, la ausencia de formalidades exigidas para juntas de socios y asambleas, la acción social de responsabilidad, el derecho de veto o retiro, la reforma estatutaria de escisión, son, entre otras, figuras de gran relevancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en el social y económico.

No menos impactante fue para los operadores del derecho y para la colectividad en general, la introducción de la empresa unipersonal. Figura tomada del derecho anglosajón, que más tarde se convertiría en el punto de partida de las sociedades unipersonales en Colombia.

Cabe destacar que el tratadista Francisco Reyes Villamizar fue quien inicialmente jalonó dicha influencia norteamericana para resolver, bajo criterios de practicidad, inconvenientes que generaba la ausencia de la pluralidad como elemento esencial del contrato de sociedad mercantil. Esta situación tuvo mucha resistencia, por la concepción formalista y romanística, que nutren nuestra cultura jurídica.

Con posterioridad aparecen, en virtud de la ley de emprendimiento, Ley 1014 de 2006, nuevas rupturas de los paradigmas legales establecidos, determinando para las sociedades pymes y mipymes la ausencia de formalidades documentales y de Constitución tenida hasta ese momento como solemnidades *ad-sustanciun actus* para dar paso a soluciones mucho menos complejas y a la inobservancia permitida a la misma norma de ausencia de pluralidad. Paradigma que fue definitivamente remplazado por la Ley 1258 de 2008, con la que se crearon las sociedades unipersonales en forma definitiva bajo el tipo societario Sociedades Anónimas Simplificadas (S.A.S.)

Con el nuevo proceso concursal de insolvencia para personas naturales, observamos sin

dificultad alguna que el legislador pretende seguir cambiando esquemas legales preestablecidos, estableciendo en su clausulado situaciones que no son ajenas ni a los procesos concursales como procedimientos mercantiles especiales, ni a los procedimientos adjetivos ordinarios reglados en el Código de Procedimiento Civil y otras compilaciones procesales.

El enfoque que pretendió darle el Ministerio del Interior y de Justicia, en el documento de reflexiones previas a la reglamentación de la mencionada Ley 1380 de 2010, más que aportes significativos al debate son, a nuestro juicio, excusas por su tardía reglamentación.

Obsérvese que la especialidad del trámite concursal, la valoración de información y toma de decisiones por el juez del concurso, la competencia delegada para autoridades administrativas, la jurisdicción territorial para acceder al trámite, entre otras, son de vieja data en el trámite de los procesos concursales y se remontan a normativas tan antiguas como el Decreto 350 de 1989. Por ello no entendemos como juiciosos los argumentos planteados por el Ejecutivo en dicho documento.

Desde los antiguos trámites concordatarios, la Superintendencia de Sociedades, como entidad administrativa, es el juez del concurso en virtud de delegación de normas constitucionales como el artículo 116 de la Carta Política, que permite que entidades administrativas tengan funciones jurisdiccionales; artículo que sirvió además como fundamento para que particulares pudiesen administrar justicia temporalmente. Esta situación, a su vez, dio origen al desarrollo de métodos alternos de solución de conflictos como el arbitraje y la conciliación.

El hecho de que la nueva norma concursal otorgue a los conciliadores la función de dirección del proceso y de mediación entre el deudor que ha caído en cesación de pago con sus acreedores, no riñe de manera alguna con la figura de la conciliación, ya que en regímenes anteriores, tanto en las audiencias concordatarias del Decreto 350 de 1989, como en las de la Ley 222 de 1995, y en los acuerdos dentro del proceso de liquidación judicial y

fuera del mismo, reglados en los artículos 200 y 205 de la misma ley, se desarrollaba y garantizaba esta figura.

La construcción del auto de calificación y graduación de créditos ha ido variando de acuerdo con la evolución del proceso, exigiendo obviamente especialidad y competencias técnicas de dicha labor; situación que no es novedosa sino, al contrario, afortunada para quien tiene la intermediación del proceso.

Por último, consideramos que deben abrirse las perspectivas de aplicación de esta nueva norma concursal que podría tomarse como una ruptura de paradigmas preestablecidos, con el objeto de buscar el impacto social y económico que esta normatividad persigue.

No fue pertinente, a nuestro juicio, en un Estado Social de Derecho como el nuestro, que una ley de la República, que se encuentra vigente y con fundamentos constitucionales bien claros, haya sido relegada en su utilidad práctica, por un instructivo interno de un Ministerio adscrito a la Rama Ejecutiva del poder público.

Fue a partir de la expedición del Decreto 3274 del 7 de septiembre del 2011, que se reglamentó, por parte del Ejecutivo, la Ley 1380 del 2010, que establecía el Régimen de insolvencia para persona natural no comerciante. Obsérvese que sólo una semana después la Corte Constitucional declaró inexecutable la ley de insolvencia económica que cobijaba a personas naturales frente a una posible bancarrota, tal como lo señaló en primicia el diario *El Espectador* de circulación en esa fecha.

El alto tribunal consideró que la ley aprobada el 17 de diciembre de 2010 presentaba serios problemas en su trámite y forma. Al caer con el fallo constitucional, el Régimen de Insolvencia de persona natural no comerciante, sólo queda esperar a que se radique nuevamente la iniciativa en el cuerpo legislativo colombiano, con la esperanza de que nuevamente se tramite el proyecto conforme a derecho, de manera que las personas naturales no comerciantes puedan acceder al trámite concursal sin más dilaciones.

Muy a pesar de la creciente tendencia —que se impone en nuestro país y en el mundo— a la constitucionalidad del derecho privado, cabe reflexionar si la primacía de la Constitución frente a la efectividad social y económica de un trámite concursal de esta naturaleza debe prevalecer sin el juego de pesos y contrapesos, cuando se encuentran enfrentados desde cualquier perspectiva.

Ante esta coyuntura, el presidente de la Honorable Cámara de Representantes, Dr. Simón Gaviria Muñoz, radicó nuevamente, el 21 de septiembre de 2011, el nuevo proyecto legislativo para la aprobación del Régimen de insolvencia de persona natural no comerciante. Esperamos que todo el estudio y socialización en el Congreso, que dura más de dos años para la primera aprobación de la iniciativa, y más de año y medio para la reglamentación de la Ley 1380 de 2010, sea de gran provecho para que nuestro Congreso aborde sin más demora este gran compromiso con la economía nacional y con el pueblo colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. ALESSANDRI, A. (1940). *La Prelación de Créditos*, Santiago de Chile: Editorial Nacimiento.
2. ÁLVAREZ, V. C. (2007). *Acuerdos de Reorganización Empresarial Ley 1116 de 2006*, Bogotá: 3R Editores.
3. BARRAGÁN ARGUE, Paulino. (¿fecha?). Los procedimientos de insolvencia de las empresas en Perú. ¿Ciudad y editorial?
4. BASHKOFF, Douglas. (1989). Serie Santa Mónica C.A. Sun and Suntance.
5. BRUNETTI, Antonio. (1970). *Tratado de quiebras*, Santiago de Chile: Editorial.

6. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
7. CUEVA, Mario de la, (1949). *Derecho mexicano del trabajo*, T. I, (3a. Ed.), México: Porrúa.
8. FONSECA RAMOS, Marco Antonio. (1996). *Procesos Concursales*. Ciudad: Ediciones Edinorte.
9. GARAGUSO, H. (2001). *Fundamentos de Derecho Concursal*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC.
10. GARCÍA, M. R. (1997). *Derecho Concursal argentino*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
11. Guía Legislativa sobre Insolvencia Transfronteriza. Unictal.
12. GIRALDO, A, J. (AÑO). Los supuestos teóricos de la investigación socio jurídica. Al referirse sobre le punto a su obra Metodológica Y Técnica de la Investigación Jurídica 9. Ed. Bogota: Legis Editores S.A.
13. GIRALDO ÁNGEL, Jaime. (2004). *Metodología de la Investigación Socio jurídica*. Bogota: Editorial Librería del Profesional.
14. GATT. (1979). *Las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda de Tokio*, Ginebra: EDITORIAL.
15. GONZÁLEZ SERNA, Arsecio. Ley 550 de 1999 sobre intervención económica para la reactivación empresarial.
16. ISAZZA, Londoño. (2007) *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial, Ley 1116 de 2006*, Bogotá: Legis.
17. LEAL PÉREZ, Hildebrando. *Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial*, (4ª Ed.). CIUDAD: Leyer.
18. Memorias del SEMINARIO INTERNACIONAL DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y CONTRATACION PUBLICA. (2006) Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogota, Bogotá D.C.
19. Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Sociedades. Cartilla Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial.
20. Ministerio del interior y de Justicia. Los retos de la reglamentación de la ley 1380 de 2010.
21. Pereira Pereira, Ruddy. Manual de Derecho Concursal de los Concordatos y Acuerdos de Reestructuración. U. Externado de Colombia. 2006.
22. Pulgar J. (1994) La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español (Los nuevos institutos concursales reorganizativos), Editorial Civitas, S.A. 1º Edición.
23. Plant, Robert, Industrias en dificultades, 2a. ed., Ginebra, 1987, pp. 153 a 156.
24. Pozzo, Juan D., Derecho del trabajo, t. III, Buenos Aires, Ediar Editores, 1948, p. 36.
25. Quintero Jorge. Corresponsal de El Tiempo. Cartagena
26. REYES VILLAMIZAR FRANCISCO, opinión jurídica, [www.reyesvillamizar.com, http://reyesvillamizar.com/pdf/laleydeintervencion.pdf](http://reyesvillamizar.com/pdf/laleydeintervencion.pdf)
27. Reyes V. F. (2006) Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada, ed. Bogotá: Legis Editores S.A.
28. Rivera, J. (2004) El Derecho Concursal en la Emergencia, Revista Latinoamericana de Derecho año I numero 1.
29. RIVERA, Julio César: Instituciones de derecho concursal, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pág.222.
30. Rodríguez E. J. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia (2007).
31. Roitman Horacio y José A. Di Tullio. Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 2001-2 Obligaciones dinerarias. Intereses), p. 219.
32. Rounillon A. (2006), Iniciativas internacionales sobre la Insolvencia, dictada en el seminario Internacional de Insolvencia, Insolvencia Transfronteriza y contratación publica realizado en Bogotá y publicado por la Cámara de Comercio de Bogotá y Uniempresarial.
33. Cámara de representantes, Secretaría General Acta de sesión Plenaria No. 188 de 17 de junio de 2008.
34. Sistemas de Riesgos Empresariales en Colombia.
35. Superintendencia de sociedades, procesos concursales docb.dc.01-1997, Pág. 1.
36. Superintendencia de Sociedades. Doctrina y Conceptos Jurídicos. Bogotá 2000 – 2004.
37. Superintendencia de Sociedades. Jurisprudencia Societaria. Bogotá 2006.
38. Estudios Sobre El Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar(Dirs.), Madrid, 2002, p. 22.
39. Proceso Concursal En La Ley 222 de 1995, Ariel Alvarado Fonseca/Ramón Betancourt De Arco, Universidad de Cartagena Facultad de Ciencias Políticas, Cartagena De Indias D. T Y C. (1998).
40. Doctrinas Jurídicas y Contables 1994 – 2009, Superintendencia de Sociedades/ Hernando Ruiz López, Ed. Aj Avance Jurídico, Cartagena de Indias D. T Y C. (2009).
41. ZUCCARDI HUERTAS, Igor Esteban. Bancarrota y mecanismos de salida en Colombia. Universidad de los Andes.

Documento Legales:

1. Guía UNCITRAL sobre regímenes de insolvencia, p.11 y 12. [en línea] http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf (9 de junio de 2007).
2. Código Civil Colombiano, (2005). Editorial Leyer.
3. Código de Comercio Colombiano, (2005), Editorial Leyer.
4. Código Federal de Bancarrotas de Estados Unidos.
5. Constitución Política de Colombia.
6. Ley Modelo CNUDMI, (1998) Naciones Unidas Nueva York.
7. Decreto 2179 DE 2007.
8. Decreto 350 de 1989.
9. Ley 1116 DE 2006.
10. Ley 550 DE 1999.
11. Ley 794 de 2003.
12. Ley 1014 de 2006
13. Ley 1258 de 2008
14. 1380 DE 2010.
15. Decreto 4007 del 2010.

Jurisprudencia:

1. Sentencia C-699/07 de la CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.
2. Sentencia C- 615 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
3. Sentencia C-625 de 2003 M. P. Clara Inés Vargas.
4. Ciber-información:
5. www.supersociedades.gov.co.
6. www.serfinco.com
7. www.senado.gov.co