

SUPERSOCIEDADES LANZA NUEVA OBRA EDITORIAL

Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano

Introducción

Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia

Por: Luis Guillermo Vélez Cabrera
Superintendente de Sociedades

La compilación normativa que aquí se presenta contiene los más recientes desarrollos legislativos en materia de insolvencia y, por primera vez, la concordancia de las normas vigentes y un muy completo índice temático y alfabético de las mismas.

Un repaso así sea sumario del cuerpo legal que regula la insolvencia en Colombia llevaría a concluir sin temor a equivocarse que nuestro país cuenta actualmente con unos de los sistemas más modernos, integrales y eficientes en estos temas, por lo menos dentro de los países emergentes de Latinoamérica y Asia.

Esto no ha sido resultado de improvisaciones, accidentes o actos iluminados. Es, más bien, el producto de décadas de evolución, peldaños puestos en cada época, en cada coyuntura y en gobierno y legislatura, todos conducentes a un marco legal que, como ya dijimos, poco o nada, tiene que envidiarle a los regímenes más sofisticados.

La ley –y esto es algo que se nos suele olvidar a los abogados- no es más que el desarrollo normativo de políticas públicas, las cuales son a su vez producto, entre otros elementos, del balance de poder político, así como del paradigma económico imperante y de las necesidades prácticas del momento. Pretender que la ley, como las tabletas de Moisés, resulta inspirada en una inteligencia superior que inscribe su sabiduría en piedra inmodificable es llamarse a engaños.

En ese orden de ideas el derecho concursal colombiano moderno se podría clasificar en tres etapas diferenciadas que corresponden a coyunturas políticas y económicas que motivaron cambios de legislación. En cada una de estas se hacen énfasis legales diferenciados, ya sea por los objetivos de las normas, por su ámbito y alcance, por sus características o por su ejecución.

La primera de estas la hemos denominado la *etapa peligrosista* que se inicia en 1940 y culmina en 1969 donde se criminaliza de manera objetiva la insolvencia empresarial. La



segunda que va de 1969 hasta 1995, responde al paradigma intervencionista de la economía, propio del auge cepalino, el cual se ve reforzado por la crisis financiera e industrial de 1982. Esta etapa la hemos llamado, correspondientemente, la *etapa intervencionista*. La última etapa que comienza efectivamente con la expedición de la nueva constitución en 1991 pero que se concreta en la ley 222 de 1995 y que sigue hasta la fecha, la hemos llamado la *etapa aperturista*, ya que se desarrolla en una economía colombiana cada vez más abierta e integrada al comercio mundial.

La Etapa Peligrosista

El derecho de insolvencia contemporáneo colombiano nace con el desatamiento de la Segunda Guerra Mundial, la cual obliga al gobierno del presidente Eduardo Santos a pedir facultades extraordinarias para conjurar *“los efectos de la crisis mundial sobre la organización económica y fiscal del país”*¹.

Otorgadas las mismas, el gobierno expide el decreto 750 de 1940, una norma de claro talante punitivo, cuyos objetivos, en lo expresado por la comisión redactora fueron *“dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarota”*².

Así mismo justifican la norma en *“un clamor general de las cámaras de comercio, la desconfianza de los industriales y comerciantes de otros países para la provisión a crédito de mercancías y valores en Colombia, y el estado ya intolerable de burla y de sarcasmo que pregonan ciertas colonias de comercio minoritario...respecto de la ineficacia de nuestra ley para sancionas la connivencia, el dolo y el fraude organizados en beneficio familiar o de las mismas colonias”*³.

“Estado ya intolerable de burla y de sarcasmo que pregonan ciertas colonias de comercio minoritario”. Vale la pena repetirlo porque este lenguaje racista y xenófobo, por fortuna hace mucho proscrito del discurso público nacional, dice tomos sobre las motivaciones de la norma. ¿A quienes se referían? ¿A los comerciantes hebreos y árabes que habían dinamizado el comercio y la industria colombianos, sacando al país del sopor pastoril en que se encontraba desde la colonia? Muy posiblemente.

Lo cierto sin embargo es que, por todas las razones equivocadas, este era un régimen bárbaro, casi medieval, donde el deudor quebrado tenía que afrontar un draconiano régimen de quiebra. En él se presumía la mala fe comercial y, como si fuera poco, se le hacía al comerciante quebrado parte automática de un proceso penal, donde el juez del concurso podía hasta decretar la detención preventiva del deudor y condenarlo penalmente si así lo considera.

¹ L.54/1939, Art.1. Ver también a Sanguino Sánchez, Jesús María, *Cesación de Pagos en los Procesos Concursales*, Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1982, p.40

² CSJ Sala Plena, 29 May.1969, L. Sarmiento Buitrago.

³ Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. *Proyecto y exposición de motivos al proyecto de ley sobre quiebras*. Año 1940, No.337-339. p.22



No obstante, el decreto 750 de 1940 esbozo por primera vez la figura del concordato, llamado entonces resolutivo, que consistía en un acuerdo judicial entre el deudor y sus acreedores en representación de por lo menos el 80% del pasivo con el fin de resolver amigablemente la liquidación⁴.

A pesar de que no funcionó y menos aún, de que no cumplió ninguno de los objetivos propuestos, el régimen estuvo en vigencia casi treinta años, hasta que la Corte Suprema de Justicia le dio un entierro de quinta, argumentando seis lustros después, que el decreto en mención era inconstitucional porque el gobierno había excedido las facultades otorgadas por el legislador.

La Etapa Intervencionista

Los años sesenta marcaron la cúspide del intervencionismo de Estado en Latinoamérica donde casi todas las naciones, y Colombia no fue la excepción, implementaron el modelo de sustitución de importaciones como motor de desarrollo.

Aunque no es del caso en este ensayo profundizar sobre las características de este modelo autárquico, basta con decir que se fundamentaba en empresas estatales, de economía mixta o privadas de gran tamaño para la generación de crecimiento económico y empleo.

El proteccionismo implícito en este modelo no solamente se predicaba de la competencia extranjera sino también sobre la posible insolvencia de las empresas nacionales que se consideraban, usando un término actual, “demasiado grandes para fallar”. En otras palabras, las quiebras estaban prácticamente proscritas, particularmente si se trataba de sectores considerados estratégicos o altamente generadores de empleo.

Ante el grave vacío legal generado por la Corte Suprema de Justicia, que dejó al país sin régimen de quiebras, el gobierno de Carlos Lleras Restrepo aprovechó la oportunidad para tramitar una nueva ley de facultades que le permitió expedir de urgencia el decreto 2264 de 1969, para lo cual se vio obligado a desempolvar el Título 1º del libro VI del Proyecto de Código de Comercio de 1958⁵.

De corta vigencia, porque su derogatoria estaba ya anunciada por los trabajos de la comisión redactora de lo que sería el Código de Comercio de 1971, el 2264 introdujo dos figuras novedosas: el concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio. Como afirma Reyes Villamizar, este desarrollo legislativo resultó trascendental ya que permitió la “evolución de la disciplina de los concursos” a través de la

⁴ CConst, C-015/97, E. Cifuentes.

⁵ Martínez Durán, Leovedis, *Concordatos de los Comerciantes: Doctrina y Jurisprudencia*, Bogotá: Ed. Jurídica Radar, 1993, p.27.



incorporación de un sistema jurídico de insolvencia ajustado de manera más firme al entorno nacional⁶.

Los dos tipos de concordatos se presentan por primera vez como mecanismos claramente recuperatorios de la empresa. El primero, mediante trámite judicial, que buscaba lo que hoy se conocería como una restructuración. El segundo, para empresas cuyo tamaño y capacidad de generación de empleo que pudiesen por su naturaleza impactar el orden público económico, se determinó un trámite similar al anterior pero bajo la tutela de una entidad administrativa, en reemplazo del juez del circuito y en un claro reconocimiento, desde entonces, de la incapacidad de la justicia ordinaria para avocar complejos procesos mercantiles.

Así, por primera vez y no tímidamente, la Superintendencia de Sociedades hizo su presencia primogénita en los temas concursales, presencia que por demás, no haría sino crecer en las décadas siguientes.

De todas formas, se mantuvo el sesgo punitivo del régimen concursal de 1940 y si acaso se hizo aún más explícito con la introducción de una tipología penal completa, seguramente con la idea de disuadir al comerciante de incurrir en actos de mala fe, lo cual no evitó fraudes pero sí forzó a muchos empresarios, no de mala fe sino de mala suerte, al exilio o al suicidio.

Los debates en materia de concordatos y quiebras de la comisión redactora del nuevo Código de Comercio fueron tremendamente álgidos y claramente demuestran una inmensa preocupación de los autores por dotar al país de un régimen de insolvencia que fuera a la vez teóricamente sólido y eficientemente práctico⁷.

Por un lado resultaba claro que se debía mantener el avance de los dos tipos de concordatos como importante paso adelante. Por otro, se evidencia en las minutas una creciente desconfianza del papel de los jueces ordinarios en los procedimientos concursales. El siguiente, por ejemplo, es un intercambio típico de una sesión de la comisión redactora:

León Posse: "...si no caemos en dictar normas para Suiza cuando estamos en Colombia, a mi me parece que el problema que va a haber en el trámite del concordato ante los jueces es que relativamente los jueces (se) volvieron los síndicos, los secuestres y los acreedores...el juez nombra a un tipo que saca de una lista, nombra a cualquiera de industria que está dedicada a hacer tapetes entonces forma un caos administrativo para todo..."⁸.

⁶ Reyes Villamizar, Francisco. *Nota Editorial*. En "Revista de Derecho Privado" de la Universidad de los Andes, No.34. En <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?numero=34&tipos=Ensayos>, consultado el 22/Jul./2011.

⁷ Comité Revisor para la Revisión del Código de Comercio, Actas No.350-374.

⁸ *Ibid.* Acta No.371, 24 de febrero de 1971.



Así las cosas, una de las grandes innovaciones del decreto 410 de 1971 sobre las disposiciones del decreto 2264 fue un grado mayor de facultades a la Superintendencia de Sociedades, empezando por el artículo 1929 donde la administración procesal de los concordatos preventivos obligatorios se le arrebató a los jueces y en el artículo 1936 se tira un manto de ineficacia “a las actuaciones de los jueces o de cualquier otro funcionario en detrimento de las funciones atribuidas a la Superintendencia de Sociedades”.

Sin embargo, a pesar de todo, los Títulos I y II del Libro Sexto del nuevo código fueron, tal vez, los que más grandes frustraciones generaron. Como lo manifestó Devis Echandía en el prólogo del libro sobre cesación de pagos que a principios de los años ochenta escribió José María Sanguino.

“Esta materia de los Procedimientos Concursales”, escribiría Devis, “es una de las que con mayor urgencia reclama, en Colombia una urgente y sustancial reforma, pues tenemos un estatuto que a pesar de haberse expedido en 1972 es obsoleto en su criterio, vacío de disposiciones que impidan que su utilicen por los deudores como negocio estupendo a costa de los legítimos derechos de sus acreedores y otras veces por éstos como injusto instrumento de venganzas personas y hasta extorciones y chantajes contra deudores que están en capacidad de atender no solamente los créditos de quien así demanda la quiebra o el concurso, sino de todos los acreedores”⁹.

Como es usual en materia de insolvencia la reforma vendría motivada por un cambio en las placas tectónicas de la economía. En 1982 estalló la primera gran crisis económica de la posguerra que arrasó al sector financiero colombiano y de paso puso a tambalear a gigantes del sector real, como las textileras antioqueñas. La crisis, que no llegó a ser abismal como en otros países latinoamericanos, logró ser controlada con un severo plan de ajuste. No obstante una de sus muchas consecuencias fue la confirmación de que el marco concursal existente desde 1971 era patentemente ineficaz para lidiar con situaciones de riesgo sistémico en la economía.

Para finales de los ochenta empezaba a cuestionarse el modelo de desarrollo basado en la sustitución de importaciones y era claro que se requería de un nuevo paradigma de integración global económica donde el Estado jugara un papel menos protagónico.

El gobierno liberal de Virgilio Barco inició la ola de reformas que llevarían en 1991 a la promulgación de una nueva constitución y una de ellas, celebrada tan solo por los iniciados, fue el decreto 350 de 1989, que abrió un nuevo horizonte al derecho concursal colombiano.

El trámite de la iniciativa vale la pena mencionarlo porque esta vez no fue, como en el pasado, la obra de un notable jurista, el doctor Antonio Rocha en 1940, o el doctor Gabino Pinzón en 1958, o los miembros de la comisión redactora del código de 1971. El anteproyecto de trabajo sobre el cual hicieron aportes los miembros de una subcomisión nombrada para tales efectos, compuesta por académicos de la talla de Narváez, Monroy

⁹ Sanguino, p.11.



Cabra y Devis Echandía, fue redactado exclusivamente y al seno de la Superintendencia de Sociedades, siendo esto una confirmación del papel preponderante que ya para entonces había adquirido la entidad en materia de insolvencia.

Tal vez la innovación más importante de la propuesta, aunque la menos mencionada por la doctrina colombiana, que suele engolosinarse con las modificaciones al inciso y al término, fue la dotar por primera vez al derecho de insolvencia nacional de un propósito explícito.

De una manera un tanto anti técnica el anteproyecto contenía en su artículo 4º el objetivo del concordato preventivo el cual era, en primer lugar, la recuperación de la empresa y su conservación como unidad de explotación económica y fuente de empleo, añadiendo como punto adicional “la protección adecuada del crédito”¹⁰.

La subcomisión no abordó este importantísimo, diría uno esencial, tema sino hasta bien entrado el debate, en la décima sesión para ser exactos, donde el doctor Narvárez García hizo una exposición del “sistema concursal” que implicada los procesos recuperatorios y los liquidatorios¹¹.

Posteriormente se entraría a debatir el tema en una comisión plena y como resultado final se incluiría en el decreto 350 de 1989 en el artículo 2º como objetivos del concurso los mismos que habían sido incluidos en el anteproyecto, repitiendo su misma prelación.

Vale la pena hacer una reflexión sobre los estos. Claramente la norma redactada en 1989 era producto, sin duda, de los traumas económicos de la crisis recién superada. No era de sorprenderse entonces que esta pusiera la supervivencia de la empresa “cuando ello fuera posible”¹² y en su calidad de ente generador de valor económico y fuente de empleo, como objetivo principal de la ley, subordinando en calidad de objetivo subsidiario “la protección adecuada del crédito”.

Esto rompe de tajo el paradigma vigente desde 1940, donde a pesar de las tentativas de crear regímenes recuperatorios antes expuestas, existía el sesgo peligrosista antes mencionado que asumía por antonomasia que la insolvencia equivalía a una jugada de mala fe del empresario para defraudar a los acreedores. De ahí no solamente la creación de acciones penales accesorias francamente violatorias de los derechos fundamentales de las personas sino también un preponderante énfasis en establecer mecanismos para facilitar la recuperación de los créditos.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que el decreto 350 de 1989 solamente derogó el Título 1º del Libro VI del Código de Comercio, dejando el Título 2º, el de la quiebra, intacto.

¹⁰ D. 350/1989

¹¹ Superintendencia de Sociedades, *Antecedentes de la Nueva Legislación de Concordatos Preventivos*, Tomo I, Bogotá. Ed. Medio Siglo, s/f. p.131-134.

¹² D. 350/1989, Art. 2.



La Etapa Aperturista

Para principios de los noventa el paradigma intervencionista se estaba derrumbando. Había caído el muro de Berlín y se dio por terminada la Guerra Fría. El triunfo de la economía de mercado era indiscutible y los países liberados de la confrontación Este-Oeste tenían ahora oportunidades de integración global antes impensables. El papel del Estado en este “nuevo orden mundial”, como lo describió en su momento el Presidente George Bush Sr., era mucho más limitado, actuando como regulador y promotor de la economía, pero no como partícipe.

En Colombia este nuevo orden se vio reflejado tanto en el plano económico, a través de la aceleración del proceso de apertura económica, como en el jurídico, con la promulgación de la Constitución de 1991. Este además de ser el hecho jurídico más trascendente en la última centuria, también abrió la puerta para una avalancha de reformas legales que buscaban adaptar al país al nuevo marco constitucional, en lo que se conoció como “el revolcón” del gobierno de César Gaviria.

Curiosamente una de las que más se tardó en darse fue la reforma al régimen societario, cuyo proyecto se empezó a trabajar en 1993 pero cuyo trámite legislativo no empezó sino hasta principios de 1995, ya entrado el gobierno de Ernesto Samper.

Lo que sería la ley 222 empezó con grandes bríos reformistas y a pesar de su innegable avance material lo cierto es que las innovaciones más audaces, como por ejemplo la unificación del régimen de la sociedad civil y comercial, se quedó en el camino debido a la precaria situación política que afrontaba el gobierno de turno y al creciente poder de los grupos empresariales sobre los cuales recostaba buena parte de su apoyo.

Sin embargo, en materia concursal, una pieza clave de la iniciativa, se lograron importantes cambios. Se unificó, por ejemplo, el concurso aplicable a todos los deudores, iniciando el tránsito del mismo hacía uno de dos caminos posibles, la recuperación de la empresa o la liquidación obligatoria, además se profesionalizaron los especialistas concursales, es decir los liquidadores y los contralores, y se despenalizó la quiebra¹³.

Sotomonte Sotomonte, activo partícipe de la comisión de reforma, lo dijo mejor al describir el alcance de la iniciativa: *“Todo ha cambiado. El orden de los intereses protegidos. La actitud de los protagonistas. Los presupuestos de la puesta en marcha del sistema. Todo ello representa una nueva cultura concursal. Esta nueva forma de ver el problema ha llevado a que en lugar de precipitar trámites concordatarios, procuren arreglos mediante la reestructuración del endeudamiento por vía extrajudicial”*¹⁴.

¹³ Para una relación detallada de los avances de la ley 222 de 1995 en materia concursal ver Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*, Bogotá: Ed. Legis, 2011, p. 2-5.

¹⁴ Sotomonte Sotomonte, Saúl, *Ideas fundamentales del nuevo régimen concursal*, en *La reforma al Código de Comercio: Ley 222 de 1995*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, p. 495.





Así fue, tal vez, pero no fue suficiente.

La crisis económica que empezó en 1998 fue la más violenta y aguda sufrida por el país desde la Gran Depresión de los años treinta. Siguiendo el patrón que se repetiría internacionalmente en los siguientes años, la crisis se inició con una burbuja crediticia que llevó a otra inmobiliaria que explotó por una crisis política de confianza y que condujo a la insolvencia del sector financiero, la cual a su vez generó un colapso del sector real. En otras palabras, una crisis sistémica de libro de texto, que en Colombia se vio profundizada por la infinita torpeza del Banco de la República que actuó como un bombero con lanzallamas al aumentar, en vez de disminuir, las tasas de interés.

Fue rápidamente evidente que las normas introducidas en 1995 resultaban insuficientes para afrontar una situación de colapso generalizado de la economía. A pesar de su notable avance, la ley 222 ofrecía un proceso de salvamento empresarial excesivamente rígido y formal, quizás útil en circunstancias de normalidad, pero paquidémico cuando se trataba de tramitar centenares de insolvencias al mismo tiempo.

La respuesta al problema estuvo a la mano ya que la crisis asiática, precursora de la colombiana, había puesto en la agenda mundial la necesidad de una revisión de los regímenes de insolvencia. La característica esencial de este nuevo enfoque estaba centrada sobre la naturaleza sistémica del riesgo, es decir sobre la posibilidad de contagio de la crisis empresarial sobre el resto de la economía¹⁵.

La ley 550 de 1999 se expidió en un tiempo record de tres meses en circunstancias cada vez más apremiantes. Aunque severamente criticada por los abogados adictos al formol de los códigos decimonónicos la 550 ha sido por mucho la norma concursal más utilizada y más efectiva, en términos de empresas recuperadas, de la historia nacional.

Por primera vez desjudicializó por completo el proceso recuperatorio creando lo que llamó un “acuerdo de restructuración” celebrado entre los acreedores externos y los internos con la colaboración de un promotor, figura novedosa que ha sido descrita como la de “un particular con funciones de mediador informado”¹⁶. El proceso de liquidación, por su parte, se mantuvo prácticamente inalterado en los términos de la ley 222.

La Superintendencia de Sociedades, por su parte acrecentó sus funciones al verse encargada de resolver a través del proceso verbal sumario las acciones accesorias a la insolvencia en lo que debe ser la utilización más ambiciosa de las facultades constitucionales del artículo 116 por parte de una entidad administrativa.

No obstante su indiscutible éxito, la ley 550 se había concebido desde el principio como una norma temporal diseñada para conjurar la crisis sistémica y por lo tanto su vigencia

¹⁵ Claessens, Stijn, Djankov, Simeon, Mody, Ashoka, eds. *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Backruptcy Laws*, Washington D.C.: Ed. World Bank, 2001

¹⁶ Isaza Upegui y Londoño Restrepo, p.6.





de cinco años, prorrogada por dos más, finiquito para las sociedades mercantiles en 2007.

Su reemplazo fue la ley 1116 de 2006 cuyo alcance no vale la pena abordar porque aquí se precisa extensamente en esta compilación. Se trata del “estado del arte” en materia concursal, una norma base de 126 artículos que condensa las experiencias de 66 años de derecho concursal moderno. Su alcance, más ambicioso que las demás, incluye la reorganización y la liquidación judicial, la validación judicial de acuerdos privados y la insolvencia transfronteriza.

Como parte integral de la misma se debe también mencionar la modificación impulsada en la ley 1429 de 2010, que fue resultado de una comisión de expertos presidida por el doctor Francisco Reyes Villamizar y conformada por Juan José Rodríguez Espítia, Angela María Echeverri, Alberto Echavarría y José Manuel Gómez, con la secretaria técnica de Diana Talero. La reforma de 2010 tuvo como propósito hacer más flexible, más económico y más rápido el trámite concursal, lo cual se logró ampliamente.

Pero además, la norma ha sido objeto de diez decretos reglamentarios, entre ellos uno que se compila por primera vez en este libro, el de insolvencia de grupos empresariales que coloca a Colombia, a la fecha de escribir estas líneas, como el primer país del mundo en incorporar a su legislación los estándares internacional promovidos por el Banco Mundial en esta materia.

Ha sido, como se puede ver, un largo pero ascendente camino que con seguridad no concluirá, ni debería hacerlo, con esta publicación, la cual esperamos sea solamente otro peldaño en la construcción siempre constante pero siempre necesaria de un sistema de insolvencia que logre el difícil objetivo de balancear las necesidades del crédito, de la empresa y del trabajo.