

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY 550 DE 1999*

Juan José Rodríguez Espitia**

CAPITULO PRIMERO NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO

I. CLASES DE ACUERDOS CONCORDATARIOS

Los acuerdos concordatarios pueden ser judiciales o extrajudiciales dependiendo si necesitan ser aprobados o no por el juez. Así estos acuerdos pueden ser, de acuerdo a su finalidad: resolutorios si buscan ponerle término a una quiebra ya declarada, o preventiva si buscan evitar la constitución del estado de quiebra.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Ha sido una constante en la historia la inquietud de los autores por desentrañar la naturaleza de esta figura, en razón a los distintos intereses que se encuentran en juego, pues de su adecuada reglamentación depende en gran parte la prosperidad de la economía de un país, pues no solo fomenta la inversión privada sino crea la seguridad necesaria para posibilitar la entrada de capital extranjero, como lo diría MONTOYA GIL, es incuestionable “la circunstancia de que su reglamento ha de consultar al mismo tiempo *intereses económicos* de carácter privado, intereses o *derechos sociales* como los de los trabajadores de la empresa y también de *orden público económico*, como que es un deber del estado dirigir, controlar, tutelar y estimular una economía empresarial sana, jurídica y socialmente equilibrada”, es decir, la base de una economía sólida.

* El presente documento es el resultado final de un proyecto de investigación denominado “Los Principios del Derecho Concursal en la Ley 550 de 1999” desarrollado al interior del Grupo de Investigación “La Empresa y el Tratamiento de la Crisis Empresarial” del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, en la que participaron como Coautores algunos estudiantes de Quinto año de 2001 y de los asistentes de Investigación Deisy Galvis Quintero y Anyela Cristina Urrego Sarmiento. El mismo fue presentado a la Revista el 3 de agosto de 2004 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 2 de diciembre de 2004, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

** Profesor investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y especialista en derecho comercial de la misma Universidad.

Frente a la naturaleza de esta figura se han esgrimido varias teorías al respecto, concentrándose la doctrina en dos corrientes fundamentalmente, la que propugna por la naturaleza contractual del concordato y la que lo analiza desde el punto de vista procesal.

A. TEORÍAS CONTRACTUALES Y PROCESALES
(Según Horacio Montoya Gil)¹

I. TEORÍAS CONTRACTUALES.

a. TEORÍA DE LA VOLUNTAD FORZADA. (Pardessus, Windscheid).

Los partidarios de ésta teoría sostienen que el concordato es un contrato de derecho común; Sin embargo, no explican como siendo así quedan a el vinculados los acreedores que no intervinieron o los que se opusieron al mismo.

b. TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y REPRESENTACION PRESUNTA. (Fitting).

Dicen que la mayoría de los acreedores que votan por la aceptación del concordato lo hacen por los acreedores ausentes, cuya representación invisten presuntivamente.

c. TEORÍA DE LA TRANSACCION JUDICIAL. (Majado).

Sostiene que el convenio no deja de ser una transacción que en razón de la intervención del órgano judicial, de institución de carácter privado se transforma en institución de derecho público. Esa intervención estatal tiene por finalidad, de una parte, fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales, en garantía de las exigencias formales y materiales y de los derechos que les corresponden a acreedores y deudores y, de otra parte, respaldar con fuerza vinculante erga omnes el convenio una vez aprobado por el juez. El cual vincula a todos los acreedores que hayan asistido o no a la junta con excepción de los hipotecarios y privilegiados.

2. TEORÍAS PROCESALES.

a. TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL.

Entre sus precursores encontramos a POTHIER, POLLAK entre otros. No ha sido unánime la doctrina al respecto pues algunos explican su carácter de decisión judicial asimilando la petición de concordato a una demanda, en donde se realiza una solicitud a un juez para que por medio de una sentencia este proceda a establecer las obligaciones de cada una de las partes. Otros por el contrario, consideran que el carácter judicial

¹ HORACIO MONTOYA GIL. *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*, 4ª edición actualizada. Bogota: Librería El Foro de la Justicia.1984

estriba en la sustitución por parte del juez de la voluntad de los acreedores ausentes y disidentes.

b. TEORÍA DEL CONTRATO PROCESAL

Como defensores de esta teoría se cuentan BOLAFFIO y KHOLER. Se trata de una teoría que realiza una mixtura de las teorías procesales y contractuales, pues no dejan de lado el carácter de contrato del concordato al considerar que a este convenio se llega por la expresión de la voluntad mayoritaria de los presentes, en donde la minoría contraria y los ausentes se ven sometidos en razón a los intereses inferiores que representan los primeros, y por la actitud de desidia de los segundos; en donde la resolución del juez es la que finalmente le dará fuerza jurídica al contrato.

Al margen de estas teorías se ha esbozado opiniones de bastante relevancia por parte de otros autores. Es el caso de BRUNETTI² quien sostiene que el convenio concordatario no puede explicarse ni como contrato puro ni como acto procesal. Este autor considera que el convenio que surge posee una doble naturaleza, procesal y negocial en razón a que “en virtud del mismo, un negocio de derecho material (acuerdo plurilateral) se transforma en un negocio procesal, en cuanto a su base, se encuentra un derecho obligatorio, cuya existencia depende del poder del juez que lo constituye. El negocio de derecho material (acuerdo) se transforma así y se incluye en una sentencia de declaración que teniendo por finalidad la conclusión del estado de quiebra, debe adscribirse, sin duda, a la categoría de las constitutivas. El juez, efectivamente, no se limita a un simple control de legalidad, sino que realiza un examen de fondo; la sentencia declara la formación del convenio, es decir, la presencia de causas prevista en la conclusión del procedimiento”³.

² BRUNETI, Antonio. Tratado de Quiebras. Buenos Aires: Porrúa. 1945. p. 300.

³ *Ibid.*

CAPITULO SEGUNDO NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN

Después de examinadas las anteriores teorías y de analizar la ley 550 de 1999, podemos concluir que la naturaleza jurídica del acuerdo de reestructuración se puede ubicar dentro de las teorías contractuales; en razón a que se requiere de la manifestación expresa de la voluntad de las partes que van a celebrar el acuerdo. Dichos acuerdos son una clara expresión de los principios de consensualismo y autonomía de la voluntad, que rigen los contratos entre particulares, por cuanto la votación de los mismos se realiza entre los acreedores internos y externos, quienes en últimas son los que determinan si se lleva a cabo o no, el acuerdo de reestructuración.

Otra clara muestra del carácter contractual de estos convenios, es su concordancia con la definición que hace el Código de Comercio sobre la noción de contrato en su artículo 864, al determinar que “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial (...)”; esta definición de contrato se refiere a relaciones jurídicas patrimoniales que pueden ser preexistentes, como es el caso de los acuerdos de reestructuración. Igualmente, nos revela el carácter contractual de la figura, la exigencia de ciertas formalidades para la celebración de dichos acuerdos, Vgr. constar por escrito y su reconocimiento ante notario público por cada suscriptor; lo cual nos lleva a concluir que se trata de un verdadero acuerdo o contrato solemne.

Aún cuando estos acuerdos permiten un amplio margen dentro del cual las partes pueden actuar libremente; esta libertad no es completa, por cuanto se tratan de acuerdos reglados en el sentido de que se le impone a las partes un mínimo de contenido, dado que es un tema de gran importancia en materia económica y por lo tanto de interés general que requiera por consiguiente de la intervención del Estado; no obstante lo anterior, ello no significa que las partes no tengan libertad para negociar y establecer las cláusulas que crean convenientes para el mejor desarrollo de la empresa. Así las cosas, estos acuerdos tienen validez y obligan a las partes por sí mismas, y no requieren de la homologación o aprobación por parte del juez, como si lo requeriría si se tratara de un sistema procesal.

Finalmente, podemos ver que se trata de un verdadero y auténtico acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones, es decir, produce efectos jurídicos, los cuales para verificarse no requiere de la intervención de un juez; en razón a que al igual que en los contratos las partes gozan de la posibilidad de dar por extinguidas sus obligaciones a través de la transacción, desde el momento mismo en que se lleva a cabo la negociación; en donde los acreedores pueden ceder en sus pretensiones al no exigir la satisfacción inmediata de sus acreencias, sino que se establecen fórmulas para facilitarle al deudor salga de su crisis.

I. LEY 550 DE 1999 NORMAS QUE REVELAN UNA NATURALEZA JURÍDICA CONTRACTUAL DEL CONCURSO

Artículo 5: “Se denomina acuerdo de reestructuración la convención (...) que se celebre a favor de una o varias empresas (...)”

“(...) Para la solicitud, promoción, negociación y celebración de un acuerdo de reestructuración, el empresario y sus acreedores podrán actuar directamente o por medio de cualquier clase de apoderados, sin que se requiera la intervención a través de abogados. Un solo apoderado podrá serlo simultáneamente de varios acreedores (...)”

Este artículo respalda la idea de un concurso de naturaleza contractual porque se habla de *convención*, lo que implica un acuerdo de voluntades; aspecto fundamental en los contratos. Igualmente habla de negociación y celebración de un acuerdo de reestructuración y éstas son etapas de la formación de todo negocio jurídico.

Artículo 6: “Los acuerdos de reestructuración podrán ser promovidos a solicitud escrita de los representantes legales del respectivo empresario o empresarios o de uno o varios acreedores (...)”

La consensualidad es muy importante ya que el contrato por regla general, se forma con la afirmación del consentimiento (concurso de las voluntades reales de las partes). Además, uno de los principios generales de la contratación es el principio del consensualismo, que consiste en que debe haber una manifestación de la voluntad para que se evidencie el interés de celebrar el contrato.

Artículo 13: “La negociación del acuerdo se entenderá iniciada a partir de la fecha de fijación del escrito de la entidad nominadora previsto en el artículo 11 de la presente ley (...)”. Aquí se confirma la voluntad de las partes para iniciar el acuerdo. Este artículo junto con los artículos 14, 15, 16, 17, se refieren a los “efectos de la iniciación de la negociación”. Aquí vemos su carácter contractual, porque al igual que en un contrato la negociación del acuerdo genera efectos para los involucrados en el mismo.

Artículo 19: “Los acuerdos de reestructuración se negociarán y celebrarán entre los acreedores externos e internos de la empresa (...)”. En este artículo se determinan cuáles son las partes en un acuerdo de reestructuración como en cualquier otro contrato, en donde se establecen entre quienes se van a celebrar el convenio.

Artículo 31: “El acuerdo deberá constar íntegramente en un documento escrito, firmado por quienes lo hayan votado favorablemente o por el representante o representantes legales o voluntarios de éstos, cuyo contenido será reconocido ante notario público por cada suscriptor, o ante el respectivo nominador del promotor (...) y deberá elevarse a escritura pública cuando incluya estipulaciones que requieran legalmente dicha formalidad (...)”. En esta norma se puede observar cuáles son las formalidades para la realización del acuerdo de reestructuración, al igual que en otros contratos en donde se exige el

cumplimiento de ciertos requisitos para que el acuerdo se realice de conformidad a lo establecido en la ley.

Artículo 33: “Los acuerdos de reestructuración deberán incluir cláusulas que contemplen como mínimo lo siguiente (...)”. Nuevamente este artículo nos evidencia el carácter contractual de la figura, por cuanto es solo en los contratos en donde hallamos cláusulas y no en las providencias. No se puede decir que es contrato por adhesión por el hecho de que se exija la inclusión de ciertas cláusulas, se trata de un contrato preestipulado ya que es el resultado de un proceso de negociación; lo que sucede, es que como se trata de un tema de interés general por su repercusión en la economía general debe estar reglado, como una manifestación de la potestad que tiene el estado de intervenir en la economía.

Artículo 35: “El acuerdo de reestructuración se dará por terminado en cualquiera de los siguientes eventos, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial (...)”. Este artículo refleja el carácter contractual del acuerdo de reestructuración, porque vemos como las partes a través de unas cláusulas establecen cuando se termina el contrato. A contrario sensu, si se trata de un proceso ya iniciado, las partes siempre requieren la intervención o aprobación del juez para terminar el mismo.

Artículo 38: Parágrafo: “Cuando el incumplimiento de los acreedores constituya un evento de incumplimiento y dé lugar a la terminación del acuerdo, el empresario o cualquier acreedor podrá demandar la indemnización de perjuicios (...)”. En un contrato siempre que hay incumplimiento de una de las partes, la otra tiene derecho a reclamar una indemnización por los perjuicios que se le causen, por el hecho de que la contraparte no cumplió el acuerdo al que habían llegado anteriormente.

Artículo 39: Que se refiere a las acciones revocatorias y de simulación. Como en todo contrato también se tiene la posibilidad de solicitar en el acuerdo de reestructuración, o que se declare la simulación de actos realizados por el empresario o su revocatoria; esta opción se permite en virtud del principio de solvencia económica que rige los contratos, y que tiende al establecimiento de medidas que eviten que el deudor se insolvente en desmedro de los intereses de los acreedores y a fin de proteger a los acreedores que hacen parte en el acuerdo de reestructuración frente a un eventual fraude o mala fe del empresario. La acción revocatoria apunta fundamentalmente a privar de efectos ciertos negocios que haya podido celebrar el deudor, en consideración a la influencia que los mismos puedan tener para afectar obligaciones contraídas con otros acreedores. Mientras que la acción de simulación, se invoca en aquellos eventos en que se presenta un negocio de doble faz, entonces, a los acreedores que se hayan visto perjudicados con ese negocio, se les permite interponer una acción para hacer valer la cara interna de este, es decir, que esa acción permite que la verdadera voluntad de las partes se conozca.

CAPITULO TERCERO
LOS PRINCIPIOS CONCURSALES EN LA LEY 550 DE 1999

I. PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD

En esta ley el principio de oficiosidad opera en sus dos facetas: la necesidad y la exclusividad. La necesidad por cuanto se establece que el acreedor y algunas entidades autorizadas por la ley, cuando haya dos o más obligaciones incumplidas por más de 90 días y estas representen no menos del 5% del pasivo de la empresa, pueden iniciar un acuerdo de reestructuración. Este mecanismo se establece en la ley 550 de 1999 fruto de un estado de emergencia económica que obligó a la intervención del estado en la economía, con el fin de promover la reactivación y el empleo mediante la celebración de acuerdos de reestructuración, a favor de las empresas que se encuentren en dificultades para atender sus obligaciones dinerarias, pero que sean económicamente viables. Lo anterior es ratificado por los artículos 2 y 3 de la ley al referirse el primero a los fines de la intervención del estado en la economía, en donde el numeral primero de este artículo reza: "Promover la reactivación, de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas....", y el artículo 3 de la ley que habla de instrumentos de la intervención, en donde se establece en el numeral primero, el deber de crear las facilidades para la negociación y celebración de acuerdos de reestructuración previstos en ésta ley.

Por su parte la exclusividad se manifiesta en cuanto esta ley desde su presentación, artículo primero, establece la posibilidad de iniciar de oficio un acuerdo de reestructuración, al establecer que la negociación de un acuerdo puede ser promovida de oficio por las Superintendencias, o solicitada por el empresario, o por uno o varios acreedores; y en donde la iniciación oficiosa del acuerdo de reestructuración se encuentra reservada a la entidad de vigilancia y control respectiva.

A. DESARROLLO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD
EN LA LEY 550 DE 1999.

A continuación, podemos observar algunos artículos en los que se evidencia la consagración que hace la Ley 550 de 1999 del principio de oficiosidad:

| ARTICULO | CONTENIDO |
|-------------------------------------|---|
| ART.6. Promoción de los acuerdos de | Los acuerdos de reestructuración podrán |

| | |
|---|--|
| reestructuración. | ser promovidos de oficio por la Superintendencia de Valores, de servicios Públicos Domiciliarios |
| ART.8. Funciones de los promotores | Numeral 7 proponer formula de arreglo acompañada de la correspondiente sustentación y evaluar la viabilidad de las que se examinen en la negociación. |
| ART. 15. Continuidad de contratos. | La Superintendencia ordenará la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el empresario o por terceros para caucionar (...). |
| Art.17. Actividad del empresario durante la negociación del acuerdo | Dicha multa será impuesta de oficio o a petición de cualquier interesado... |
| ART.37. Solución de controversia. | Párrafo 2, la Superintendencia... podrá... de oficio o a petición de parte, sin necesidad de la caución decretar el embargo y secuestro de los bienes o la inscripción de la demanda o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio... |
| Art. 39. Acciones revocatorias y de simulación. | Parágrafo 2. Cuando sea necesario asegurar las resultas de la negociaciones revocatorias o de simulación, la Superintendencia, si lo considera oportuno, de oficio o a su petición de parte, sin necesidad de caución decretara el embargo y secuestro de los bienes. |
| ART. 58. Acuerdos de reestructuración aplicables a entidades territoriales. | Numeral 9. La celebración del acuerdo, faculta al Ministerio de hacienda y Crédito Publico para girar directamente a los beneficiarios correspondientes de conformidad con el acuerdo las sumas a que tenga derecho la entidad territorial. |

De acuerdo a la circular externa 001 de 2001 de la Superintendencia de Sociedades al referirse acerca de las solicitudes de promoción de acuerdos de reestructuración que se tramitan ante esta entidad establece: *“De acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1 y 6 de la Ley 550 de 1999, la Superintendencia de Sociedades conoce de las solicitudes de promoción de los acuerdos de reestructuración de los empresarios que se encuentren bajo su vigilancia y control”*⁴. Igualmente el literal de la misma circular preceptúa: *“El principal factor para determinar cual de las entidades del artículo 6 de la Ley 550 es competente para actuar como entidad nominadora, es el de aquella que ejerza las funciones de vigilancia y control sobre el empresario”*⁵. Con ello, es dable determinar adicionalmente que la facultad oficiosa es también restringida; pues para que ella sea

⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, circular 001 de 2001.

⁵ *Ibíd.*

aplicada a las sociedades y empresarios se requiere que se encuentren expresamente sometidos a la vigilancia y/o control de la Superintendencia de Sociedades.

II. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD SUBJETIVA

Debido a la inmensa crisis económica por la que atravesaba el país y con el objetivo de darle una nueva oportunidad de vida a las empresas, se expidió la Ley 550 de 1999 como una alternativa legal que propone una reestructuración económica benéfica para empresarios y acreedores. Para lograr este fin se disponen cambios trascendentales frente al régimen precedente, no hablándose más de concordato sino de la figura del “Acuerdo de Reestructuración”. En este acuerdo se observa un proceso doblemente universal tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, en la medida en que ingresan al proceso todos los bienes que conforman el patrimonio del deudor, y son llamados *todos sus acreedores*.

Para que esta institución logre sus fines no es posible pensar en la existencia de múltiples procesos derivados de los varios acreedores, quienes no gozarían de igualdad si el concurso no implicara una unidad de proceso; entonces, se requiere dar cabida a una pluralidad de relaciones materiales discutidas y por lo tanto de sujetos.

Igualmente, la ley realiza una distinción entre los créditos anteriores a la negociación y los posteriores a ella, para señalar, en relación con éstos, la posibilidad que tienen los acreedores de acudir ante la justicia ordinaria para hacerlos valer. En consecuencia, todo crédito anterior a la negociación es materia del acuerdo de reestructuración y, por tanto, no resulta posible que el mismo se satisfaga en forma diferente a la prevista allí, lo cual se traduce en la imposibilidad de perseguir su cobro ante la justicia ordinaria.

Es de gran importancia advertir que la ley 550 de 1999 dispone en el artículo 19 que el pago de los créditos originados en fecha posterior a la de la iniciación de la negociación y con anterioridad a la celebración del acuerdo, se atenderá en forma preferente de conformidad con el tratamiento propio de los gastos administrativos; pero no darán a sus titulares derecho a voto. Sobre el particular, se debe establecer cual es el tratamiento que se otorga a los créditos laborales durante el trámite del acuerdo de reestructuración, consideraciones que resultan pertinentes en este caso: “(...) en tratándose de créditos que tengan origen en relaciones laborales, como por ejemplo el salario, la pensión de vejez o las cotizaciones patronales correspondientes al sistema general de seguridad social a cargo de la sociedad concursada, habrán de presentarse al concurso aquellas causadas y no pagadas con anterioridad a la fecha de apertura del trámite concursal, de suerte que las que se causen con posterioridad a aquella, serán pagadas como créditos

postconcordatarios, cuando se trate de un concordato o como gastos de administración en el evento de una liquidación obligatoria (...)“⁶.

Asimismo, deberá el representante legal, de conformidad con el artículo 20 de la citada ley, entregar al promotor un estado de inventario elaborado con base en los estados financieros cortados al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la promoción o de la iniciación de la negociación en los demás casos, en el cual se detallen y valoren los activos y pasivos de la empresa que aspira a la promoción de un acuerdo de reestructuración.

De la mano de estas disposiciones debe decirse, entonces, que las prestaciones legales o extralegales y demás obligaciones laborales pendientes a la fecha de admisión de la empresa a la promoción del acuerdo, serán materia de la convención que celebren los acreedores (internos y externos) y su pago estará sujeto a la fórmula que para tales efectos se convenga. Es necesario tener en cuenta, que entre la fecha de corte y la iniciación de la negociación, la empresa ha seguido funcionando y como consecuencia de ello es perfectamente posible que los montos de las obligaciones no coincidan con los señalados en dicha relación, bien porque aumentaron o disminuyeron como consecuencia de la extinción o disminución de algunas de ellas, o porque se hubieron contraído nuevas obligaciones. Por lo tanto, la determinación de voto y las acreencias debe referirse no sólo a aquellas acreencias contenidas en el inventario, sino que debe comprender a todas y cada una de las acreencias anteriores a la negociación, sin importar si las mismas forman o no parte del inventario, habida consideración de que el objeto del acuerdo de reestructuración son todas las acreencias anteriores a la iniciación de la negociación.

Igualmente, se debe tener en cuenta que los créditos que le sean otorgados al empresario desde el inicio de la negociación y hasta la fecha de celebración del acuerdo, gozarán de preferencia frente a los créditos objeto de este, siempre que se destinen exclusivamente a la compra de insumos, materias primas, repuestos y/o a cubrir los gastos administrativos relacionados con el giro ordinario de los negocios. “Los gastos de administración generados a partir de la iniciación de la negociación, de acuerdo con el artículo 13 de la citada ley, no serán materia del acuerdo de reestructuración y su pago se hará de manera inmediata y a medida que se vayan causando, sin perjuicio de la aceptación expresa de un tratamiento diferente por parte del respectivo acreedor en cada caso concreto, aceptación que no podrá darse tratándose de créditos fiscales”⁷.

En tratándose de acreencias laborales causadas con posterioridad a la iniciación de la negociación, deberán éstas ser atendidas conforme lo prevé el mencionado artículo 19, esto es, como gastos de administración. Debe precisarse que la autorización a que se refiere el artículo 17, se encuentra circunscrita al ámbito de las actividades que en ella se

⁶ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. *Conceptos sobre la Ley 550 de 1999*. Tema “Pasivos Laborales”. Radicación No. 454.634.

⁷ El Decreto 2250 de Noviembre 2 del 2000, por el cual se reglamentaron los artículos 17, 22, 29, 34 Numerales 13 y 65 de la Ley 550 de 1999, dispuso en su artículo 1 la preferencia de los créditos posteriores al inicio de la negociación.

enuncian. Sin embargo, y como quiera que el pago de los salarios y demás obligaciones laborales se entiende incluido dentro del giro ordinario de la empresa, no será necesario, por tanto, contar con la referida autorización. Así las cosas, son susceptibles de ser autorizados los pagos y demás actos que no se matriculen dentro del giro ordinario de los negocios sociales, siempre que se encuentren debidamente acreditadas la urgencia, la necesidad y la conveniencia de dichas operaciones.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que brinda la ley para concertar condiciones laborales especiales, de conformidad con lo previsto en el artículo 42, que suspendan total o parcialmente cualquier prerrogativa económica que exceda del mínimo legal, como sería, el caso de las prestaciones extralegales a que hace referencia en su escrito.

A. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA PROMOCIÓN DE UN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN.

Dispone el artículo 6° de la Ley 550 de 1999, que los acuerdos de reestructuración podrán ser promovidos:

- a. Por solicitud escrita de los representantes legales del empresario;
- b. Por solicitud escrita de uno o varios acreedores, y
- c. De oficio por las Superintendencias de Valores, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Transporte, Nacional de Salud, del Subsidio Familiar, de Vigilancia y Seguridad Privada, de Economía Solidaria y de Sociedades, tratándose de empresarios o empresas sujetos, respectivamente, a su vigilancia o control, de conformidad con las causales previstas en las normas vigentes.

Ahora bien, como quiera que los presupuestos objetivos de procedibilidad del inicio del acuerdo de reestructuración se orientan fundamentalmente a la cesación de pagos, específicamente en el incumplimiento de dos o más obligaciones mercantiles⁸ adquiridas en desarrollo de la empresa por más de 90 días⁹, se debe tener en cuenta que se requiere que el monto de las obligaciones vencidas sea superior al 5% del pasivo corriente de la empresa, el cual definen las normas contables como aquel que debe satisfacerse en el mismo año.

Otro supuesto, se traduce en “la existencia de por lo menos dos demandas ejecutivas, cuyas acreencias deberán estar dentro de los rangos ya relacionados en proporción del

⁸ Es de advertir que la expresión “obligación mercantil” debe entenderse en sentido amplio pues no sólo comprende aquellas obligaciones establecidas en el Código de Comercio sino que es aplicable a las obligaciones propias de la actividad del empresario, tales como el pago de salarios, impuestos, etc; máxime si se tiene en cuenta que este régimen se aplica tanto a comerciantes como a aquellos que no lo son.

⁹ Término que, de acuerdo a la práctica comercial de los empresarios en Colombia, obedece a el plazo otorgado para el vencimiento de sus obligaciones a 30, 60 y 90 días. Incluso, también es utilizado para los mismos efectos en los despachos judiciales.

pasivo, sin que sea necesario que estas obligaciones tengan un término de vencimiento superior a 90 días, circunstancia esta que no generará efectos negativos, pues en la practica las demandas ejecutivas se presentan en la gran mayoría de los casos, luego de vencidos los 90 días a que se ha hecho mención"¹⁰. Si bien, para los efectos de la legitimación activa a que nos referimos, pudiera parecer indiferente el origen de la acreencia de que se es titular, en el contexto de la ley de intervención económica no lo es, de una parte porque, se reitera, el pasivo susceptible de reestructuración corresponde a derechos de crédito y no al aporte o participación en el capital social del ente admitido o convocado a su promoción y, de otra, porque el "reconocimiento legal de la noción de acreedores internos", lo es, única y exclusivamente, para atribuirle a éstos la condición de "partes" en los acuerdos de reestructuración, así como para fijar los derechos de voto de las mismas, es decir, corresponde a la determinación de las partes legitimadas para negociar y celebrar el acuerdo y no para solicitarlo.

B. ¿CUÁL ES EL TÉRMINO PARA HACERSE PARTE DENTRO DE UN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN?".

Sea lo primero precisar que frente a la Ley 550 de 1999 no estamos incursos en un proceso concursal, como si ocurre con los procesos contemplados en la Ley 222 de 1995, cuales son el Concordato y la Liquidación Obligatoria. Es así como puede afirmarse que, en estricta juridicidad, en la promoción de un acuerdo de reestructuración los acreedores no se hacen parte. Si bien el artículo 19 de la Ley 550 dispone que éstos son parte, este término eminentemente procesal no es aplicable para el efecto, como quiera que no hay una instancia jurisdiccional en donde se obtenga tal reconocimiento, sino que simplemente esa calidad la otorga la ley solo para los fines en ella previstos y en el entendido de que el acreedor es titular de un derecho de crédito a cargo del empresario.

Aunque la ley hable de "parte" no debe entenderse este concepto procesalmente, pues ello implicaría encontrarse bajo el contexto de un proceso judicial, marco donde se haría efectivo el control de legalidad del juez y el cumplimiento de requisitos legales que crearían enormes dificultades sustanciales para superar la situación que atraviesa la empresa¹¹. Este, debe interpretarse en concordancia con el espíritu de la ley, la cual cambió totalmente el esquema anterior y dio una opción contractual al deudor para convenir con sus acreedores como atender sus obligaciones, alejados del campo jurisdiccional; pues los inconvenientes que afectan a la compañía no solo jurídicos sino también carácter económico, y es precisamente con medidas de este tipo que deben superarse, de suerte que los aspectos jurídicos sólo deben dar posibles caminos que faciliten la recuperación.

¹⁰ JORGE PINZÓN SÁNCHEZ y JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA. Ponencia presentada al Segundo Congreso Iberoamericano de Insolvencia y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Concursal. *El acuerdo de reestructuración : Una alternativa no judicial que permite al deudor recuperarse* . Colombia, Cordoba – Argentina. Octubre de 2000.

¹¹ La Ley 550 adoptó un sistema contractual dada la situación económica actual y por las evidentes desventajas que presentaban los procesos judiciales. De acudir a un medio procesal, se podría ver afectado por vicisitudes típicas como la morosidad judicial, ser sujeto de declaratoria de nulidad, objeto de un debate probatorio, etc, situaciones que no son propias de un mecanismo de negociación.

Ubicados en ese entorno, se tiene que según lo dispuesto en el artículo 20 de la citada ley, "(...) el representante legal del empresario entregará al promotor un estado de inventario, elaborado con base en los estados financieros ordinarios o extraordinarios del empresario o ente económico respectivo, cortados al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la promoción por parte del empresario, o de la iniciación de la negociación en los demás casos y pondrá a su disposición todos los libros, papeles y documentos que le sirvan de soporte (...)". Con relación al inventario, el mismo artículo agrega que "(...) previa comprobación de su existencia, se detallarán y valorarán sus activos y pasivos, con indicación precisa de su composición y de los métodos de su valuación, y se incluirá la información prevista en el numeral tercero del artículo 97 de la Ley 222 de 1995 (...)". A su vez, esta última disposición en su literal b, dispone que: "en el inventario se detallará por lo menos una relación completa y actualizada de los acreedores, con indicación del nombre, domicilio y dirección de cada uno, cuantía y naturaleza de los créditos, tasas de interés, documentos en que consten, fechas de origen y vencimiento, nombre, domicilio y dirección de la oficina o lugar de habitación de los codeudores, fiadores o avalistas. En caso de ignorar los mencionados lugares, el deudor deberá manifestarlo expresamente"¹². (Las bastardillas son nuestras)

De conformidad con las normas transcritas, los créditos existentes en principio, deben ser relacionados por el empresario e incluidos dentro del inventario que debe ser entregado al promotor respectivo, lo que releva al acreedor de cualquier intervención¹³. Ahora bien, aunque la ley por las razones expuestas no establece propiamente un plazo para que los acreedores se hagan parte, resulta claro que si por cualquier circunstancia la totalidad de los créditos no fueren relacionados, los acreedores podrán solicitar su inclusión presentando directamente ante al promotor prueba de la existencia de sus créditos, es decir, probando su acreencia por medio de facturas, cheques, letras u otros documentos, a partir de la fecha de fijación del aviso de promoción y hasta antes del vencimiento del término para la celebración de la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias de que trata el artículo 23 ibídem; es decir, que pueden intervenir durante los 4 meses siguientes a la fecha en que haya quedado definida la designación del promotor; en caso contrario, dichos créditos solo podrán hacerse efectivos persiguiendo los bienes del empresario que queden, después de cumplido el acuerdo o cuando éste se incumpla. Esta circunstancia se explica en la medida en que el concordato¹⁴, tenía una connotación eminentemente jurisdiccional; el acuerdo de reestructuración es ajeno a la connotación judicial y los acreedores no requieren hacerse parte sino que se vinculan por la simple inclusión en relación de acreedores presentado por la persona jurídica sometida a este trámite de reactivación empresarial.

¹² SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. *Conceptos sobre la Ley 550 de 1999*. Cit.

¹³ Valga anotar que quienes suscriben el inventario, a sabiendas de que en él no se incluye la totalidad de los acreedores o se excluye alguna acreencia, incurrir en responsabilidad penal a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 550. Igualmente incurrir en dicha responsabilidad quienes de mala fe soliciten ser tenidos como acreedores sin tener derecho para ello.

¹⁴ Hoy suspendido por el artículo 79 de la precitada norma en concordancia con el artículo 66 ibídem. La norma en comento dice: Artículo 90 de la Ley 222 de 1995. Artículo 79. Vigencia. Esta ley regirá durante cinco (5) años, contados a partir la fecha de su publicación en el Diario Oficial, y durante el mismo plazo se aplicará de preferencia sobre cualquier norma legal, incluidas las tributarias, que le sean contrarias.

Así mismo, en el proceso concordatario, una de las primeras tareas impuestas a la sociedad deudora la constituía la presentación de una relación pormenorizada de los trabajadores y el monto actualizado e individual de cada acreencia³, con lo cual ya se le reconocían en la cuantía allí indicada y sin perjuicio de las objeciones a que hubiera lugar. Del mismo modo, la norma establecía como uno de los efectos de la aceptación de la sociedad al trámite del concordato, que sin autorización de la Superintendencia de Sociedades no podía hacer arreglos relacionados con sus obligaciones, so pena de ineficacia sin necesidad de declaración judicial, igualmente la imposición de multas al acreedor o deudor, según fuera el caso, hasta tanto se reversara la operación respectiva.

La razón sobre la cual descansa la anterior afirmación, se encuentra en el hecho de que uno de los principios que rodean cualquier proceso concursal es el de la universalidad, habida consideración que se afecta todo el patrimonio del deudor, esto es que todos los bienes que conforman el patrimonio del concursado quedan a merced, en principio, para la satisfacción de los acreedores que participen del concurso sin ninguna clase de discriminación.

De igual forma, la misma Ley 222 concedió a los acreedores un tiempo en extremo laxo para hacerse parte en el concurso; el cual se contaba a partir de la providencia de admisión o convocatoria y hasta el vigésimo día siguiente del vencimiento del tiempo de fijación del edicto, para lo cual debían presentar prueba siquiera sumaria de la existencia de su crédito. Presupuesto que se encuentra en plena consonancia con la filosofía que entraña la ley, al hacer imperiosa la necesidad de establecer un precepto que tuviera como objetivo dotar a los acreedores y la sociedad deudora de suficientes mecanismos que le permitieran a esta última salir airoso de las dificultades por la que atraviesa, en la seguridad de que una solución inmediata traería consigo alivio a su carga financiera; al mejorar, como lo dice la exposición de motivos, "sus perspectivas de producción, mantener el empleo que generen y ser otra vez sujetos de crédito con capacidad de pago", a través del señalamiento para uno y otro de las herramientas necesarias que permitan a los entes económicos normalizar su actividad productiva.

Al mismo tiempo se anota que para el desarrollo de la negociación a efectos de llegar al acuerdo, debe existir una relación suministrada por la empresa misma de las acreencias a su cargo, las cuales deben ser ciertas, es decir, que no admiten discusión en orden a que el promotor no solo determine el derecho de voto, sino que también conozca la real situación del ente económico y así pueda formular propuestas de arreglo y la viabilidad de la empresa en términos reales. Igualmente, es necesario el estudio de los efectos de la terminación del acuerdo de reestructuración y los efectos de la iniciación de la liquidación obligatoria o la toma de posesión para liquidar.

La terminación del acuerdo de reestructuración por las causas previstas en los numerales 3 a 6 del artículo 35 de la Ley 550 de 1999, supone que necesariamente de oficio deba darse inicio al trámite de una liquidación obligatoria o al procedimiento especial de intervención o liquidación que corresponda y el consecuente tránsito de una legislación a otra, de manera que verificado el fracaso o el incumplimiento del acuerdo, no solo operan los efectos previstos en el artículo 36 ídem, sino los efectos de la iniciación del proceso concursal o de

la toma de posesión, entre ellos, el que tiene que ver con la legitimidad de los acreedores del deudor para hacer efectivas las garantías otorgadas por terceros, sean éstas reales, personales, fiduciarias, etc. Nótese como, sin perjuicio de la expresa disposición del artículo 34 numeral 3° y 36 de la citada ley, sobre el restablecimiento automático y de pleno derecho de la exigibilidad de las garantías reales, fiduciarias y gravámenes que se haya suspendido por la iniciación de la negociación del acuerdo, su celebración y ejecución parcial, una vez producida la terminación del mismo en los términos del citado artículo 35, por sustracción de materia desaparecen o cesan los presupuestos legales que fundamentan la suspensión de la exigibilidad, no solo de las mencionadas garantías sino de cualquier otra, como por ejemplo las personales, entre ellas, una fianza otorgada por una compañía de seguros.

En efecto, al disponer el artículo 100 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el 208 ídem, la *continuación de los procesos ejecutivos en donde existen otros demandados* diferentes al deudor concursado, y con ella la posibilidad de que el demandante no prescindiera de la actuación contra los codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, de lo que se ocupa es de legitimar en la causa a quienes en cuyo favor se constituyeron tales garantías, para perseguir su cobro por la vía ejecutiva, ó, dicho de otra manera, confirmar la exigibilidad de las mismas.

En ese orden de ideas, el hecho de que la Ley de Intervención Económica no haya expresamente mencionado el restablecimiento automático o de pleno derecho de la exigibilidad de las garantías personales, otorgadas por terceras personas para garantizar obligaciones del deudor abocado a la promoción de un acuerdo de reestructuración que resulte fallido, fracasado o incumplido, no significa que su exigibilidad continúe suspendida, pues, se reitera, es por efecto y con ocasión de la apertura del proceso concursal o de la toma de posesión para liquidar, que ésta se restablece.

Por último, es preciso advertir que conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 23 de la Ley 510 de 1999, que modificó el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se hace remisión expresa a los artículos 99 y 100 de la Ley 222 de 1995, reglas que se aplicarán en lo pertinente al proceso de toma de posesión.

C. LAS GARANTÍAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Sea lo primero poner de presente que en la legislación nacional *la garantía* constituye una modalidad contractual que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella, y en ese sentido siempre tendrá carácter de accesorio.

I. CÓDIGO CIVIL. ART. 1499.

Se justifica su existencia en la medida en que la prenda común o general a favor de los acreedores de un deudor pueda menguarse o estar comprometida en términos tales que no resulte suficiente para cumplir las obligaciones contraídas o que sólo puedan atenderse parcialmente. De allí que los acreedores puedan exigir a sus deudores la constitución y otorgamiento de garantías para cubrirse de las eventualidades que lleguen a afectar la capacidad de pago de éstos, ya sea que provengan de su voluntad o de circunstancias ajenas a ella, como por ejemplo la mala fe, la impericia, la fuerza mayor o el caso fortuito, etc. Incluso, se ha ocupado el legislador de establecer la obligatoriedad de constituir *garantías idóneas y suficientes* para el cumplimiento de ciertas obligaciones que suponen la tutela del interés general como el ahorro público, cuando las entidades bancarias realizan operaciones activas de crédito.

La doctrina tradicional ha clasificado las garantías en dos grandes grupos: las personales y las reales; dicha clasificación resulta de la naturaleza de los derechos que surgen de su constitución, según se trate de derechos de crédito o frente a determinadas personas o, de derechos sobre los bienes objeto del contrato de garantía. Ejemplo típico de garantía personal es la fianza y de garantías reales la prenda y la hipoteca; todas ellas constituyen seguridades adicionales a la solvencia del deudor y, por regla general, tienen vocación de hacerse exigibles ante el incumplimiento del deudor y se extinguen paralelamente con la obligación principal garantizada. En tratándose de una garantía hipotecaria, ésta confiere al acreedor el derecho de perseguir el inmueble hipotecado, sea quien fuere el que lo posea e independientemente del título a que lo haya adquirido, salvo por subasta pública ordenada por el juez.

2. LEY 550 DE 1999

- *Garantías Otorgadas Con Anterioridad A La Entrada En Vigencia De La Ley.*

La ley en su artículo 79 al referirse a la vigencia de la ley establece: *“El párrafo primero del artículo 14 de esta ley sólo se aplica a las garantías de terceros otorgadas con posterioridad a su entrada en vigencia. Las garantías preexistentes sólo podrán hacerse efectivas si transcurrido el plazo previsto en el artículo 27 de esta ley no se celebra un acuerdo; mientras tanto, podrán practicarse medidas cautelares; y la iniciación y la continuación de procesos judiciales contra el garante, al igual que la ejecución de las garantías reales o fiduciarias, se sujetarán a lo dispuesto en el literal b del párrafo segundo del artículo 14 de esta ley. (...)”*. (Se resalta)

De la interpretación sistemática de las normas transcritas habrá de concluirse que la exigibilidad de la garantía hipotecaria otorgada con anterioridad a la vigencia de la ley, se entenderá restablecida y, por ende, podrá hacerse efectiva, si transcurridos cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que queden definidos los derechos de voto NO se celebra el acuerdo, sin perjuicio de que tal exigibilidad sea objeto del acuerdo que se llegue a celebrar, en cuyo caso el acreedor garantizado no está facultado para votar lo pertinente y se requerirá la aceptación o ratificación expresa de la correspondiente estipulación por parte del tercero garante.

En efecto, cuando el artículo 79 ídem prevé que "las garantías preexistentes sólo podrán hacerse efectivas si transcurrido el plazo previsto en el artículo 27 de esta ley no se celebra un acuerdo", se está refiriendo a todos aquellos contratos accesorios que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empresario deudor admitido al trámite del acuerdo de reestructuración.

Se ocupan, entonces, los artículos 34 numeral 3° y 36 numeral 4° de la Ley 550 del restablecimiento automático de la exigibilidad de los gravámenes, valga decir garantías reales, y de las garantías fiduciarias constituidas con anterioridad a la celebración del acuerdo, lo cual se hará conforme a lo previsto en el artículo 138 de la Ley 222 de 1995; mientras que el artículo 79, en forma general, lo hace respecto de las personales, y reitera que mientras dura la negociación podrá adelantarse la ejecución judicial de ambas con las restricciones previstas en el literal b) del párrafo 2° del artículo 14 de la citada ley 550.

- Garantías Otorgadas Con Posterioridad A La Vigencia De La Ley 550 De 1999.

Ahora bien, el acreedor que cuente con garantías otorgadas por terceros con posterioridad al 30 de diciembre de 1999 no podrá dirigirse conjuntamente contra el deudor y el garante, como excepción a la regla general de la solidaridad prevista en el artículo 1571 del Código Civil en concordancia con el 825 del Código de Comercio, pues deberá optar, de manera excluyente, por hacer efectiva la garantía otorgada por terceros o perseguir el cobro de la acreencia directamente del empresario abocado al acuerdo, informando su decisión por escrito al promotor dentro de los diez (10) días siguientes a la iniciación de la negociación. Sin perjuicio del beneficio de excusión y de división cuando se trate de una fianza, pues, por el primero de ellos, el fiador ocupa una posición subsidiaria y no solidaria, facultándolo la ley para exigirle al acreedor que se dirija primero contra los bienes del deudor principal y solo en caso de insolvencia proceder en su contra.

Mientras que por lo segundo, la existencia de un número plural de fiadores permite a cualquiera de ellos demandarlo para el pago o solicitar la división de la deuda entre los cofiadores de manera que sólo sea obligado al pago de la parte proporcional. Pero si optó por hacer efectiva la garantía y esta fue otorgada por una persona natural, su ejecución podrá llevarse a cabo con las restricciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley 550, la cual se levantará cuando transcurrido el plazo para la celebración del acuerdo respectivo este no se celebra. Lo anterior significa que durante el término de negociación del acuerdo y hasta los cuatro (4) meses subsiguientes a la fecha en que queden definidos los derechos de voto, el acreedor que se encuentre en las circunstancias anotadas, no podrá satisfacer su obligación vía ejecución de las garantías otorgadas por terceros personas naturales.

Si vencido dicho plazo no llegare a celebrarse el acuerdo, estará habilitado para culminar la ejecución de la citada garantía y obtener la satisfacción de la obligación, en los términos del literal f) ídem, que en su tenor literal establece: "*f) Transcurrido el plazo previsto en el artículo 27 de esta Ley, sin que se celebre un acuerdo de reestructuración, el acreedor podrá hacer valer sus derechos de cobro respecto del inmueble en cuestión e, igualmente, podrá adelantarse el remate judicial y dicho bien podrá ser enajenado a cualquier título en caso de no pesar sobre él alguna medida cautelar.*"

De otra parte, nótese que el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley se aplica respecto de garantes personas naturales que hayan otorgado la garantía o se hayan obligado solidariamente antes o después de la vigencia de la misma, lo cual significa, en últimas, la aplicación del mismo tratamiento restrictivo tanto para el acreedor en cuyo favor se otorgaron garantías o se obligaron terceros solidariamente antes de la vigencia de la Ley, como para aquél al que se le constituyeron con posterioridad a la misma.

En consecuencia, la diferencia sustancial y práctica de la aplicabilidad del párrafo primero del artículo 14 para aquellas garantías otorgadas con posterioridad a la vigencia de la ley y su no aplicabilidad para aquellas otorgadas con anterioridad, radica en el hecho de que a los acreedores beneficiarios de las primeras les asiste la posibilidad de hacerlas efectivas sin restricción alguna, cuando se trate de garantes distintos a persona natural y así lo manifiesten al promotor en el término indicado, en cuyo caso no participarán en la negociación del acuerdo, mientras que los acreedores beneficiarios de las segundas deberán, necesariamente, estarse a las resultas del acuerdo, sin perjuicio de que puedan adelantar la ejecución de la garantía (otorgada por persona natural o jurídica) con las restricciones temporales y procesales señaladas.

Al respecto, resulta pertinente para nuestro análisis mencionar un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Junio 6 del año en curso, con ponencia del Doctor ALVARO TAFUR GALVIS, mediante el cual se estudia la posible inconstitucionalidad de los párrafos uno y dos del artículo 14, como también el inciso tercero del artículo 79 de la Ley 550 de 1999, dado que, a criterio del actor, ellos vulneran los artículos 13, 58, 150 inciso 2, 158, 333 y 334 superior. El punto de confusión que se plantea en este fallo es respecto a aquellos créditos que además de la garantía de la empresa, tienen garantías de terceros y que existían ya antes de que entrara a regir la Ley 550 de 1999 y aquellos mismos créditos pero que hubiesen sido otorgados con posterioridad a la vigencia de la Ley 550 de 1999. La H. Corte Constitucional, de forma acertada, analizó cada uno de los principios que rige la Ley 550 y luego de estudiar los cargos formulados, concluyó que las normas mencionadas se ajustaban a nuestra Carta Política salvo la expresión “*antes que*” del inciso tercero del artículo 79 de dicha ley.

En uno de los apartes de este fallo, la Corte señala que su decisión se fundamenta en que “los derechos de garantía regulados por el derecho común, no puedan ser modificados, cuando así lo requiera la seguridad del tráfico, o las necesidades específicas de la economía, para limitarlos -en un caso a elección del acreedor y en el otro por el imperio de la ley-, por la función social que les corresponde asumir a los operadores del tráfico jurídico en el saneamiento y supervivencia de la empresa en crisis; pero si lo es que tal previsión pretenda hacerse efectiva a derechos adquiridos antes de entrar en vigencia la ley”. Afirma que estos dos artículos tratan en forma diferente los derechos de garantía otorgados por terceros, para respaldar los créditos de la empresa incurso en un proceso de reestructuración, respecto del tratamiento que recibe el mismo sujeto ante la moratoria del deudor, según los dictados del derecho común y del derecho concursal, ello constituye una medida diseñada por el legislador en uso de sus atribuciones constitucionales para intervenir la economía a fin de conjurar una situación de crisis, que desarrolla los fines alcances y límites que la misma ley precisa.

Sobre la situación de los fiadores y de los deudores solidarios, sostiene que es un tema recurrente de los mecanismos, que el legislador diseña para lograr la recuperación empresarial, habida cuenta que se requiere dilucidar los efectos de los convenios de masa y de los procesos concursales respecto de quienes participan en calidad de deudores y acreedores, como también de quienes sin intervenir podrían resultar afectados, debido a la relación entre su situación jurídica y la de quienes afianzan.

Así, en oportunidades las disposiciones que regulan los mecanismos concursales separan a fiadores y deudores solidarios de los efectos propios del concurso, en otras, expresamente sujetan la extinción y modificación de tales garantías a las reglas del derecho común. Y, algunos ordenamientos conminan al acreedor a optar por hacer parte del acuerdo o por perseguir al tercero garante, o cuando menos mantener informado al concurso de las resultas de la ejecución extraconcursal emprendida.

Sin duda, esta ley abre un camino para lograr la recuperación de la empresa en crisis, benefician a terceros garantes y en ningún momento desconocen los derechos adquiridos de los acreedores, lo que permite que las disposiciones de la misma contribuyan con la reactivación empresarial brindando confianza y conservando el principio de buena fe en el otorgamiento del crédito mercantil.

III. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD OBJETIVA EL CARÁCTER UNIVERSAL DEL PROCESO CONCURSAL

Dentro de los distintos tipos de procesos la doctrina procesalista¹⁵ ha distinguido el proceso singular y el proceso universal. El *singular* cuyo objeto consiste en una o más pretensiones o peticiones referentes a hechos, cosas o relaciones jurídicas específicamente determinadas. El *universal* es el que versa sobre la totalidad de un patrimonio con miras a su liquidación y distribución, o cuando en virtud del fuero de atracción se ventilan a un mismo tiempo diferentes acciones pertenecientes a diversas personas para la liquidación de un activo común; más que un proceso es un procedimiento.

El principio de la universalidad implica dos expresiones a saber: La universalidad del patrimonio y La universalidad de acreedores. Ante la existencia del patrimonio cesante, y cualquiera que fuera el objetivo final del mismo, para efectos del remedio preventivo o la liquidación, resulta imprescindible unificar la totalidad del patrimonio del deudor – prenda común de los acreedores- y también la totalidad de relaciones jurídicas que se han establecido.

La universalidad del concurso, que produce efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, lleva implícita la conveniencia de concretar ante una misma entidad, el interviniente en el concurso, todos los juicios, en sentido amplio, que afecten el patrimonio

¹⁵ HILDEBRANDO LEAL PEREZ. *Procesos y Procedimientos Mercantiles*”, Bogotá, Editorial LEYER, 1994.

del concursado, considerado como una universalidad jurídica, así lo indica la ley 550 de 1999 en su artículo 14, enfocado desde la perspectiva del principio de la universalidad objetiva, ya que se pretende evitar que parte del patrimonio del deudor que pueda quedar comprometido en otros procesos se pueda perder, toda vez que los procesos ejecutivos y en especial la práctica de las medidas cautelares, tienen un efecto perturbador sobre el patrimonio del deudor pues impide la realización de sus bienes y en ocasiones limita el desarrollo normal de sus actividades.

De la lectura de la disposición transcrita se colige que el efecto procesal de la iniciación de la negociación se compone de dos partes a saber: 1) La imposibilidad para iniciar nuevos procesos ejecutivos y; 2) La imposibilidad para continuar con los ya iniciados, lo cual se traduce en la suspensión de los mismos.

En cuanto al fuero de atracción patrimonial, este se hace efectivo debido a que el proceso universal involucra la totalidad del patrimonio del deudor y también funciona exclusivamente respecto a los procesos en los cuales el deudor es sujeto pasivo, no cuando actúa como accionante¹⁶.

A. LA TEORIA DEL PATRIMONIO Y LA RESPONSABILIDAD DE SU TITULAR

B.

El patrimonio, respecto de los bienes que lo integran y las deudas asumidas por la persona, representa para los acreedores de su titular la seguridad del cobro de sus acreencias. De ahí la expresión clásica según la cual se considera el patrimonio como la prenda común de los acreedores en razón a que “si el deudor satisface voluntariamente la prestación, la obligación se extingue; si se resiste a ello, el acreedor que por normativa legal viene facultado a requerir del órgano jurisdiccional competente la asistencia del imperium jurisdiccional para obtener el cumplimiento de lo que le es debido, recurre a la expropiación del o de los bienes de su deudor para cubrir su crédito” entonces esa ejecución forzada de que habla Hildebrando Leal en su obra “Procesos y Procedimientos Mercantiles”, puede localizarse en la ejecución colectiva y frente a este punto señala más adelante que la ejecución colectiva está caracterizada porque:

1. Su inicio tiene por fuente la existencia del estado de cesación de pagos.
2. Todos los acreedores quedan sujetos a la regla de igualdad (par conditio creditorum).
3. Además de las acciones de derecho común contra actos lesivos al principio de responsabilidad hacia los acreedores, el ordenamiento otorga también acciones especiales como la revocatoria concursal.
4. El deudor fallido queda desapoderado de sus bienes.
5. El proceso es de naturaleza publicista.
6. Queda afectado el interés del comercio y de la economía crediticia.

¹⁶ LILIANA TERESITA NEGRE DE ALONSO. *Los Acreedores Laborales en el Proceso Concursal*, Santa Fe – Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1996.

B. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD OBJETIVA
A LA LUZ DE LA LEY 550/99

I. ACCIONES REVOCATORIAS

La acción revocatoria supone traer al escenario concursal unos bienes del deudor que salieron de su patrimonio en el periodo de sospecha¹⁷ y por ello los actos que en el se realizan deben ser analizados dentro del concurso, pues comportaron la extinción de una obligación, el establecimiento de privilegios, desventajosos o en general, cualquier actuación que signifique una situación mas gravosa para los otros acreedores.

La Superintendencia de Sociedades es competente para conocer de las acciones revocatorias y de simulación que surjan con ocasión de la celebración de los actos o contratos, dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, cuando se trata de:

1. La extinción de obligaciones, daciones en pago, otorgamiento de cauciones, contratos de garantía, contratos de fiducia mercantil, ventas con pacto de recompra, contratos de arrendamiento financiero que involucren la transferencia de activos de propiedad del empresario (leaseback) y en general, todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del empresario, que causen un daño directo cierto, incluso futuro, a los acreedores.
2. Todo acto a título gratuito que demerite el patrimonio afecto a la empresa.
3. Los actos y contratos celebrados o ejecutados con los administradores de cualquier empresario, de forma societaria o no a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, con los socios, los controlantes y las personas a que hacen referencia los literales a), b), c) y d) del inciso 3° del artículo 20 de la presente ley, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales (...)"¹⁸.

Cuando se esté en presencia de una de las situaciones indicadas en el artículo 39 de la Ley 550 de 1999, podrán adelantarse las acciones correspondientes ante la Superintendencia, entidad que las tramitará en única instancia y a través de proceso verbal sumario; excluyendo entonces tangencialmente de su competencia las que allí no figuren, es decir, que si se trata de acciones revocatorias y de simulación o cualquier otra

¹⁷ Período anterior en el cual se presume la insolvencia patrimonial del deudor.

¹⁸ Ley 550 de 1999, Artículo 39.

que sea procedente en el caso de obligaciones o conciliaciones laborales, se deberán intentar ante la justicia laboral

El art. 71 de la ley regula el particular en los procesos concursales en los siguientes términos: *“las acciones a que se refieren los artículos 183 y 184 de la Ley 222 de 1995, podrán ser interpuestas también por la Superintendencia de Sociedades; y en el trámite de la acción prevista en el artículo 146 de esa misma ley, el juez competente podrá decretar las medidas cautelares previstas en su artículo 190”*. De acuerdo a lo anterior, en virtud del ejercicio de tales acciones cuando fuere necesario asegurar las resultas de estas, el juez competente si lo considera oportuno, de oficio o a petición de parte sin necesidad de caución, decretará el embargo y secuestro de bienes, la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio resulte útil para los fines enunciados.

Quienes hayan contratado con el deudor y los causahabientes de mala fe de quien contrato con este, estarán obligados a restituir al patrimonio liquidable, las cosas enajenadas en razón de la revocación o la declaración de simulación. Si la restitución no fuere posible se ordenará entregar al liquidador el valor de las cosas en la fecha de la sentencia, deducidas las mejoras útiles y necesarias plantadas por el poseedor de buena fe.¹⁹

Quienes habiendo contratado de buena fe con el deudor, hubieren sido vencidos, tendrán derecho a participar en la liquidación, a prorrata con los demás acreedores por el monto de lo que dieron al deudor como contraprestación²⁰.

2. CAPACIDAD DEL DEUDOR - GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS

No se protege al deudor por su calidad sino por la actividad económica que desarrolla y la riqueza que genera, por la necesidad de conservar una fuente generadora de empleo y capital. Es allí donde se puede diferenciar entre el deudor y la empresa. La ley para proteger su objetivo de *promover y facilitar 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*, incluso por encima de lempresario o los acreedores.

La ley establece al regular los efectos de la apertura de un acuerdo de reestructuración, que el deudor solo puede realizar aquellas operaciones que correspondan al giro ordinario de sus negocios, no siendo permitido tampoco que garantice obligaciones de terceros o que constituya garantías reales para amparar sus propias obligaciones. Esta restricción tiene sustento en que el patrimonio del deudor es garantía de todas sus obligaciones, aunado al hecho de que la constitución de garantías reales comporta la creación de obligaciones con privilegio legal, lo cual se traduciría en la atención prioritaria de este tipo de acreencias por encima de aquellas que carecen de privilegio.

¹⁹ Ley 222 DE 1995 art. 190.

²⁰ *Ibíd.*

Las operaciones del capital y bienes del deudor se restringen al giro ordinario de sus negocios esto es el objeto social principal de la compañía²¹, entendiéndose por tal, el negocio que la sociedad se propone realizar, y que se expresa en la cláusula respectiva de la escritura social, mediante una enumeración clara y completa de las actividades principales de la misma.

La definición del objeto social recoge en sí mismo varias precisiones que a su turno compilan la base sobre la cual se estructura la regulación en este tema, en donde se permite advertir la existencia, con distinto grado de intensidad, de un común denominador: la noción de actividad, esto es, el cumplimiento de actos concatenados e interrelacionados orientados al logro de una finalidad, que se encuentra limitada por las declaraciones de voluntad de los otorgantes del negocio constitutivo del régimen específico de la sociedad comercial. De acuerdo con lo planteado por Gaviria Gutiérrez “el objeto social tiene un significado de mayor amplitud, que el giro ordinario, pues aquel comprende, cuanto acto sea necesario o conveniente para realizar el fin social propuesto, ya sea de simple gestión ordinaria, ya de gestión extraordinaria.”²².

Resulta entonces, que el objeto social puede clasificarse, como el género y el giro ordinario de los negocios, como una especie de aquel, por lo cual cuando se hace referencia a este se entiende una limitación en cuanto solo tiene facultades para realizar negocios dentro del giro ordinario, no puede adelantar todas las actividades previstas en el objeto social, sino solo aquellas que pertenecen a la gestión ordinaria de dichos negocios²³.

Las actividades que se enmarcan dentro del giro del objeto social secundario²⁴, son susceptibles de ejecución por parte de la empresa a condición de existir una relación de subordinación entre la ejecución de cada uno de dichos actos y el objeto principal de la compañía de que se trate, partiendo entonces de una relación de causalidad de medio a fin, de manera que la operación secundaria permita o conduzca a la realización del objeto social principal²⁵.

3. MEDIDAS CAUTELARES

La universalidad en un concurso liquidatorio se concreta con las medidas cautelares de embargo y secuestro sobre todos los bienes del deudor, pues todos ellos quedan afectos a la acreencia, es decir, se afecta la masa (bienes del deudor). Por otro lado cuando el

²¹ Advirtiendo una relación entre los conceptos y no una equiparación de los mismos.

²² ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ. Medellín – Colombia, Biblioteca jurídica DIKE, 1996.

²³ JULIO BENETTI. Guías para la Especialización de Derecho Comercial, Bogotá, Universidad Externado de Bogotá Colombia, 1996.

²⁴ El integrado por aquellas actividades que permiten y facilitan el desarrollo efectivo del objeto social principal.

²⁵ Aquel cuya actividad o actividades de manera general, constante y primordial, deberá desarrollar la sociedad según lo establecido en los estatutos.

concurso es recuperatorio la universalidad juega un papel diferente, no se toman los bienes para pagar los créditos según el respectivo orden de preferencia sino que se conservan cuando son bienes operacionales puesto que el objetivo es continuar con la actividad económica de la empresa. Entonces frente a la situación de reestructuración que plantea la ley 550 de 1999, por tratarse de un trámite recuperatorio no se embargan todos los bienes del deudor ya que sus actividades se restringen al giro ordinario de los negocios, salvo, claro está, que alguna autoridad le autorice una operación diferente (artículo 17 Ley 550 de 1999).

Efectivamente, de conformidad con los artículos 14 y 79 de la ley 550 de 1999, los efectos del comienzo de la negociación de un acuerdo de reestructuración se traducen en la suspensión de los procesos ejecutivos que se encuentren en curso en contra de la empresa, de suerte que todas las actuaciones que se lleven a cabo dentro éstos con posterioridad a la fecha en que se dio inicio a la negociación, estarán viciadas de nulidad. Asimismo, en lo que concierne a las garantías y las obligaciones solidarias contraídas con anterioridad a la promulgación de la ley de reactivación económica, esto es, antes del 30 de diciembre de 1999, si bien es posible que el acreedor continúe tramitando los procesos ejecutivos en contra de los codeudores, tales procesos deben suspenderse respecto de la empresa deudora y no es por lo tanto posible que se lleguen a practicar medidas cautelares sobre los bienes de su propiedad.

a. MEDIDAS CAUTELARES Y ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN.

Un aspecto que cobra especial importancia es la regulación en materia de medidas cautelares en la ley 550. En efecto, como quiera que el instrumento del acuerdo de reestructuración tiene carácter fundamentalmente contractual, la ley no contempló el decreto y práctica de medidas cautelares como sucede en el concordato, que tiene el carácter de proceso. No obstante, los acreedores cuentan con un mecanismo de protección referido al hecho de que la capacidad del deudor se encuentra circunscrita al giro ordinario de sus negocios, al punto que la omisión de tal limitación acarrea la sanción de ineficacia de pleno derecho, protegiendo en consecuencia el patrimonio del deudor y de contera los derechos de los acreedores. En este sentido, la cautela real (embargo y secuestro) que ha sido concebida como un mecanismo de protección de los derechos de los acreedores, carece de justificación pues ellos cuentan con una herramienta sólida que asegura de manera efectiva sus derechos, frente a los actos que pudiera realizar el deudor.

Ahora bien, tratándose de medidas cautelares decretadas en los procesos ejecutivos debe advertirse desde ya, que la ley guardó silencio acerca de su suerte con ocasión de la iniciación de la negociación; limitándose a establecer la suspensión de los procesos ejecutivos. No obstante lo anterior, este silencio no permite concluir que las medidas cautelares se levantan, pues ello requeriría de norma expresa sobre el particular. Empero, si bien las medidas cautelares no se levantan, es necesario precisar que tal hecho no implica que las mismas puedan seguir ejecutándose como enseguida se expone. Es así que tratándose de dineros depositados en una cuenta corriente o de derechos derivados de una posición contractual, no obstante que la cautela queda consumada con la

comunicación a la entidad bancaria o al contratante, sus efectos se prolongan en el entendido que las sumas de dinero futuras que se depositen en la cuenta corriente bancaria o que deba pagar el deudor quedarán sujetas a ella²⁶.

En relación con estas situaciones, el alcance de las medidas cautelares decretadas y practicadas sobre derechos de crédito o dineros depositados en cuenta corriente, se limita a aquellas sumas consignadas a órdenes del respectivo Despacho con anterioridad a la negociación, sin que sea posible en consecuencia extender los efectos de la cautela a las sumas causadas o generadas a favor del deudor, con posterioridad a la iniciación de la negociación.

Pese a que la norma precisa que el embargo se extiende a las sumas posteriores, es de advertir que tales reglas parten del supuesto de que la cautela y el proceso del cual depende se encuentren vigentes, lo cual no sucede tratándose de procesos ejecutivos iniciados con antelación a la negociación, pues ellos por mandato legal se encuentran suspendidos; suspensión que se extiende a las cautelas en atención a su carácter accesorio. Esto nos permite concluir que las sumas generadas con posterioridad a la iniciación de la negociación, no pueden seguir siendo consignadas a órdenes del juez; pues el proceso en el cual se decretó se encuentra suspendido por lo que la autoridad judicial no puede ejercer las atribuciones que el ordenamiento le asigna sobre las cautelas, V. fr. decretar su levantamiento, u ordenar la conversión del título judicial en un CDT a petición de las partes, etc.

De otra parte, debe reiterarse que la instrumentalidad propia de toda cautela pierde justificación en este caso, en el sentido que de acuerdo con las disposiciones que regulan los acuerdos de reestructuración, no resulta posible que el acreedor que adelantaba el proceso ejecutivo satisfaga su acreencia con los bienes embargados, pues la concursabilidad impone que la satisfacción de su acreencia deba darse en las condiciones de igualdad que se establecen en el acuerdo. Sin embargo, hay que aclarar que aún cuando opere el embargo de los bienes de la sociedad, este no implica también el de las acciones o cuotas en que se encuentra dividido el capital social, toda vez que éstas son de exclusiva pertenencia de los asociados y no de la sociedad, y por lo tanto no se hace extensiva a ellas la consecuencia jurídica que dicha medida impone, cual es su indisponibilidad, es decir que queden fuera del comercio; de ahí que no hay lugar en este caso a la aplicación del numeral 7 del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto hace a la medida del embargo frente a la citada Ley 550, es claro de acuerdo a una interpretación sistemática de la misma, que las medidas cautelares decretadas sobre bienes del empresario con anterioridad al inicio de la negociación, en los términos de los artículos 14 inciso 1 y 34 numeral 2 de la ley, continúan vigentes hasta antes de la celebración del acuerdo de reestructuración y se levantarán por efecto de haberse celebrado el acuerdo.

²⁶ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles. *Concepto Superintendencia de Sociedades*, 2 de mayo de 2000.

Lo anterior se explica en el entendido que como quiera que la acreencia cuyo cobro ejecutivo se perseguía y a favor de la cual se decretaron y practicaron las medidas cautelares, estará sujeta a los términos en que se celebró el acuerdo, de suerte que no procederá mantenerlas una vez se haya celebrado.

b. SUSPENSIÓN DE PROCESOS EJECUTIVOS COMO CONSECUENCIA DE LA INICIACIÓN DE LA PROMOCIÓN DE UN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS.

La iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración genera efectos respecto del deudor, de sus acreedores y de las relaciones jurídico-económicas en las cuales interviene. Uno de los efectos procesales corresponde a la suspensión de los procesos ejecutivos que se adelantan contra el empresario que negocia un acuerdo de reestructuración, y al respecto cabe preguntarse, ¿cuál será la suerte de las medidas cautelares decretadas y practicadas en los procesos ejecutivos anteriores a la negociación, procesos que por mandato legal se encuentran suspendidos?. Para responder este interrogante se hace necesario efectuar algunas consideraciones en relación con los fenómenos de la suspensión e interrupción del proceso.

Tanto la interrupción como la suspensión son temporales, en el sentido que impiden de manera transitoria el ejercicio de la jurisdicción pero no comportan la finalización del proceso, pues no constituyen causas típicas, atípicas o anormales de terminación. De lo dicho se colige que es de la esencia de estas figuras, la posibilidad de continuación o reanudación del proceso afectado con ellas, teniendo en consecuencia el proceso interrumpido o suspendido con vocación de continuación.

Si bien la ley 550, al igual que la ley 222 de 1995 y el Decreto 350 de 1989 habló de suspensión de los procesos ejecutivos, debe tenerse en cuenta que tal suspensión no corresponde a lo que tradicionalmente se conoce como suspensión procesal, pues esta requiere de pronunciamiento del juez; el cual no se exige en tratándose de la suspensión que regula ley 550, pese a que adiciona el artículo 170 del estatuto procesal civil que gobierna la suspensión procesal, toda vez que opera por mandato legal y de pleno derecho y no requiere por consiguiente del pronunciamiento del juez que conoce del proceso ejecutivo. Corrobora este aserto, el hecho de que las actuaciones adelantadas con posterioridad a la iniciación de la negociación son nulas, independientemente de que el juez ordinario tenga o no conocimiento de tal suceso. Bajo este entendido podría decirse que si bien la ley habló de suspensión, la forma como se reguló corresponde más a una interrupción.

El proceso ejecutivo suspendido como consecuencia de la iniciación de la negociación no tiene vocación de reabrirse, en la medida que si hay acuerdo dentro de la promoción no tiene razón de ser el proceso ejecutivo, pues las obligaciones que en él se cobraban estarán sujetas a los términos del acuerdo y en el evento que la promoción fracase habrá lugar a la iniciación de la liquidación obligatoria, en cuyo caso deberán incorporarse todos los procesos ejecutivos en curso contra el deudor.

Con ocasión del carácter contractual de la figura, la iniciación de la negociación no comporta la remisión del proceso a ningún funcionario, sino que el proceso suspendido sigue bajo la órbita del juez que lo estaba conociendo. Esta circunstancia, pone de presente que algunos de los aspectos accesorios del proceso, como lo son las medidas cautelares siguen dependiendo del juez ordinario.

4. ACCIONES SEPARATORIAS

En razón a que las obligaciones son garantizadas por el patrimonio esta acción lo que busca es excluir aquellos bienes que estando bajo el poder del deudor no son de él, sino de terceros y por lo tanto, no pueden servir de garantía de sus obligaciones. No son bienes que están en el patrimonio del deudor sino bajo su amparo, v.gr los bienes que hacen parte de un contrato de consignación. Estos bienes que no son del deudor no pueden servir de respaldo de sus obligaciones. Esta acción tiene razón de ser en un concurso liquidatorio, no recuperatorio pues en el continúa la actividad, en atención al objetivo de amortización empresarial.

De este modo podemos considerar que esos bienes que están excluidos del patrimonio, se encuentran señalados taxativamente por la ley 222/95 en su art. 192 así:

Bienes excluidos del patrimonio a liquidar:

1. Las mercancías que tenga el deudor en su poder a título de comisión.
2. Los títulos de crédito que se hayan enviado o entregado al deudor para su cobranza y los que haya adquirido por cuenta de otro, siempre y cuando estén emitidos o endosados directamente a favor del comitente.
3. El dinero remitido al deudor fuera de cuenta corriente, en desarrollo de una comisión o mandato del comitente o mandante.
4. Las mercancías que el deudor haya adquirido al fiado, mientras no se haya producido su entrega.
5. Los bienes que tenga el deudor en calidad de depositario.
6. Las prestaciones que por cuenta ajena, se estén debiendo al deudor, a la fecha de la apertura del trámite liquidatorio, si del hecho hubiere por lo menos un principio de prueba.
7. Los documentos que estén en poder del deudor, siempre que los hubiere recibido por cuenta de un comitente, aun cuando, no estén otorgados a favor de éste.
8. En general, las especies que aún encontrándose en poder del deudor pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberá acreditar la prueba suficiente.

El procedimiento que se sigue frente al particular también lo regula la ley 222/95 así: El liquidador hará entrega de los bienes que no formen parte del patrimonio a liquidar, a quien lo solicite por escrito, antes de que éstos hayan sido enajenados, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Acompañe prueba suficiente del derecho que le asiste.
2. Obtenga concepto previo favorable de la junta asesora del liquidador.

Cumplidos los requisitos, se procederá a la entrega, para lo cual el liquidador levantará un acta en la que se identificará el bien que se excluye y entrega, así como el estado del mismo, y la que deberá suscribirse por el liquidador y quien reciba. Las copias se remitirán a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los cinco días siguientes a la entrega. Tales documentos servirán como soporte para descargar dicho valor de la contabilidad y modificar el inventario practicado.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El derecho concursal se ha establecido con el fin de garantizar la continuidad de la empresa como institución fundante del orden general y armónico de la sociedad. No se trata simplemente de defender una situación individual o de hacer valer derechos unipersonales, se trata de algo más complejo, de proteger a la empresa como actividad económica, que genera estabilidad y seguridad en la sociedad.

Así tenemos que los criterios básicos del derecho concursal reflejan la protección de toda la organización económica, es decir que se protege a la empresa como tal tratando de desligar al empresario como ente de satisfacción individual, teniendo en cuenta que dentro de cualquier economía existe la concatenación de patrimonios, que implica la unión de eslabones que trabajan concurrentemente para que el sistema funcione, de manera que se trate de evitar el llamado efecto domino por la caída de estos eslabones.

Además de la protección de la economía en general, se protege también a los acreedores del deudor en concurso, por medio de medidas cautelares para que estos puedan garantizar su satisfacción, pero claro esto dentro de un orden jurídico establecido por las reglas acordadas en el proceso concursal teniendo en cuenta la situación real de la empresa; de allí que se proteja a todos los acreedores de ellos mismos. Esto es lo que realmente le da sentido al concurso, porque supone un todo ordenado, disciplinado, que va en contra de la satisfacción individual o separada. Hay que suponer entonces que el proceso concursal funciona cuando se trabaja en un escenario de igualdad, es decir que existe una situación que implica pluralidad y que comporta unas reglas acordadas que deben ser respetadas.

Se define aquí el principio de igualdad como aquel mediante el cual todos los acreedores de la empresa en dificultades económicas quedan bajo un pie de similitud frente al deudor común, mediante una regulación igualitaria de todas sus relaciones y, respetando

en todo caso la prelación otorgada por la ley. Así, se determina que todos los acreedores deben hacerse parte en el proceso en donde se les reconoce los mismos derechos y deberes procesales, lo cual no significa que sustancialmente estén en un mismo nivel, es decir que se respeta la prelación legal de crédito.

Una de las consecuencias más importantes derivadas del principio de igualdad, es la imposibilidad de ser satisfechos los acreedores mediante una ejecución singular, es decir no pueden subsistir paralelamente juicios o reclamaciones privadas, puesto que esto permitiría que uno o varios acreedores quedaran por fuera de las condiciones señaladas en el concurso, es así como se habla de una excepción de la regla de “primero en el tiempo, primero en el derecho”, que es característico de la ejecución singular²⁷.

El concurso entonces implica que la crisis económica de la empresa sea reparada mediante una regulación de todas las relaciones, así la justificación de la variación en las reglas de juego para los acreedores encuentra su razón de ser en las finalidades del concurso, garantizando la protección de varios intereses como lo son la empresa misma, el empresario, los acreedores y la sociedad económicamente organizada. El concurso no conlleva a un pago por igual sino a un pago de acuerdo al orden y en la proporción que establece la ley, no todos los acreedores merecen igual atención razón por lo cual se habla de graduación y prelación de créditos según su naturaleza y cuantía.

Este principio no significa que haya nivelación o equiparación entre todos los acreedores: A cada acreedor le corresponde la suerte personal que su posición respectiva les asigna. Es decir que la regla respeta las causas legítimas de prelación, ello forma parte de la misma regla²⁸.

El concurso se caracteriza por ser un proceso colectivo, que tiene como base una regla de justicia. Se liquida la totalidad de los bienes del deudor, con su producto se pagan todas las deudas íntegramente, si el dinero obtenido alcanza para ello, o en caso contrario y en prorrata según las categorías y privilegios respetando el principio básico de igualdad. Así, la reglamentación de las relaciones intersubjetivas dentro del concurso deben ser realistas, ya que están obligadas a acomodarse a una situación patrimonial de insuficiencia y proponer un tratamiento igualitario para todos los acreedores. Es por esto que se dice que la *par conditio creditorum* implica que si bien los acreedores participan en común de las pérdidas dimanantes de la insuficiencia patrimonial del deudor no las compartirá en igual medida, sino solo dentro de la posición de la ley le asigne a sus respectivos créditos²⁹.

En conclusión, tenemos que el principio de igualdad se define como aquel derecho radicado en cabeza en cada uno de los acreedores, que ante el hecho de la insolvencia del deudor, cada una de las acreencias serán satisfechas en pie de igualdad, respetando cada una de las condiciones a las que están sometidas sus créditos, tales como privilegios o cuantías.

²⁷ PROVINCIALI. *Esecuzione collettiva e creditore unico*, p.12

²⁸ BONFANTI y GARRONE. *Concursos y Quiebra*, cit., p. 48.

²⁹ JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Curso De Derecho Mercantil*, segunda edición, México, 1952.

A. ANÁLISIS DEL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA LEY 550 DE 1999.

| Ley 550 de 1999. | |
|--|---|
| <p><i>Artículo 6. Promoción de los acuerdos de reestructuración. Los acuerdos de reestructuración podrán ser promovidos a solicitud escrita de los representantes legales del respectivo empresario o empresarios, o de uno o varios acreedores; o promovidos de oficio por las Superintendencias de Valores, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Transporte, Nacional de Salud, del Subsidio Familiar, de Vigilancia y Seguridad Privada, de Economía Solidaria y de Sociedades, tratándose de empresarios o empresas sujetos, respectivamente, a su vigilancia o control, de conformidad con las causales previstas en las normas vigentes.</i></p> <p><i>En las solicitudes de promoción por parte del empresario o del acreedor o acreedores, <u>deberá acreditarse el incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. En cualquier caso el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa.</u></i></p> <p><i>A la solicitud de promoción por parte del empresario se adjuntarán: la constancia</i></p> | <p>El presente artículo es una expresión del principio de igualdad desde el punto de vista procesal, puesto que los presupuestos exigidos por la ley con el fin de iniciar el acuerdo de reestructuración, no discriminan el tipo de acreencia o condiciones especiales que permitan el desarrollo específico de unas calidades de determinado crédito, sino que al contrario partimos de que para dar inicio al proceso deben acreditarse los supuestos de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, 2. o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. 3. El valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa. <p>De igual manera, encuentra expresión del principio de igualdad en el presente artículo la exigencia de la ley en cuanto a los documentos que deben acompañar la solicitud consistentes en los estados financieros, puesto que se entiende que estos contienen la relación de los pasivos de la empresa y que al estar suscritos por</p> |

| | |
|--|--|
| <p><i>de autorización del órgano competente de la persona jurídica, cuando ella se requiera; <u>la documentación a que se refiere el artículo 20 de esta ley</u>; la constancia de haber renovado la matrícula mercantil del empresario, cuando exista la obligación legal de estar matriculado; y una propuesta de bases para la negociación del acuerdo, sustentada en las proyecciones y flujos de caja que sean del caso.</i></p> | <p>el revisor fiscal o en su defecto por un contador, son verídicos y completos; por lo cual son expresión del principio de igualdad en cuanto garantizan la participación de todos los acreedores en la celebración del acuerdo. Este tema se desarrollará a mayor profundidad en el análisis del artículo 20.</p> |
| <p><i>Los empresarios o los acreedores que decidan solicitar la promoción del acuerdo, deberán hacerlo ante la Superintendencia que vigile o controle al respectivo empresario o a su actividad; tratándose de los empresarios no sujetos a esa clase de supervisión estatal, ante la Superintendencia de Sociedades, si son sucursales de sociedades extranjeras con actividad permanente en Colombia, o empresarios con forma de sociedad y con domicilio principal en el domicilio de las intendencias regionales de esa Superintendencia o en Santa Fe de Bogotá, D. C.; en los demás casos, ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del respectivo empresario, societario o no.</i></p> | <p>En este punto es importante tener en cuenta el concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades³⁰, en el que se aclara que existiendo como requisito de procedibilidad, el incumplimiento en el pago por más de 90 días de dos o más obligaciones mercantiles o la existencia de dos demandas ejecutivas para el pago de dos obligaciones mercantiles, debe entenderse como todas aquellas que tengan origen diverso al aporte en el capital social del ente tengan los accionistas, socios, asociados o cooperadores, o el titular de las cuotas de la empresa unipersonal.</p> |
| <p><i>La solicitud o promoción oficiosa de un acuerdo de reestructuración de un empresario que, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo primero de la presente ley, tenga el carácter de persona jurídica pública o de economía mixta, y no esté sujeto a supervisión estatal por parte de ninguna Superintendencia, sólo podrá presentarse o iniciarse en la Superintendencia de Sociedades; tratándose de una entidad del nivel territorial, y cualquiera que sea el porcentaje de participación pública, la promoción corresponderá exclusivamente al Ministerio de Hacienda y Crédito</i></p> | <p>En el contexto de la ley de intervención económica, el pasivo susceptible de reestructuración corresponde a derechos de crédito y no al aporte o participación en el capital social del ente admitido o convocado a su aporte o participación en el capital social.</p> |

³⁰ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. *Concepto número 446075*, julio 5 de 2001.

| | |
|--|---|
| <p><i>Público, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de la presente ley.</i></p> <p><i>Parágrafo 1. Presentada la solicitud con el lleno de los requisitos previstos en la presente ley, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia o la Cámara de Comercio respectiva deberá aceptarla dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción.</i></p> | |
| <p><i>Artículo 11. Publicidad de la promoción del acuerdo de reestructuración. En la misma fecha de designación del promotor, la respectiva entidad nominadora deberá fijar en sus oficinas, en un lugar visible al público y por un término de cinco (5) días, un escrito que informe acerca de la promoción del acuerdo. Dentro del mismo plazo, el promotor inscribirá el aviso en el registro mercantil de las cámaras de comercio con jurisdicción en los domicilios del empresario y en los de las sucursales que éste posea, inscripción que estará sujeta a la tarifa establecida por el Gobierno Nacional para la inscripción de documentos en el registro mercantil; y también deberá informar de la iniciación de la negociación del acuerdo de reestructuración mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación en el domicilio del empresario y en los de las sucursales que éste posea.</i></p> <p><i>En dichos escritos y avisos se indicará, por lo menos, lo siguiente:</i></p> <p><i>1. Identificación completa del empresario o empresarios, con sus respectivos domicilios, direcciones y números de identificación tributaria. Si se hubieren presentado cambios en el domicilio, en la dirección o en el nombre del empresario durante el año inmediatamente anterior, deberán incluirse, además, los domicilios, direcciones y nombres anteriores.</i></p> <p><i>2. Identificación completa del promotor y, si fuere el caso, de los peritos que ya hubieren sido nombrados, con indicación</i></p> | <p>Este artículo es una expresión del principio de igualdad puesto que la publicidad en este caso cumple la función de informar acerca de la promoción del acuerdo La publicidad es el mecanismo dado en favor de todos los acreedores.</p> |

| | |
|--|---|
| <p><i>del nominador, de la dirección, del teléfono y de las demás señas que permitan entrar en comunicación con el promotor.</i></p> <p><i>Parágrafo 1. El promotor comunicará al respectivo nominador el cumplimiento de lo previsto en el presente artículo e inmediatamente podrá dar comienzo a la negociación.</i></p> <p><i>Parágrafo 2. No podrá negociarse un acuerdo de reestructuración de una empresa de los previstos en esta ley, si con anterioridad el respectivo empresario ha negociado uno de tales acuerdos sin llegar a celebrarlo.</i></p> <p><i>Parágrafo 3. El empresario deberá proveer al promotor de los fondos necesarios para los gastos correspondientes a la publicación prevista en este artículo.</i></p> | |
| <p><i>Artículo 12. Recusación del promotor y los peritos. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de inscripción del aviso en el registro mercantil a que se refiere el artículo anterior, el empresario o cualquier acreedor que pruebe en forma siquiera sumaria su calidad de tal, podrá recusar al promotor acreditando la existencia de una causal de recusación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la presente ley. El nominador resolverá la recusación dentro de los cinco (5) días siguientes a su presentación, mediante acto contra el cual no procederá recurso alguno; de encontrarla procedente, en el acto correspondiente designará el reemplazo o reemplazos y se dará otra vez cumplimiento a lo previsto en el artículo 7 de la presente ley.</i></p> <p><i>Para la recusación del promotor que se designe en reemplazo del promotor inicial, de los peritos o de su reemplazo, se tendrá un término de cinco (5) días,</i></p> | <p>Expresión del principio de igualdad en sentido procesal, puesto que busca la imparcialidad del juez en el momento de decidir.</p> <p>Sabemos que la recusación es una facultad que la ley concede a las partes para reclamar que un juez o uno o varios miembros, se aparten del conocimiento de un determinado asunto, por considerar que tienen interés en el mismo o que lo han prejuzgado.</p> |

| | |
|--|---|
| <p><i>contados a partir de la fecha de inscripción de la respectiva designación en el registro mercantil correspondiente.</i></p> | |
| <p><i>Artículo 14. Restricciones a la actividad del empresario durante la negociación.</i></p> <p><i>A partir de la fecha de iniciación de la negociación no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que estén en curso quedando legalmente facultados el promotor y el empresario para pedir la nulidad del proceso o pedir la suspensión al juez competente</i></p> <p><i>A partir de la fecha de iniciación de la negociación y salvo autorización expresa de la respectiva superintendencia, el empresario no podrá :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>✓ Constituir ni ejecutar garantías o cauciones otorgadas por el empresario a favor de los acreedores de la empresa .</i> <i>✓ Constituir o ejecutar encargos fiduciarios o contratos de fiducia mercantil constituido con bienes de la empresa cualquiera sea su finalidad</i> <i>✓ Efectuarse compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo</i> <i>✓ Efectuar enajenaciones de activos de la empresa.</i> <i>✓ Los acreedores pueden optar por hacer valer las garantías otorgadas por terceros.</i> <p><i>Parágrafo 1. El acreedor del empresario debe manifestar si opta por hacer efectiva su garantía de terceros y dicho garante es una persona natural:</i></p> <p><i>A) Durante la negociación del acuerdo no puede rematarse, enajenarse ni adjudicarse si corresponde a la vivienda personal del garante por no menos de dos años</i></p> | <p>Expresión del principio de igualdad puesto que el concurso evita que los acreedores se cobren según su mayor o menor diligencia; satisfaciendo unos íntegramente sus créditos y otros que no fueron tan diligentes, pero teniendo igual su derecho no fueron satisfechos en su acreencia. Esta es la razón por la cual se tiene como efecto del inicio de la negociación del acuerdo la suspensión del proceso.</p> <p>Así, en concepto dado por la Superintendencia de Sociedades se diferencian las clases de efectos relacionados con la iniciación del acuerdo, se habla de efectos patrimoniales, negociales, procesales y mixtos.</p> <p>Respecto a los primeros <i>Patrimoniales</i> o <i>negociales</i>, obedecen a una alteración de la autonomía del deudor no le resulta posible pagar de manera separada o individual las acreencias anteriores a la iniciación de la negociación, tanto que se considera como objeto ilícito del pago que se llegare a realizar y obedece a una manifestación del principio de igualdad.</p> <p>En esta medida se tiene que el deudor solo puede realizar aquellas operaciones que son exclusivas al giro ordinario de sus negocios, teniendo prohibido también garantizar obligaciones de terceros o constituir garantías reales para amparar sus propias obligaciones; esta medida se justifica por cuanto la prenda general de los acreedores, que es manifestación del principio de igualdad, en la medida que garantiza que las condiciones dadas por la ley, van a ser respetadas en una relación de igualdad para todos los participantes.</p> |

| | |
|--|--|
| <p><i>consecutivos anteriores a la iniciación del acuerdo.</i></p> <p><i>B) No podrán practicarse medidas cautelares que recaigan sobre el inmueble y podrán iniciarse o continuarse ejecuciones judiciales contra el garante hasta que quede en firme una cualquiera de las sentencias a que se refiere el 523 del C.P.C.</i></p> | <p>Ahora, respecto a los efectos procesales que tienen un alcance protector sobre la empresa y los demás acreedores, estos se manifiestan es las medidas cautelares que establece la ley, en la medida en que estas repercuten en el patrimonio del deudor, por cuanto afectan el normal desarrollo de sus actividades, además de cumplir con la finalidad de la ejecución colectiva, consistente en la satisfacción de todos los acreedores en contraposición a la ejecución individual, en donde se persigue la satisfacción exclusiva y excluyente del acreedor demandante.</p> <p>Otra manifestación del principio de igualdad se presenta en la modificación de las normas relativas al tratamiento de las garantías, en la medida en que el criterio de solidaridad establecido en el artículo 1571 del Código Civil, es reemplazado por una nueva regla consistente en que el acreedor debe u optar por hacer efectiva las garantías otorgadas por terceros o proseguir el cobro de las acreencias directamente. Decimos que esta norma es expresión del principio de igualdad, en la medida en que existen una serie de requisitos preestablecidos por la ley que deben ser cumplidos al momento de hacerlas efectivas. Reglas de juego en donde no existen discriminaciones, en las que todos los acreedores tienen la opción de escoger independientemente de la clase de acreencia.</p> |
| <p><i>Artículo 15. Continuidad de contratos. Por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario; y se tendrá por no escrita la cláusula en que se pacte que dicha promoción o iniciación sea causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo.</i></p> <p><i>Son ineficaces, sin necesidad de</i></p> | <p>Este artículo es una verdadera excepción al principio de igualdad, por cuanto se establece una postergación del crédito sin importar la preferencia o posibles privilegios o el lugar que tenga con respecto a los demás créditos. La justificación a este precepto se encuentra en que la ley busca garantizar que desde la etapa precontractual se respete la posible operancia de un acuerdo de reestructuración; de permitirse que la procedencia del acuerdo de reestructuración quedara supeditada a las</p> |

| | |
|---|---|
| <p><u>declaración judicial, las estipulaciones que formen parte de cualquier acto o contrato y que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente la promoción, la negociación o la celebración de un acuerdo de reestructuración, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el empresario que negocie o celebre un acuerdo de los previstos en esta ley.</u></p> <p>Las discrepancias sobre la ineficacia de una estipulación en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas a solicitud del empresario o de cualquier acreedor por la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, mediante el procedimiento verbal sumario. <u>De verificarse la ocurrencia de la ineficacia, el pago de los créditos a favor del correspondiente acreedor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos, y la Superintendencia ordenará la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el empresario o por terceros para caucionarlos.</u></p> | <p>estipulaciones acordadas por los contratantes, se podrían convertir normas de orden público a simples estipulaciones contractuales.</p> |
| <p>Artículo 16. <u>Prestación de servicios públicos domiciliarios. Las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos domiciliarios al empresario que inicie la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrán suspender la prestación de aquellos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si dicha prestación estuviera suspendida, estarán obligados a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios causados y de la postergación legal de sus créditos a la atención previa de todos los demás créditos.</u></p> <p>El valor de los nuevos servicios prestados</p> | <p>Expresión del principio de igualdad al considerar que esta clase de créditos ocupan un lugar y privilegio como cualquier otro, pero que se puede presentar una postergación al crédito en la medida que se suspendan servicios públicos domiciliarios. Esta disposición se justifica en razón a que la empresa, para salir avante en sus dificultades económicas necesita de sus acreedores; más cuando estos constituyen uno de los motores esenciales para el desarrollo de la actividad.</p> <p>Con este principio se presenta una excepción al principio de las obligaciones</p> |

| | |
|--|---|
| <p><i>a partir de la fecha de iniciación de la negociación del acuerdo de reestructuración se pagará de preferencia.</i></p> | <p>de (exception on adimpleti contractus), teniendo en cuenta que existe una relación legal obligatoria que consiste en que una de las partes no esta obligada a cumplir en cuanto la otra parte no cumpla, en virtud de la ley se cambian las reglas puesto que ordena restablecer el servicio so pena que de no hacerlo se presente una postergación de crédito.</p> |
| <p><i>Artículo 17. Actividad del empresario durante la negociación del acuerdo. A partir de la fecha de iniciación de la negociación, <u>el empresario deberá atender los gastos administrativos que se causen durante la misma, los cuales gozarán de preferencia para su pago; y podrá efectuar operaciones que correspondan al giro ordinario de la empresa con sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables. Sin la autorización expresa exigida en este artículo, no podrán adoptarse reformas estatutarias; no podrán constituirse ni ejecutarse garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa que recaigan sobre bienes propios del empresario, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios; ni podrán efectuarse compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de la empresa o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido.</u></i></p> <p><i><u>Tampoco habrá lugar a compensaciones de depósitos en cuenta corriente bancaria y, en general, de depósitos y</u></i></p> | <p>Existen varias excepciones al principio de igualdad en el presente artículo, la primera excepción consiste en que los gastos que se ocasionen con posterioridad se pagaran de preferencia, esto se justifica en razón a que la ley busca la recuperación de la empresa, para esto se necesita de la colaboración de empresarios y demás entes económicos que no están dispuestos a arriesgar su patrimonio con el mal manejo que se pueda presentar en el momento de pagar por parte de una empresa con problemas económicos.</p> <p>En concepto de la Superintendencia de Sociedades³¹, al tratar sobre las obligaciones de pagar sumas de dinero que surjan de orden impartida por juez de tutela dentro de un acuerdo de reestructuración, gozan de un poder vinculante sumamente grande; en la medida en que la sentencia que profiera el juez debe ser atacada con inmediatez, por cuanto su objeto radica en la protección y tutela de derechos fundamentales; por esta razón sin importar el momento en que surja la obligación, tales sumas de dinero deben ser pagadas de forma preferente y no quedaran sujetas a las resultas del acuerdo.</p> <p>La segunda expresión normativa que se presenta en este artículo, es la de la protección a los acreedores mediante la</p> |

³¹ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto número 487675, 22 de diciembre de 2001.

| | |
|--|--|
| <p><u>exigibilidades en establecimientos de crédito. En este evento, además de la ineficacia de la operación habrá lugar a la imposición de las multas aquí previstas a los administradores de las respectivas instituciones financieras. La imposición de tales multas por parte de la Superintendencia Bancaria, podrá dar lugar también a la remoción de los administradores sancionados.</u></p> | <p>prohibición de actos que puedan afectar la prenda general de los acreedores.</p> |
| <p>La autorización para la celebración o ejecución de cualquiera de las operaciones indicadas en el presente artículo, podrá ser solicitada por escrito por el empresario o por el interesado ante la Superintendencia que supervise al respectivo empresario o su actividad; ante la Superintendencia de Economía Solidaria, en el caso de los empresarios con forma cooperativa; y ante la Superintendencia de Sociedades, en los demás casos. La solicitud correspondiente será resuelta teniendo en cuenta la recomendación del promotor y la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación, y la autorización será concedida o negada mediante acto administrativo que sólo será susceptible de recurso de reposición.</p> | <p>También como expresión normativa del principio de igualdad encontramos la prohibición a las entidades financieras de realizar compensaciones bancarias; en este precepto se garantiza que dará lugar a la imposición de multas en aquellos casos en los cuales las entidades bancarias realicen este tipo de operaciones. Es importante en este punto hablar sobre la función dada al nominador en aquellos casos en los cuales por consideraciones de carácter: urgente, conveniente y necesario se deba pagar de preferencia.</p> |
| <p>En el caso en que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores, la correspondiente solicitud deberá ser tramitada ante por la Superintendencia de Valores, y se formulará de conformidad con lo dispuesto por la mayoría absoluta de los respectivos tenedores. Tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones colocadas a través del mercado público de valores, no se requerirá la autorización a que se refiere este artículo.</p> | |
| <p>Cualquier acto celebrado o ejecutado en</p> | |

| | |
|--|---|
| <p><i>contravención a lo dispuesto en el presente artículo, será ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y dará lugar a la imposición al acreedor, al empresario, a ambos y a sus administradores,</i></p> | |
| <p><i>Artículo 20. Estado de relación de acreedores e inventario de acreencias. Para el desarrollo de la negociación y, en particular, para la determinación de los derechos de voto de los acreedores externos e internos y de las correspondientes acreencias, <u>el representante legal del empresario entregará al promotor un estado de inventario elaborado con base en los estados financieros ordinarios o extraordinarios del empresario o ente económico respectivo, cortados al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la promoción por parte del empresario, o de la iniciación de la negociación en los demás casos, y pondrá a su disposición todos los libros, papeles y documentos que le sirvan de soporte. Dicho estado de inventario será suscrito y certificado por el representante legal del empresario y por su revisor fiscal, y, en ausencia de revisoría fiscal obligatoria o potestativa, por un contador público.</u></i></p> <p><i>El inventario, junto con los correspondientes estados financieros, será entregado al promotor a más tardar dentro del mes siguiente a la fecha de la inscripción del aviso de que trata el artículo 11 de la presente ley. <u>En dicho inventario, previa comprobación de su existencia, se detallarán y valorarán sus activos y pasivos, con indicación precisa de su composición y de los métodos de su valuación, y se incluirá la información prevista en el numeral tercero del artículo 97 de la Ley 222 de 1995, acompañada de una relación de las demandas en curso, de los acreedores internos de la empresa y de la relación completa de los</u></i></p> | <p>Este artículo es expresión al derecho a la igualdad procesal, puesto que se entiende que dentro del estado de inventarios elaborado en los estados financieros (que son balance general, estado de resultados, estado de cambios en la situación financiera y estado de flujo de efectivo) se entiende que estos estados financieros deben estar ajustados al Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad.</p> <p>Además, teniendo en cuenta que remite al artículo 97 de la ley 222 de 1995 en esta se entiende que debe acompañar a la solicitud la relación completa y actualizada de los acreedores, con indicación del nombre domicilio y dirección de cada uno, cuantía y naturaleza de los créditos, tasas de interés, documentos en que consten fecha de origen y vencimiento (tanto de capital como de intereses)</p> <p>En la resolución externa de 001 de 2001 de la Superintendencia de Sociedades., se demuestra la importancia de este requisito puesto que es la base para que el promotor inicie el análisis y estudio dirigido a la determinación de las acreencias y los derechos de voto además de la ubicación física con la totalidad de los acreedores.</p> <p>Este artículo de la etapa de iniciación es de gran importancia para el principio de la igualdad, en la medida en que es el primer paso procesal para la intervención de los acreedores dentro del proceso de reestructuración.</p> |

| | |
|--|--|
| <p><u>aportes, con indicación precisa de su valor y de los métodos de valuación que se hayan utilizado para establecerlo, cuando sea del caso.</u></p> <p>En la relación de acreedores deberá indicarse claramente cuáles de ellos son vinculados al empresario, a sus socios, administradores o controlantes, por cualquiera de las siguientes razones:</p> <p>a) Parentesco, hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.</p> <p>b) Tener o haber tenido en los cinco últimos años accionistas, socios o asociados comunes.</p> <p>c) Tener o haber tenido representantes o administradores comunes.</p> <p>d) Existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial.</p> <p>Parágrafo. A partir del momento en que reciba la información prevista en el presente artículo, el promotor iniciará su estudio, junto con el de la documentación que le sea entregada o dada a conocer por el empresario, su revisor fiscal o contador, sus administradores, o los acreedores externos o internos. El promotor establecerá los medios que considere adecuados para que, sin perjuicio de la confidencialidad propia de esta clase de información, las personas indicadas y los terceros que éstos designen para tal fin, puedan examinarla con el objeto de formular sus observaciones al promotor y adelantar la negociación.</p> | |
| <p>Artículo 22. Determinación de los derechos de voto de los acreedores. Con base en la relación certificada de acreencias y acreedores suministrada al promotor, en los demás documentos y elementos de prueba que aporten los interesados, y, en especial, con base en los estados financieros a que se refiere el artículo 20 de esta ley, el promotor, con la participación de peritos, si fuera el caso, establecerá el número de votos que</p> | <p>Es expresión del derecho de igualdad desde el punto de vista sustancial puesto que el valor de las acreencias es el que va a determinar el número de votos que corresponden a cada peso.</p> <p>Los acreedores externos tienen un número de votos correspondiente al valor principal de su acreencia, sin tener en cuenta los intereses, cláusulas penales. Los acreedores internos de manera</p> |

| | |
|---|--|
| <p><i>corresponda a cada acreedor por cada peso, aproximando en el caso de centavos, del monto correspondiente a cada acreencia, a la fecha de corte de la relación de acreencias, con sujeción a las siguientes reglas:</i></p> <p><i>1. Cada uno de los acreedores externos tendrá un número de votos equivalente al valor causado del principal de su acreencia, sin incluir intereses, multas, sanciones u otros conceptos distintos del capital, excepción hecha de los intereses que hayan sido legalmente capitalizados. Dicho valor, para efectos del cálculo de los votos, se actualizará utilizando la variación en el índice mensual de precios al consumidor certificado por el DANE, durante el período comprendido entre la fecha de vencimiento de la obligación y la fecha de corte de la relación de acreencias; en el caso de obligaciones que se paguen en varios contados o instalamentos, la actualización de cada cuota vencida se hará en forma separada.</i></p> <p><i>2. Cada uno de los acreedores internos de los empresarios privados y mixtos de forma asociativa, tendrá un número de votos equivalente al valor que se obtenga al multiplicar su porcentaje de participación en el capital, por la cifra que resulte de restar del patrimonio las partidas correspondientes a dividendos, participaciones o excedentes decretados en especie, así como a revalorización del patrimonio, sea que éste haya sido o no capitalizado.</i></p> <p><i>En el caso de empresarios privados o mixtos de forma no asociativa en que no existan tales participaciones o derechos, el respectivo acreedor interno tendrá un número de votos equivalente al valor en libros de los bienes aportados al desarrollo de la empresa, descontando los ajustes por inflación.</i></p> <p><i>En el caso en que el empresario sea una</i></p> | <p>proporcional a lo que hayan aportado</p> <p>Si son trabajadores se habla de aquellas acreencias que sean ciertas</p> <p>Si son acreedores pensionados causados e impagados y al valor que corresponda al 25 % del importe del calculo actuarial.</p> <p>Respecto a los derechos de la DIAN la ley, prevé que se tendrán en cuenta no solo el monto de su acreencia principal sino también el monto de intereses y multas, razón por la cual se presenta una excepción al principio de igualdad, puesto que se observa un mayor beneficio ante la administración de impuestos nacionales.</p> <p>En concepto de la Superintendencia de Sociedades³² se pregunta si el beneficio dado a la DIAN, por el párrafo cuarto del artículo 22 concurre con la actualización que prevé el inciso primero del artículo 22 de la ley 550 de 1999, donde se especifica la actualización de las acreencias según el IPC.</p> <p>La respuesta de la Superintendencia de Sociedades es que siendo la indexación, la actualización de la deuda en relación con la perdida del poder adquisitivo de la moneda, esta hace parte de los intereses y no tendrían porque concurrir.</p> <p>No obstante lo anterior, el decreto 2249 del 2 de noviembre de 2000, debe tenerse en cuenta tanto el numeral primero como el párrafo cuarto del artículo 22 de la ley 550 de 1999.</p> <p>Se pregunta si la existencia de reglas distintas para la fijación de derechos de votos desatiende la igualdad, pero en nuestro parecer no, puesto que se está tratando de manera diferente créditos de diferente naturaleza, ahora que en el caso</p> |
|---|--|

³² SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. *Concepto 45-6802.*

| | |
|--|--|
| <p><i>entidad pública no asociativa perteneciente a la administración central nacional o territorial, el respectivo acreedor interno tendrá un número de votos equivalente al valor que resulte de restar del patrimonio la revalorización del patrimonio.</i></p> <p><i>3. Para el cómputo de los votos correspondientes a las acreencias laborales, <u>se tendrán en cuenta las que correspondan a acreencias ciertas.</u> En el caso de los pasivos pensionales, los pensionados tendrán el derecho de voto correspondiente a sus mesadas pensionales causadas e impagadas y al valor que corresponda al veinticinco por ciento (25%) del importe del cálculo actuarial.</i></p> <p><i>8. Los derechos de voto correspondientes a las acreencias a favor de sociedades administradores de fondos de pensiones y, en general, de <u>instituciones de seguridad social, se determinarán con base en las acreencias señaladas en la certificación suscrita por el representante legal del empresario y su revisor fiscal o contador público, según sea el caso, con base en la nómina de la empresa.</u></i></p> <p><i>Parágrafo 4. <u>Para efectos de la determinación de los derechos de voto de la DIAN, y demás acreedores fiscales se adicionarán al capital los intereses de mora y las sanciones adeudadas por concepto de obligaciones tributarias.</u></i></p> <p><i>Parágrafo 5. En la aplicación del numeral 2 del presente artículo para la determinación de los derechos de voto de cada uno de los socios de una sociedad colectiva, se utilizará un porcentaje resultante de dividir el número cien entre el número de socios. La misma regla se utilizará en el caso de los socios gestores de las sociedades en comandita, y se prescindirá de la determinación adicional de los derechos</i></p> | <p>de la DIAN como ya se explicó, existe una violación al Derecho de igualdad.</p> |
|--|--|

| | |
|--|---|
| <p>de voto que puedan tener como consecuencia de aportes en calidad de comanditarios.</p> | |
| <p>Artículo 23. Reunión de determinación de votos y acreencias. El promotor determinará el número de votos admisibles que corresponda a cada uno de los acreedores para decidir la aprobación del acuerdo de reestructuración; y determinará también la existencia y cuantía de las acreencias que deben ser objeto del acuerdo.</p> <p>Dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que haya quedado definida la designación del promotor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 12 de esta ley, <u>deberá realizarse una reunión para comunicar a los interesados el número de votos admisibles y la determinación de la existencia y cuantía de las acreencias. La reunión se realizará a las 10 a. M. en las oficinas de la entidad nominadora, el día de vencimiento del plazo aquí indicado, a menos que sea convocada por el promotor en forma oportuna y que en la convocatoria se indiquen con precisión otro lugar, ubicado dentro del domicilio del empresario, una fecha anterior y otra hora para tal efecto.</u></p> <p><u>La convocatoria se hará mediante aviso en un diario de amplia circulación en el domicilio del empresario y en los de las sucursales que éste posea, publicado con una antelación de no menos de cinco (5) días comunes respecto de la fecha de la reunión. Dicho aviso será inscrito en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio con jurisdicción en los domicilios del empresario y en los de sus sucursales. Dicha inscripción se sujetará a la tarifa establecida por el Gobierno Nacional para la inscripción de documentos en el registro mercantil.</u></p> | <p>Expresión del principio de igualdad en sentido procesal, puesto que la reunión, con el fin de que las relaciones se den en una paridad de condiciones, busca que los acreedores conozcan el número de votos admitidos, la determinación de la existencia y cuantía de las acreencias propias y las de los otros acreedores.</p> <p>El hecho de que la ley exija la publicación en un diario de amplia circulación, implica que los acreedores puedan llegar al proceso conocer las reglas dispuestas para llegar a la celebración del acuerdo y saber en que posición esta cada uno de los créditos.</p> <p>El tener a su disposición la información de los acreedores acompañado del listado preliminar de votos votantes y acreencias.</p> |

| | |
|---|---|
| <p><u>Desde la fecha de publicación del aviso de convocatoria a que se refiere el inciso anterior, o dentro de los quince días comunes anteriores al vencimiento del plazo señalado en el inciso segundo de este artículo, el promotor tendrá a disposición de los acreedores toda la información y documentación a que se refiere el artículo 20 de la presente ley, acompañada del listado preliminar de votos, votantes y acreencias elaborado por el promotor, junto con sus correspondientes soportes. Los acreedores, por sí o a través de apoderado, podrán examinar el listado preliminar de votos, votantes y de acreencias, así como sus correspondientes soportes. Cualquier solicitud de aclaración u objeción que no haya sido resuelta con anterioridad durante la negociación, deberá ser planteada durante la reunión, y será resuelta en ella por el promotor en su calidad de amigable componedor por ministerio de la ley.</u></p> | |
| <p>Artículo 26. Objeciones a la determinación de derechos de voto y de acreencias. Cuando cualquier acreedor interno o externo, o un administrador del empresario con facultades de representación, tenga una objeción a las decisiones del promotor a que se refieren los artículos 22 y 25 de la presente ley que no pueda ser resuelta en la reunión prevista en su artículo 23, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de terminación de dicha reunión el objetante tendrá derecho a solicitar por escrito a la Superintendencia de Sociedades que resuelva su objeción.</p> <p>La Superintendencia resolverá dicha objeción, en única instancia, mediante el procedimiento verbal sumario, pronunciándose a manera de árbitro, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 435 del Código de</p> | <p>Expresión del derecho de igualdad en sentido procesal y en sentido formal. En sentido procesal porque es la oportunidad que la ley da a los acreedores para que discuta ante el promotor las decisiones que hacen referencia a sus propios créditos, caso en el cual se plantea una objeción directa de sus propios intereses o se puede hablar de una objeción indirecta en aquellos casos en los cuales a causa de la valoración hecha a créditos de otros acreedores pueden afectarse sus derechos, esta garantía al mismo tiempo de ser procesal es una garantía sustancial.</p> |

| | |
|---|--|
| <p><i>Procedimiento Civil. La Superintendencia resolverá todas las objeciones presentadas en tiempo sobre el particular sobre el particular y la providencia respectiva, una vez en firme, permitirá al promotor establecer con certeza los votos admisibles y los créditos que han de ser objeto del acuerdo de reestructuración.</i></p> <p><i>Parágrafo. La Superintendencia resolverá las diferencias con base en los documentos que hayan sido considerados por el promotor, quien los remitirá de inmediato para que ésta resuelva. Si se requiere de la práctica de avalúos para efectos de resolver la objeción, se dará aplicación a los artículos 60, 61 y 62 de esta ley; y el objetante, al formular su objeción, deberá acompañarla con la prueba correspondiente al avalúo en que se fundamente, practicado de conformidad con lo dispuesto en esta ley al respecto, so pena de rechazo de la misma.</i></p> | |
| <p><i>Artículo 30. Derechos de veto. Para la celebración del acuerdo existirán los siguientes derechos de veto:</i></p> <p><i>1. Un derecho individual de los trabajadores y pensionados, respecto de cualquier cláusula del acuerdo que viole derechos irrenunciables. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a solicitud del promotor, resolverá lo concerniente a estas objeciones, dentro del mes siguiente a la presentación de las mismas.</i></p> <p><i>2. En el caso de los empresarios con forma asociativa, el derecho de veto de los asociados respecto de las cláusulas del acuerdo que tengan por objeto o se refieran a actos que tengan el siguiente objeto: a) transferencia o modificación de la titularidad del derecho de dominio sobre los bienes de propiedad del empresario; b) modificación de los porcentajes de participación en el capital de la asociación, sociedad o cooperativa que realiza la empresa; c) modificación de los derechos</i></p> | <p>El derecho de veto consiste en un mecanismo de protección a los acreedores y al empresario frente a ciertas estipulaciones y cláusulas del acuerdo, ya que no le son indiferentes, afectan de manera notoria sus derechos y por tanto no pueden estar reservadas a la mayoría sino al consenso de los acreedores.</p> <p>Es una clara expresión al principio de igualdad en sentido sustancial, debido a que los derechos de cada uno de los acreedores son tenidos en cuenta a la hora de tomar una decisión de fondo que afecta de manera directa e inmediata sus derechos e intereses tales como:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El derecho individual de los trabajadores y pensionados en cuanto a cláusulas violatorias de sus derechos irrenunciables. 2. Empresarios con forma asociativa, respecto de derechos de dominio, participación en el capital, suscripción preferencia o retracto. |

| | |
|---|--|
| <p><i>de suscripción preferencial o de retracto. Dicho derecho de veto podrá ser ejercido por cualquier acreedor interno disidente si tales cláusulas no son aprobadas con el voto favorable de acreedores internos que sea equivalente al voto requerido en la respectiva asociación, sociedad o cooperativa para obtener la mayoría decisoria prevista para tales casos en la ley en forma imperativa o supletoria y, en ausencia de mayoría legal especial, la requerida será la mayoría absoluta de las participaciones sociales suscritas, de tratarse de un acto que legal o estatutariamente requiera de la aprobación del máximo órgano social.</i></p> <p><i>De no requerirse dicha aprobación para el acto o cláusula en cuestión, el veto podrá ser ejercido si la cláusula del acuerdo no es aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los acreedores internos.</i></p> <p><i>3. En el caso de los empresarios que no tengan forma asociativa, su derecho a vetar las cláusulas del acuerdo que contemplen actos que modifiquen la titularidad del derecho de dominio sobre los bienes de propiedad del empresario y que no hayan sido aprobadas al interior de la persona jurídica por el órgano competente con la misma mayoría decisoria prevista para el caso en la ley en forma imperativa o supletoria y, en ausencia de mayoría legal especial, la requerida para obtener la mayoría absoluta en el respectivo órgano, de tratarse de un acto que legal o estatutariamente requiera de la aprobación del máximo órgano social. De no requerirse dicha aprobación para el acto o cláusula en cuestión, el veto podrá ser ejercido si la cláusula del acuerdo no es aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los acreedores internos.</i></p> | <p>3. Empresarios que no tengan forma asociativa, se protege el derecho de dominio sobre los bienes del empresario.</p> <p>4. Titular de cuotas de empresa unipersonal tiene derecho de veto sobre las cláusulas de actos modifiquen el derecho de dominio sobre los bienes de la empresa.</p> <p>En los casos dos, tres y cuatro, el derecho de veto podrá ser protegido si las cláusulas de acuerdo no son aprobados por el voto de la mayoría requerida por la ley, es decir, por ejemplo en el caso dos que se refiere a los acreedores en forma asociativa, los votos requeridos deben ser igual o superior al veinte por ciento de los votos admisibles.</p> |
|---|--|

| | |
|--|---|
| <p><i>Artículo 33. Contenido de los acuerdos de reestructuración. Los acuerdos de reestructuración deberán incluir cláusulas que contemplen como mínimo lo siguiente:</i></p> <p><i>1. <u>Reglas de constitución y funcionamiento de un comité de vigilancia en el cual se encuentren representados los acreedores internos y externos de la empresa, y del cual formará parte el promotor, con derecho de voz pero sin voto. En ausencia del promotor o del tercero que él designe, hará sus veces la persona que sea designada de conformidad con lo previsto en el acuerdo para el efecto.</u></i></p> <p><i>2. <u>Prelación, plazos y condiciones en las que se pagarán, tanto las acreencias anteriores a la fecha de iniciación del acuerdo, como las que surjan con base en lo pactado en el mismo. Para tal efecto, a favor de un acreedor externo, en proporción a su respectiva acreencia, y como contraprestación a la entrega de nuevos recursos, a las condonaciones, a las quitas, a los plazos de gracia, a las prórrogas, a la capitalización de pasivos, a la conversión de éstos en bonos de riesgo, o a cualquier otro mecanismo de subordinación de deuda, se podrán conceder las ventajas que también sean reconocidas proporcionalmente a todos los acreedores que efectúen las mismas concesiones a favor de la empresa. Tales ventajas, además de ajustarse a dicha generalidad, deberán concederse con el voto previsto en el numeral 12 del artículo 34 de esta ley.</u></i></p> <p><i>La inclusión o el reconocimiento de ventajas en contravención a lo dispuesto en el presente numeral será ineficaz de pleno derecho, con excepción de los casos en que se presente la renuncia por parte de un acreedor a las ventajas en cuestión, o de su aceptación de ventajas equivalentes. y las reglas para atender los pasivos contraídos frente a los</i></p> | <p>Este artículo es una manifestación del principio de igualdad en sentido procesal, puesto que presenta un mínimo de requisitos sobre los cuales se debe pronunciar el acuerdo.</p> <p>Así, prevé la existencia de un comité de vigilancia que garantiza la auditoria y la interpretación del acuerdo, se evalúa el comportamiento del deudor, es decir el comité hace un seguimiento del acuerdo, después del voto de confianza dada al deudor y a la viabilidad de la empresa.</p> <p>La posibilidad de pactar una prelación legal es un punto acorde con la nueva naturaleza que tiene el Acuerdo de reestructuración, es decir contractual, esto va acorde con la definición de recuperación de la empresa, podría afectarse la igualdad en aquellos casos mediante los cuales se de un trato preferencial sin ninguna base jurídica o sin un control ejercido por el nominador.</p> |
|--|---|

| | |
|--|--|
| <p>administradores, los socios, los controlantes o personas jurídicas y naturales de las previstas en los literales a), b), c), y d) del inciso tercero del artículo 20 de esta ley, las cuales no pueden generar ninguna ventaja que no sea concedida con el voto unánime de los demás acreedores externos, so pena de su ineficacia de pleno derecho.</p> | |
| <p>Artículo 34. Efectos del acuerdo de reestructuración. Como consecuencia de la función social de la empresa los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la presente ley serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él, y tendrán los siguientes efectos legales:</p> <p>1. <u>La obligación a cargo del empresario de someter, en los términos pactados en el acuerdo de reestructuración, a la autorización previa, escrita y expresa del comité de vigilancia la enajenación a cualquier título de bienes de la empresa, determinados o determinables con base en lo dispuesto en el acuerdo para tal fin. Dicho comité deberá contar, además, con la autorización expresa de la DIAN en los casos a que se refiere el numeral 14 del presente artículo.</u></p> <p>3. <u>La suspensión, durante la vigencia del acuerdo, de la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución o modificación de tales cauciones tendrá que pactarse en el acuerdo sin el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos. Si el acuerdo</u></p> | <p>La iniciación del acuerdo de reestructuración genera efectos, que buscan garantizar la posición de igualdad de cada uno de los acreedores.</p> <p>Como garantía del principio de igualdad, se tiene que el empresario debe sujetarse a una autorización previa del comité de vigilancia para enajenar alguno de los bienes. Busca el legislador con este precepto, que una vez hecho el acuerdo de reestructuración, las consecuencias de este sean cumplidas.</p> <p>El numeral 2 que prevé como efecto la suspensión de los gravámenes y garantías reales, busca de igual manera garantizar el derecho a la igualdad; puesto que se deben respetar el orden dado por el acuerdo y no desfavorecer por la constitución de dichas garantías a ninguno de los acreedores por cuanto ya se ha informado de que manera se va a hacer efectivo el crédito.</p> <p>Asimismo, en el numeral sexto se afirma que las garantías previstas en el acuerdo deben respetar el grado, se refiere al dado por la ley.</p> <p>El numeral octavo es una manifestación del principio la igualdad en sentido procesal, puesto que prevé la fuerza vinculante que tiene el acuerdo, lo que apareja como consecuencia que debe ser respetado todo el tiempo y debe ser cumplido por la empresa.</p> |

termina por incumplimiento conforme a lo dispuesto en la presente ley, se restablecerán de pleno derecho la exigibilidad de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias que se haya suspendido, al igual que las medidas cautelares que hayan sido practicadas por la DIAN, en la misma forma prevista en el inciso segundo del artículo 138 de la Ley 222 de 1995.

Si durante la vigencia del acuerdo se constituyen a favor de otros acreedores gravámenes sobre bienes objeto de garantías cuya exigibilidad esté suspendida, en el momento en que ésta se restablezca tendrá prioridad el acreedor beneficiario para la realización de la garantía frente a los titulares de los nuevos gravámenes.

Para la constitución, modificación o cancelación de garantías, o la suspensión o conservación de su exigibilidad que se derive del acuerdo, bastará la inscripción de la parte pertinente del mismo en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar nuevamente ningún otro documento.

El restablecimiento de las garantías previsto en este numeral, operará sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 12 de este mismo artículo, en lo que se refiere a créditos garantizados cuyo privilegio se modifique en la prelación pactada.

6. En las garantías cuya constitución se prevea en el acuerdo, salvo pacto en contra, compartirán proporcionalmente el mismo grado todos aquellos acreedores que concedan las mismas ventajas a la empresa. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestarán mérito ejecutivo.

8. Todas las obligaciones se atenderán con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo,

y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor, salvo las excepciones expresamente previstas en esta ley en relación con las obligaciones contraídas con trabajadores, pensionados, la DIAN, los titulares de otras acreencias fiscales o las entidades de seguridad social.

9. Los créditos causados con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, al igual que la remuneración de los promotores y peritos causada durante la negociación, serán pagados de preferencia, en el orden que corresponda de conformidad con la prelación de créditos del Código Civil y demás normas concordantes, y no estarán sujetos al orden de pago que se establezca en el acuerdo. El incumplimiento en el pago de tales acreencias permitirá a los acreedores respectivos exigir coactivamente su cobro, y podrá dar lugar a la terminación de la negociación del acuerdo o del acuerdo mismo, a menos que el respectivo acreedor acepte una fórmula de pago según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 35 de la presente ley.

10. A menos que el acuerdo de reestructuración disponga lo contrario, la ejecución del mismo no implicará cambios ni en los estatutos ni en la administración y funcionamiento del empresario distintos de los que se deriven del código de conducta empresarial incluido en él. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene el comité de vigilancia de exigirle al empresario la existencia de una revisoría fiscal obligatoria durante la vigencia del acuerdo, y de presentarle para la consideración del órgano competente la lista de personas naturales o jurídicas a partir de la cual deberá elegirse al revisor fiscal, cargo que será obligatorio durante

la vigencia del acuerdo, y que cuando corresponda a la misma persona jurídica encargada de la auditoría de la empresa, deberá ser confiado a personas naturales distintas.

11. Las instituciones financieras oficiales o mixtas, al igual que las que hayan sido objeto de medidas de salvamento o de liquidación, estarán sujetas a lo que se disponga en el acuerdo para el pago de sus acreencias, y sus administradores están legalmente facultados para negociar en los mismos términos en que lo hagan los demás acreedores de su clase.

12. La aplicación de la prelación de créditos pactada en el acuerdo para el pago de todas las acreencias a cargo del empresario que se hayan causado con anterioridad a la fecha de aviso de iniciación de la negociación, y de todas las acreencias que surjan del acuerdo, sin perjuicio de la preferencia prevista en el numeral 9 del presente artículo. Dicha prelación se hará efectiva tanto durante la vigencia del acuerdo como con ocasión de la liquidación de la empresa, que sea consecuencia de la terminación del acuerdo, evento en el cual no se aplicarán las reglas sobre prelación de créditos previstas en el Código Civil y en las demás leyes, salvo la prelación reconocida a los créditos pensionales, laborales, de seguridad social, fiscales y de adquirentes de vivienda, y sin perjuicio de aquellos casos individuales en que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciabile. La prelación de créditos podrá pactarse con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de los créditos externos e internos de la empresa, conforme a la lista de votantes y de votos admisibles, y con votos provenientes de diferentes clases de

| | |
|---|--|
| <p>acreedores.</p> | |
| <p><i>Artículo 37. Solución de controversias. La Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales y de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, en única instancia y a través del procedimiento verbal sumario, será la competente para dirimir judicialmente las controversias relacionadas con la ocurrencia y reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos en esta ley. Las demandas relacionadas con la existencia, eficacia, validez y oponibilidad o de la celebración del acuerdo o de alguna de sus cláusulas, sólo podrán ser intentadas ante la Superintendencia, a través del procedimiento indicado, por los acreedores que hayan votado en contra, y dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de celebración.</i></p> | <p>Expresión del principio de igualdad en cuanto prevé un mecanismo mediante el cual las disputas surgidas entre los acreedores y entre estos y los deudores serán resueltas por la Superintendencia de Sociedades mediante el procedimiento verbal sumario.</p> <p>En Sentencia C- 649 de 2001 se discute sobre la Constitucionalidad de que las Superintendencias tengan funciones de carácter administrativo y funciones de carácter judicial, en la demanda se afirma que de acuerdo con la tridivisión de poderes, los jueces están instituidos como funcionarios del Estado encargados de administrar justicia mediante la resolución de conflictos ya sea por la defensa de intereses particulares o entre estos y las autoridades de defensoras del interés público.</p> |
| <p><i>También será la Superintendencia de Sociedades la competente para resolver, en única instancia, a través del procedimiento verbal sumario, cualquier diferencia surgida entre el empresario y las partes, entre éstas entre sí, o entre el empresario o las partes con los administradores de la empresa, con ocasión de la ejecución o terminación del acuerdo, distinta de la ocurrencia de un presupuesto de ineficacia de los previstos en esta ley. Entre tales diferencias se incluirán las que se refieran a la ocurrencia de causales de terminación del acuerdo.</i></p> | <p>En afirmación de la Corte Constitucional uno de los problemas que se plantean es el de que puede ser lesivo del principio de igualdad el que la norma disponga un procedimiento específicamente aplicable para el ejercicio de las facultades que allí se confieren.</p> <p>En primer lugar las Superintendencias tienen funciones administrativas y otras de carácter judicial, tal como lo indica la ley. Se debe informar a los ciudadanos claramente cual función ejerce la entidad en cada caso la jurisdiccional o la administrativa.</p> |
| <p><i>La Superintendencia, en ejercicio de las funciones previstas en este artículo, podrá, si lo considera oportuno, de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, decretar el embargo y secuestro de bienes o la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio. Estas</i></p> | <p>La Corte Constitucional afirma que la importancia radica en la independencia del funcionario judicial, por lo cual se condicionará la constitucionalidad de las normas acusadas en el siguiente sentido: no podrá un mismo funcionario o despacho de la superintendencia ejercer función jurisdiccional respecto de los</p> |

| | |
|--|--|
| <p><i>medidas también se sujetarán a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil.</i></p> | <p>casos en los cuales haya ejercido anteriormente sus funciones administrativas.</p> <p>Estas son las garantías que la Corte Constitucional aclara frente a los procesos jurisdiccionales de la Superintendencia.</p> |
| <p><i>Artículo 38. Incumplimiento de acreedores. Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con el incumplimiento de los convenios temporales laborales previstos en esta ley, para el cual se estará a lo dispuesto en las leyes laborales, el incumplimiento de alguna obligación derivada del acuerdo a cargo de algún acreedor, dará derecho a demandar su declaración ante la Superintendencia de Sociedades a través del procedimiento verbal sumario, en única instancia. Las demandas ejecutivas se adelantarán ante la justicia ordinaria.</i></p> <p><i>Parágrafo. Cuando el incumplimiento de los acreedores constituya un evento de incumplimiento y dé lugar a la terminación del acuerdo, el empresario o cualquier acreedor podrá demandar la indemnización de los perjuicios; y sólo una vez terminado el proceso correspondiente, podrán atenderse los créditos que el acreedor demandado pueda exigir a la empresa. En caso de que se declare el incumplimiento del acreedor, la atención de sus créditos se postergará al previo pago de los demás pasivos externos, previa deducción del valor correspondiente a la condena por daños, que se entenderá proferida a favor de todos los demás acreedores, a prorrata de sus respectivos créditos, previa deducción de un diez por ciento (10%) de recompensa reconocido a favor de los demandantes. Pero si el proceso culmina con sentencia favorable al demandado, sin perjuicio de las demás acciones legales que correspondan, los créditos del demandante sólo serán atendidos previo pago de los demás pasivos externos.</i></p> | <p>En la etapa de ejecución del acuerdo de reestructuración, la ley prevé que el incumplimiento por parte de algún acreedor genera una consecuencia excepcional al principio de igualdad, en cuanto el pago al acreedor incumplido, se postergará previo al pago de los demás pasivos externos; esta medida esta proferida en beneficio de todos los demás acreedores.</p> |

| | |
|--|--|
| <p><i>Artículo 39. Acciones revocatorias y de simulación. Cualquier acreedor podrá intentar ante la acción revocatoria o de simulación de los siguientes actos y contratos realizados por el empresario dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración:</i></p> <p><i>1. La extinción de obligaciones, daciones en pago, otorgamiento de cauciones, contratos de garantía, contratos de fiducia mercantil, ventas con pacto de recompra, contratos de arrendamiento financiero que involucren la transferencia de activos de propiedad del empresario (leaseback) y, en general, todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del empresario, que causen un daño directo cierto, incluso futuro, a los acreedores.</i></p> <p><i>2. Todo acto a título gratuito que demerite el patrimonio afecto a la empresa.</i></p> <p><i>3. Los actos y contratos celebrados o ejecutados con los administradores de cualquier empresario, de forma societaria o no a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, con los socios, los controlantes, y las personas a que hacen referencia los literales a), b), c) y d) del inciso 3° del artículo 20 de la presente ley, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales.</i></p> <p><i>Parágrafo 1. Las acciones revocatorias y de simulación previstas en este artículo se tramitarán ante la Superintendencia de Sociedades, en única instancia y a través del procedimiento verbal sumario. Las acciones revocatorias y de simulación, al igual que cualquier otra que sea procedente en el caso de obligaciones o conciliaciones laborales, se intentarán ante la justicia laboral.</i></p> <p><i>Parágrafo 2. Cuando sea necesario asegurar las resultas de las acciones</i></p> | <p>Es una expresión del derecho de igualdad en sentido procesal y en sentido sustancial.</p> <p>En sentido procesal pues es un Derecho dado a todos los acreedores sin distinción alguna.</p> <p>En sentido sustancial porque se defienden los derechos del deudor, en la medida en que si hay más bienes para pagar los créditos insolutos, la empresa incrementa sus posibilidades de normalización y por lo tanto de llegar a una formula de acuerdo; además porque durante los 18 meses anteriores, la empresa pudo haber sufrido un declive en el cual se pudo haber visto forzada a aceptar, en relación con los citados actos patrimoniales, condiciones económicas que en otras circunstancias no hubiese aceptado.</p> <p>En segundo lugar, se defiende el derecho de los acreedores, ya que a través de la acción se busca garantizar que la totalidad de los créditos concordatarios, encuentran respaldo en los bienes del deudor.</p> |
|--|--|

| | |
|---|--|
| <p><i>revocatorias o de simulación, la Superintendencia, si lo considera oportuno, de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, decretará el embargo y secuestro de bienes, la inscripción de la demanda o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio, entre ellas la suspensión de pagos de acreencias en el caso de los créditos derivados de actos y contratos de los previstos en el numeral tercero del presente artículo, las cuales también podrán ser decretada por los jueces laborales. Estas medidas también se sujetarán a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil.</i></p> | |
|---|--|

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOL, M. *Fundamentos Y Crítica De La Ley De Quiebras*. Buenos aires.
- BONELLI, GUSTAVO. *Del Fallimento*, 2º edición, 3 tomos, Milán, 1932.
- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal. "Teoría General del Proceso"*, Tomo I. Catorceava edición. Editorial ABC. 1996.
- GARCIA MARTINEZ, FRANCISCO. *El Concordato Y La Quiebra En El Derecho Argentino Y Comparado*. 3 tomos. El concordato preventivo. 2ª edición. Víctor P. De Zavalía, editor. Buenos Aires. 1953.
- ISAZA UPEGUI, ALVARO y JUAN JOSÉ RODRIGUEZ ESPITIA. *Nuevos retos del derecho comercial. "Hacia una nueva prelación de créditos"*, Primera Edición. 2.000.
- MARTIN Y HERRERA, FELIX. *La Convocación De Acreedores Y La Quiebra en el Derecho Argentino*. Buenos Aires, Imprenta y casa editora"Com", 1919.
- OSORIO, MANUEL. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 1981.
- PIAGGI, ANA. *Derecho Concursal*. Buenos Aires, Depalma.
- PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE y JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA. *El acuerdo de reestructuración: Una alternativa no judicial que permite al deudor recuperarse*. Ponencia presentada al Segundo Congreso Iberoamericano de Insolvencia y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Concursal, Cordoba – Argentina. Octubre de 2000
- ROCCO, ALFREDO. *Il Concordato Nel Fallimento E Prima Del Fallimento*, Torinofratelli Bocca, Editori ,1902.
- SAJON, JAIME V. *El Concordato Preventivo*, Buenos Aires. Imprenta Lorenzo, 1957.
- SAYAGUES LASO, ENRIQUE. *El Concordato*. Montevideo. 1937.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. *Conceptos sobre la Ley 550 de 1.999*.
- TONÓN, ANTONIO. *Derecho Concursal*. Instituciones Generales, Buenos Aires Depalma 1.988.