



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Análisis e Impacto de la Ley de Reorganización Empresarial en la ciudad de Cartagena

Analysis And Impact Of The Business Reorganization Law In The City Of Cartagena

DOI: <https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.26.6185>

**Andrés Antonio Alarcón Lora¹,
Efraín José Mejía Villadiego²,
Diego Alonso Cardona Arbeláez³**

Resumen

El presente artículo se analiza algunos de los procesos de reorganización empresarial que se han tramitado en la ciudad de Cartagena de Indias, desde el punto de vista jurídico y socio-jurídico; teniendo en cuenta en este ejercicio, los aspectos que emergen en el desarrollo del proceso concursal, teniendo como referente normativo principal la Ley 1116 de 2006, sancionada el 27 de diciembre de 2006, y la cual entró en vigencia el 27 de junio de la siguiente anualidad. Esta Ley contiene el nuevo Régimen Concursal Colombiano, que contempla tres nuevos aspectos del Derecho Concursal: los Procesos de Reorganización, la Liquidación Judicial y la Insolvencia Transfronteriza, tanto en materia de procesos de Recuperación o salvamento, como en procesos de liquidación del patrimonio del deudor. De igual manera se vislumbra, de lo poco atractivo que resulta el concurso de acreedores debido al poco conocimiento del mismo, por parte del deudor, así como el papel que desempeña el Derecho concursal en el diseño de la estructura económica y financiera de las empresas, en el acceso al crédito, en el grado de re- emprendimiento, innovación y competitividad de las organizaciones, y, más genéricamente, en la promoción del crecimiento económico.

Palabras claves

Derecho Concursal; Régimen de Insolvencia Empresarial; Ley 1116 de 2006; Procesos de Reorganización empresarial.

Fecha de recepción: 16 de octubre 2019 **Fecha de aceptación:** 06 de diciembre 2019

¹ Docente investigador de la Universidad de Cartagena, Abogado Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Comercial y societario U. externado de Colombia, Doctor en Ciencias de la Educación. Líder en Reorganización empresarial del Grupo de derecho y Seguridad Social de la Universidad de Cartagena. Correo: analarcon28@gmail.com.

² Magister en derecho Universidad de Cartagena. Abogado y Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Pontificia Bolivariana. Funcionario de la UAE Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena. Correo: emejiav@dian.gov.co

³ Docente investigador. Phd © en Administración en la Universidad del Norte. Líder del grupo de investigación GISEMA adscrito a la universidad Libre. Email: diego.cardona@unilibrectg.edu.co.

Como citar: Cardona Arbeláez, D., Alarcón Lora, A., & Mejía Villadiego, E. (2020). Análisis E Impacto De La Ley De Reorganización Empresarial En La Ciudad De Cartagena. *Dictamen Libre*, 13(26). <https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.26.6185>

Abstract

This paper analyzed some of the processes of business reorganization that have arisen in the city of Cartagena, from the legal and socio-legal point of view, taking into account both positive and negative aspects that emerge in the development of the bankruptcy process, having as normative referent the law 1116 of 2006, sanctioned the 27 of December of 2006, and which entered into force on June 27, 2007. This Law contains the new Colombian Bankruptcy Regime, which contemplates three new aspects of the Bankruptcy Law: the Reorganization Processes, the Judicial Settlement and the Cross-Border Insolvency, both in terms of Recovery or salvage processes and in the liquidation processes of the debtor's assets. Likewise, our opinion is reflected in the lack of attractiveness of the bankruptcy proceedings due to the lack of understanding on the part of the debtor, as well as the role of bankruptcy law in the design of the economic and financial structure of the debtor. companies, in access to credit, in the degree of re-entrepreneurship, innovation and competitiveness of companies, and, more generically, in the promotion of economic growth.

Keywords

Bankruptcy Law; Business Insolvency Regime; Law 1116 of 2006; Business Reorganization Processes.

I. INTRODUCCIÓN

En lo que respecta al tema concursal y liquidatorio, existen múltiples miradas respecto a lo favorable y desfavorable de estas prácticas. Como es el caso de las empresas que utilizan maniobras fraudulentas, como el ocultamiento y simulación de activos y pasivos o la compra de adhesiones y de créditos, que generalmente resultan abusivos. Este panorama se traduce en una modificación del crédito, en un mayor costo y en ocasiones al paso del estadio de la liquidación por adjudicación con unos gastos de administración incrementados, que terminan por desplazar y dejar insolutos los créditos de los acreedores iniciales.

La ley No. 1116 de 2006 dispone que, para la iniciación del proceso de reorganización, regulado en el cap. II, requiere "situación de cesación de pagos o una incapacidad de pago inminente", aunque, esta última sólo aplique para las empresas plurales, ya que no comprende a la persona natural comerciante. Se prevé que esa incapacidad se tendrá por acreditada mediante la prueba de "la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o, que puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año".

Esto quiere decir que, la fórmula de la 'incapacidad de pago inminente' ha sido objeto de algunas críticas y parece alinearse con la interpretación que se ha esbozado en nuestro país, en las que las dificultades estipuladas en nuestra ley pueden ser comunes a empresas que necesariamente no se encuentren en una crisis, sino que, debido a las dinámicas propias de la economía del sector empresarial al que pertenezcan presenten temporalmente estos comportamientos, sin que signifique estar ad portas de un proceso de insolvencia. Luego entonces, son estas falencias señaladas por algunos académicos del derecho concursal, las que se tomarán para analizar la eficacia de los procesos de reorganización empresarial frente a las empresas que se sometieron a este proceso en la ciudad de Cartagena, entre los años 2007 a 2017.

Desde el punto de vista metodológico, esta investigación es de tipo Jurídica y socio-jurídica, es decir "la Investigación socio – jurídica estudia la realidad social, porque su objeto es actuar sobre

los comportamientos sociales, pero con miras a regularlos para lograr los fines políticos que se propone un Estado en un momento histórico determinado” (Giraldo, 2012).

Ahora desde la perspectiva de la investigación jurídica se tuvo en cuenta que cuando hablamos de ésta, fundamentalmente nos estamos refiriendo al estudio y análisis del procedimiento para poder determinar cuál es la respuesta jurídica para el caso que estamos examinando, (Martínez Zorrilla 2010)

Este tipo de investigación, nos deja desarrollar el estudio desde la perspectiva del derecho, en éste caso, con el fin de establecer si el régimen de insolvencia empresarial en el ámbito local del Distrito de Cartagena ha sido eficaz, para con ello comprender las prácticas empresariales y jurídicas en torno a las mismas.

Lo anterior, se realizó por medio del análisis documental de informes oficiales nacionales y locales elaborados principalmente por la Superintendencia de Sociedades, estudios de expedientes de procesos de Reorganización Empresarial a los cuales se tiene acceso como funcionario público en calidad de delegado de la UAE DIAN, participación directa en la etapa de negociación de los acuerdos de reorganización así como en las distintas etapas procesales que establece la ley 1116 como por ejemplo, la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, la audiencia de resolución de objeciones entre otros, de igual forma se analizó los componentes que integran el marco regulatorio del Estatuto de Insolvencia.

El campo problemático, en torno al cual gira el sentido de este trabajo, se centra en buscar, cuál ha sido el impacto y la eficacia de la norma de insolvencia empresarial (ley 1116 de 2006), en lo atinente a los procesos de Reorganización Empresarial en la jurisdicción del Distrito de Cartagena en el periodo de vigencia del Estatuto de Insolvencia y la oportuna, correcta utilización y aprehensión por parte de los empresarios o deudores de las herramientas que brinda este cuerpo normativo. Para resolver lo anterior nos planteamos el siguiente objetivo:

Analizar jurídicamente los procesos de Reorganización Empresarial que han surtido las empresas en el Distrito de Cartagena en el periodo de vigencia del Estatuto de Insolvencia.

Para la consecución del mismo, se abordará a través de los siguientes de naturaleza específica: 1.-Determinar el número de empresas cartageneras que han sido admitidas en un proceso de Reorganización Empresarial en el periodo de vigencia de la ley 1116 de 2006 .2- Establecer los factores de éxito o fracaso que permiten, a las empresas suscribir, desarrollar y finalizar el acuerdo de reorganización. 3.-Analizar las consecuencias derivadas del proceso de reorganización empresarial y su repercusión en la recuperación de la empresa y del crédito.

II. DESARROLLO

El presente estado del arte comprende los estudios realizados a nivel académico correspondientes al análisis de la Ley 1116 de 2006, la cual es el fundamento teórico del presente artículo, el cual se permite poner en evidencia las investigaciones realizadas durante un lapso de 10 años hasta el momento actual, lo que permitirá tener una visión más amplia y clara de los avances en la temática abordada.

La Ley 1116 del 2006, regula el régimen de insolvencia para las empresas en la República de Colombia, la ley contiene los principales cambios e innovaciones para aquellas empresas que siendo viable su actividad económica, se encuentran en crisis transitoria y deben ser sometidas a una reorganización tanto financiera como organizacional, operativa y de competitividad.

Expone Wilches-Duran (2008) en su artículo "Vacío e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución", el objetivo de la Ley 1116 y se conceptualizan algunas características esenciales de la misma. Se establece que la Ley 1116 del 2006, se expidió con el objetivo de subsanar y sustituir las anteriores normas vigentes hasta el momento la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999, la nueva ley se configura como un régimen de insolvencia, que a pesar de su denominación no solo se limita a la insolvencia, sino a otras situaciones propias de las crisis empresariales, como los fenómenos de iliquidez y cesación de pagos, con el objetivo de definir la viabilidad de la empresa y con estas acciones destinadas a su preservación, o contrario sensu definir su liquidación, la cual se debe ejecutar lo más rápida y ordenadamente posible, para que los activos empresariales sirvan como respaldo suficiente de las deudas adquiridas por ella.

Talero y Wilches (2010) abordan en su artículo "Validación judicial de acuerdos privados de reorganización: un ejemplo de la "privatización" del derecho concursal en Colombia", se analiza la naturaleza del artículo 84 de la Ley 1116 del 2006, reglamentada actualmente por el Decreto 1730 del 2009.

El artículo 86 de la Ley 1116 del 2006, modifica sustancialmente la naturaleza pública de los procesos concursales, permitiendo por medio de acuerdos privados de reorganización puedan tener los mismos efectos que los primeros, privilegiando así, las necesidades estratégicas del deudor y los acreedores, los cuales tendrían que tener la voluntad de apoyar al deudor en cuanto a negociar dentro de un marco de comunidad de interés antes que de una comunidad de pérdidas. Si bien, lo anterior parece una ventaja estratégica en cuanto al deudor y los acreedores, al estar basado en un acuerdo privado solo producen efecto para aquellas partes que lo han celebrado, dejando por fuera del proceso a los que no se han informado.

De igual forma Alarcón Lora (2010) en su tesis para optar al título de magister "Impacto de la ley de Reestructuración económica en el sector de la economía en la ciudad de Cartagena entre el 1 de enero de 2000 y diciembre de 2006" afirma Igualmente, la expedición del nuevo régimen de insolvencia para la recuperación de empresas contenido en la ley 1116 de 2006, constituye otra herramienta gubernamental para éste tema en particular.

El nuevo régimen concursal implementado en la legislación colombiana, surge en respuesta a la falta de trámites ágiles, pronto y eficaces, ya que estos eran a criterio de tratadistas y de la misma entidad competente, considerados como demorados, onerosos, y con poco éxito en la satisfacción del crédito, además de la dificultad que generaban para el deudor el recuperar la empresa.

Dentro del análisis realizado por Ortiz (2014) titulado "Régimen de insolvencia empresarial, finalidad y alcance de la Ley 1116 del 2006", analiza la importancia legal, económica y social de la Ley 1116, la cual determina que en momentos de crisis económicas sean los deudores los que determinen como se realizaran los pagos del capital adeudado, pero que entendiendo la situación actual y la gran importancia de la empresa como base de creación de riquezas del Estado, se prefieran utilizar los mecanismos ofrecidos por la misma ley para superar las crisis, las cuales están definidas de la siguiente manera como etapas del proceso discriminados así: arreglo directo: con la participación de los empleados, propietarios y clientes, reorganización empresarial: acuerdo entre los acreedores y el deudor que es mediado por el gobierno, alianzas y estrategias: unión de empresas de varios sectores, liquidación definida por vía directa: sin necesidad de entrar en un acuerdo de reorganización empresarial.

Paralelo al citado análisis Carbonell O'Brien (2014) en su publicación "Apuntes de Derecho

Concursal latinoamericano, Colombia, Perú, México y Brasil, realiza a través del método comparativo en torno a la evolución normativa de los regímenes de insolvencia de las señaladas naciones, haciendo referencia del rol que desempeña cada uno de los sujetos que intervienen el trámite concursal, para concluir que “ El derecho concursal constituye una de las áreas de mayor interés, teniendo en cuenta la fase de desarrollo de nuestros países. Cada uno de los países latinoamericanos en que fue analizado los avances en materia de derecho concursal, coinciden en el hecho de que la norma en comento se ha ajustado a los avances del aparato productivo, en particular; así como en el proceso de globalización de la economía, en general.”

Por su parte Garzón (2015) entiende en su artículo “Los procesos de insolvencia en Colombia: Análisis comparado de los requisitos y condiciones” que si bien la Ley 1116 de (2006) cumple con la finalidad propuesta, también debe tenerse en cuenta que la ley no ha sido sometida a condiciones de crisis económica, que puedan llevar a determinar su efectividad y eficacia, pues dentro de los antecedentes, se evidencia que la evolución del régimen, se ha dado en parte, por las situaciones de crisis a las que se ha visto sometida la economía del país.

El abordaje académico realizado por Patiño y Serna (2017) en su trabajo de grado “Análisis del régimen de insolvencia empresarial, ley 1116 de 2006, y su impacto en las empresas colombianas”, expone el impacto generado de la Ley 1116 como herramienta jurídica-económica en cuanto a la recuperación financiera de las empresas, además, de la importancia a nivel estructural del conocimiento de las diversas estrategias presentes en la ley para futuras proyecciones o acciones de carácter financieras que eviten una futura crisis de insolvencia.

Lo anterior, busca establecer la importancia de la temática central de este documento, en cuanto que éste ha sido objeto central de investigaciones y previas actividades de orden académico, las cuales, como el presente artículo, busca la ampliación comprensiva del fenómeno de la Ley 1116 del 2006.

III. APROXIMACIONES NORMATIVAS Y TEORICAS

La entrada en vigencia de un nuevo orden constitucional puede tomarse como una razón de suficiente peso, en un sistema jurídico, para justificar que se defienda la constatación de auténticas transformaciones de modelos dentro del respectivo sistema, especialmente en casos –como el colombiano de 1991– en los cuales el acontecer constitucional supuso, en múltiples ámbitos estructurales a la concepción misma del Estado, verdaderos cambios.

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien Común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.....
(Constitución Política, 1991)

Obsérvese, que Lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política, nos indica que la empresa es la base del desarrollo y ésta debe ser estimulada por el propio Estado. Es decir que, las empresas son el eje central de cualquier economía de mercado, por lo que es obligación estatal cuidar por su adecuado funcionamiento, en toda ocasión en que el empleo, la inversión, el ahorro, el crédito, el crecimiento de la economía; en consecuencia, el equilibrio económico y la estabilidad política dependen en gran medida de la apropiada marcha de las empresas de un territorio.

Por otra parte la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha trabajado en varias ocasiones, conforme a la intervención del Estado para imponer límites a la libertad de la empresa. De esta manera, la Corte Constitucional en sentencia C-137 del 2007:

[...] ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, la Sentencia C-615 de 2002, con relación a los fines del proceso concursal, puede consultarse la Sentencia C-1143 de 2000, en la cual la Corte Constitucional expresó:

“Finalidad de los procesos concursales. En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial, y a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor, para atender el pago ordenado de sus obligaciones”.

Como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. (Corte Constitucional C-147, 1997)

En esta perspectiva, ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas normas. De este modo, se construye el principio de irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva disposición no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes (Corte Constitucional, Sentencia C-147, 1997).

El artículo 58 de la Carta garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Dentro del contenido de esta disposición no sólo se incluye el derecho de dominio sobre bienes corporales, sino en general todos los derechos patrimoniales adquiridos de conformidad con las reglas del derecho privado. Entre éstos resulta importante frente al derecho concursal la protección al derecho del crédito (Espitia, 2008).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad, tal como está planteado en el artículo 13 de la Carta, tiene distintos matices o facetas.

Un primer aspecto consiste en aplicar la normativa a todos los sujetos, en las mismas circunstancias y condiciones. Esta es la formulación tradicional del derecho a la igualdad, de acuerdo con la cual las leyes son promulgadas con carácter general, abstracto e impersonal, y están destinadas para ser aplicadas a todos por igual (Espitia, 2008).

Como consecuencia de lo anterior, surge un segundo aspecto, esto es, que el Estado está obligado a reconocer todas las circunstancias en las que hay discriminaciones injustificadas. En efecto, para

remediar dicha situación, se impone al Estado el deber de equiparar las condiciones de los sujetos que, aunque deberían estar en las mismas condiciones, no lo están. En este sentido, el derecho concursal ha trabajado con el principio de acuerdo, con el cual, todos los acreedores del deudor deben soportar en un mismo grado la pérdida que produce la falla del mismo. Lo anterior significa, que por vía de principio a los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario, lo que se suele enunciar con la expresión igual condición de crédito. Es decir que, se trata de un principio típico del juicio concursal, y uno de sus aspectos definitorios más reconocidos.

A pesar de ello, lo normal no es que los acreedores se encuentren en condiciones de igualdad. En este sentido, al aplicar el principio de igualdad frente a los acreedores del deudor en concurso, debe reconocerse previamente cuáles acreedores se encuentran en situación diferente, y darle tratamiento distinto a cada uno de ellos. Lo anterior ordinariamente se ha hecho a través del mecanismo de la prelación de créditos, que encuentra su fundamento constitucional en el principio del Estado Social de Derecho y en el derecho a la igualdad real del artículo 13 de la Carta (Espitia & Sotomonte, 2006).

Los regímenes concursales posteriores a la expedición de la Constitución de 1991 son cada vez más proclives a armonizar estos tres aspectos dentro de las finalidades de los distintos procedimientos mercantiles, y a ser puestos como criterios de interpretación y de solución de antinomias. Así, la armonización y conciliación de estas tres finalidades tiene un fundamento directo en los postulados de la Carta. La misma jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha reconocido de esta manera: "En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio.

Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser: a) La Reorganización Empresarial, a través de un acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la Liquidación por adjudicación o Judicial, a través de la adjudicación (venta de los bienes de la empresa a sus acreedores) o la realización de los bienes del deudor para atender el pago ordenado de sus obligaciones.

En cuanto a lo atinente al marco convencional se debe decir que el derecho concursal y su regulación a nivel multilateral se circunscribe a lo desarrollado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI la cual ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, como el Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, en este ámbito la ley colombiana se ha adecuando a esta exigencia, en lo estipulado en el Título III del Estatuto de Insolvencia ley 1116 de 2006, a través del proceso de Insolvencia transfronteriza.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

El nuevo régimen concursal implementado en la legislación colombiana, surge en respuesta a la falta de trámites, ágiles, pronto y eficaces, ya que estos eran a criterio de tratadistas y de la misma entidad competente, considerados como demorados, onerosos, y con poco éxito en la satisfacción del crédito, además de la dificultad que genera para el deudor el recuperar la empresa. (Alarcon,2011).

Para comprender con mayor cabalidad en qué consiste un régimen de insolvencia y, en consecuencia, sus características esenciales, es necesario precisar la definición de proceso concursal y de los principios que informan al mismo.

En este aspecto, podemos afirmar que por proceso concursal se entiende, aquel en virtud del cual todos los activos y todos los pasivos de un deudor insolvente son vinculados a un único proceso, en el cual se persigue proteger la masa de bienes del deudor, para que la misma sirva para atender el pago ordenado del pasivo a su cargo, de manera que todos los acreedores del deudor estén sujetos a lo que se decida sobre sus obligaciones en dicho proceso. Entonces, los procesos concursales buscan que, al verse el deudor en un estado de insolvencia, es decir, un estado en el cual es evidente que tal deudor no puede, ni podrá atender oportunamente sus obligaciones, el patrimonio de ese deudor no se desintegre para favorecer a un solo acreedor, sino que todos los acreedores tengan la oportunidad de concurrir a un único proceso, de manera que se les trate a todos por igual, salvo que exista alguna circunstancia que amerite un trato preferencial.

Los procesos concursales se denominan así, precisamente, porque todos los acreedores del deudor “concurrerán” al proceso a obtener el pago de sus créditos, el mencionado pago responde a un orden o prelación de créditos el cual debe hacerse, desde luego, atendiendo los privilegios y la prelación establecida en la ley.

En este aspecto, debe tenerse en cuenta que el otorgamiento del crédito supone, para el acreedor, una serie de derechos. En primer término, supone un derecho de restitución de la cosa en las condiciones pactadas (Gurrea, 2014). Si bien, el otorgamiento de crédito también concede para el acreedor un derecho de actuar coactivamente sobre el patrimonio del deudor en el caso de que éste incumpla sus obligaciones (Derecho de prenda general de los acreedores, prenda común de los acreedores garantía general, garantía común para los acreedores). En esta perspectiva el profesor Aurelio Gurrea Martínez nos dice que, en el momento en que el deudor incumpla sus obligaciones, los acreedores tienen la posibilidad de convertirse jurídicamente en dueños de los bienes y derechos del deudor, en la proporción que les corresponda a sus créditos (Gurrea, 2014). En este orden de ideas la ley 1116 de 2006 en consonancia con el Código Civil Colombiano, estableció una prelación de créditos para que, en un momento determinado, éstos se paguen en el orden legal establecido. Esto quiere decir, algunos de estos créditos serán cancelados antes que otros, lo que genera una situación privilegiada para unos, en el caso de los que son satisfechos de manera inicial, y en una desfavorable para los más atrasados, debido a que existe la posibilidad de que el pago de los últimos nunca sea llevado a término.

De acuerdo a lo anterior, se precisa traer a colación el orden en que deben ser pagados los créditos dentro de un proceso concursal, de acuerdo a la ley. De esta manera, se estipula lo siguiente: a) Pago de mesadas pensionales atrasadas (Sentencia T-458/97 del 24 de septiembre de 1997 de la Corte Constitucional); b) Gastos de administración; y c) Créditos reconocidos o admitidos dentro del proceso, que se califican y gradúan teniendo en cuenta la siguiente prelación: primera clase artículo 2495 del Código Civil), segunda clase (artículo 2497 ibídem), tercera clase (artículo 2506 CCC), cuarta clase (artículo 2506 CCC.), quinta clase (artículo 2506). También existe la calificación de otros créditos: condicionales o litigiosos.

Esta figura de la prelación de créditos, se establece por el legislador para determinar el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de estos créditos. Dicha acción debe ser aplicada por un juez en los procesos judiciales, (como es el caso de la Reorganización Empresarial) y que tiene como finalidad cumplir con el pago efectivo de las obligaciones a cargo del deudor, en el orden de preferencia establecido, de tal suerte que si las obligaciones pecuniarias del deudor, frente a diferentes acreedores, no pueden ser cumplidas con los bienes existentes, se pagarán hasta donde sea posible y de acuerdo con el orden fijado por la ley.

No obstante, durante los últimos años se ha podido observar el surgimiento de la tendencia legislativa en la que, en el contexto de los procedimientos de insolvencia, la mayor parte de las legislaciones comparadas han reformado sus sistemas de insolvencia con la finalidad de promover

la función conservativa del concurso hacia la empresa. Esta tendencia, que en la opinión de varios doctrinantes y a la que este artículo se adhiere, se desarrolla en el marco del Derecho concursal y se debe a diversos elementos jurídicos, políticos y económicos. Sin embargo, creemos que la crisis económica experimentada por la mayoría de las economías modernas (2007-2012) y los intereses de rescate de las empresas han influido considerablemente, en esta nueva tendencia del Derecho concursal.

El régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006, tiene como objetivos básicos de política legislativa dos elementos fundamentales: (i) la protección del crédito y (ii) la recuperación y conservación de la empresa, como fuente de riqueza y de empleo formal. El proceso de reorganización pretende preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, administrativa, y de activos y pasivos; propiciando y protegiendo la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general. En atención a este objeto y a la función económica del régimen de insolvencia, el legislador facultó ampliamente al juez concursal para "Ordenar las medidas pertinentes a (sic) proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor", así como "para dirigir el proceso y lograr que se cumplan las finalidades del mismo", según lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1116 de 2006. En el mismo sentido, tanto el Código de Procedimiento Civil (artículo 37.1) como el Código General del Proceso (artículo 42.1) prevén el deber especial del Juez de "Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran".

V. LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA COMO FUNCIÓN ESENCIAL DEL CONCURSO

La función conservativa del concurso en el Derecho de la insolvencia puede y debe servir como instrumento para reorganizar empresas viables que temporalmente tengan problemas financieros. Sin embargo, para que la decisión de la reorganización de una empresa en crisis resulte favorable para el deudor, para los acreedores y, en definitiva, para el sistema, el valor de la empresa en funcionamiento debe ser mayor al valor de liquidación de la empresa. En otras palabras, la decisión de reorganizar o liquidar, o no, de una empresa debe realizarse dependiendo del mayor valor se le pueda extraer a la empresa, ya sea mediante la venta de los activos de la compañía a terceros (liquidación); o mediante la venta de la compañía a sus antiguos propietarios, o nuevos adquirentes de las acciones o participaciones sociales, que es lo que, desde un punto de vista funcional, supone un acuerdo de condonación parcial de obligaciones (principalmente de intereses) y plazos de esperas entre el deudor y sus acreedores.

Hoy en día, el debate doctrinal se ubica en establecer si el concurso de acreedores debería mantener la mayor satisfacción de los acreedores; o, por el contrario, debería fomentar la conservación de la empresa en crisis, inclusive en aquellos casos en los que los acreedores reciban un mayor grado de satisfacción de sus créditos por menor que sea, mediante una probable liquidación del patrimonio de la empresa insolvente. Este cuestionamiento se puede resolver a partir de la suma de circunstancias dentro de un contexto de una política legislativa que responde a la necesidad de cada sistema económico y estatal. Sin embargo, la tendencia actual de la mayor parte de las legislaciones concursales parece ser el favorecimiento de la reorganización, incluso a expensas del interés de los acreedores.

Ahora, el objetivo primordial de una empresa es la maximización del valor a largo plazo de la sociedad. Esta maximización del valor tendrá, en el caso de sociedades solventes, una obtención de valor para los accionistas o socios; y, en el caso de las sociedades insolventes, una obtención de valor para los acreedores sociales. En cualquiera de los casos, la decisión que debería guiar al órgano de administración (en sociedades solventes) o, en su caso, a la administración concursal

(en sociedades insolventes) debería ser la maximización del valor de la empresa, al ser, en definitiva, lo que permitirá generar un mayor grado de riqueza y, consecuentemente, bienestar social (Gurrea, 2014).

Bajo esta óptica, cuando el valor de una empresa en funcionamiento es negativo o, en su caso, inferior a su valor en liquidación, se dice que la empresa es económicamente inviable. Esta situación supondrá que la empresa generará un mayor valor liquidándose que manteniéndose en el mercado. Por tanto, la solución económicamente más favorable, para maximizar el valor de los accionistas (en el caso de sociedades solventes) o de los acreedores (en el caso de sociedades insolventes) y, de esta manera, el bienestar social, sería liquidar la empresa, y permitir la colocación de sus activos (individualmente o en su conjunto) en otros usos más eficientes.

Ahora bien, se puede presentar la mera cesación de pago, pero que una empresa atraviese problemas financieros no significa que deba liquidarse, más bien en este caso es donde deben evaluarse los elementos que en realidad conlleven a un acuerdo de Reorganización Empresarial exitosa.

Asimismo, desde un punto de vista estrictamente económico, existen argumentos que permiten comprender que el Derecho concursal debe optimizar la satisfacción de los acreedores. De lo contrario, éstos podrían verse motivados, a reducir la concesión de crédito; o en su defecto, a conceder el crédito en condiciones menos favorables para el deudor, incluso en aquellas situaciones en las que el riesgo de insolvencia sea mínimo, con el indudable perjuicio que supondría el aumento generalizado del valor del crédito para la financiación de proyectos de inversión económicamente viables, que podrían generar bienestar social, trabajo y, en definitiva, riqueza a todos los asociados.

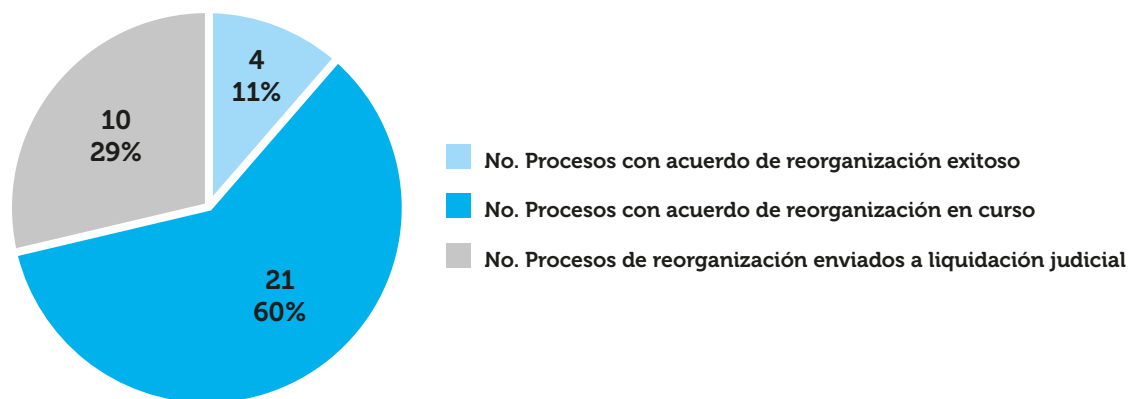
De los argumentos anteriormente planteados, se puede inferir que un inadecuado manejo de los procesos concursales en lo que respecta al proceso de Reorganización Empresarial, deriva directamente en un deterioro del sistema económico. Para explicitar lo anterior, observemos el caso hipotético en el que un alto número de empresas del territorio cartagenero entran en un proceso de insolvencia, en el cual sus pasivos superan los activos y de esta forma, son admitidas en un proceso de Reorganización Empresarial. Debe notarse aquí que lo pertinente y recomendable, sería llevar a cabo la liquidación de estas empresas de manera rápida y ordenada. Naturalmente, las consecuencias de esta acción, serían nefastas, no solo para el empresario insolvente, sino que a éste le seguirían sus acreedores y consecuentemente todo el sistema económico y productivo del territorio.

VI. DIAGNOSTICO CONCURSAL DE EMPRESAS SOMETIDAS AL RÉGIMEN

De acuerdo a la metodología utilizada, el estudio de casos y revisión de expedientes que cursan ante la Superintendencia de Sociedades en la delegatura para procedimientos de Insolvencias y la Intendencia Regional Cartagena de la Superintendencia de Sociedades y personas naturales comerciantes cuyo domicilio es la ciudad de Cartagena, se pudo establecer los datos que se relacionan el siguiente cuadro:

Figura 1. Procesos de Reorganización Admitidos de Sociedades con domicilio en la ciudad de Cartagena 2007-2017.

PROCESOS DE REORGANIZACIÓN ADMITIDOS



Fuente: Recuperada de Autores, según Informes Supersociedades, 2007-2017.

Del anterior cuadro, se pudo interpretar que, si bien existe sociedades de distintos sectores económicos; como construcción, suministro de personal, manufactura entre otros, no podemos afirmar tajantemente que exista un sector focalizado, en el que se haya generado una crisis o dificultades que hayan obligado a estas empresas, a ser admitidos en un proceso concursal, sino que, existen unos factores que pueden catalogarse de diversos, entre los cuales podemos indicar lo siguiente: I) Indebida organización financiera y administrativa de las propias empresas, II) Alta carga tributaria, III) Fluctuaciones en el mercado y IV) devaluación y/o revaluación del peso colombiano V) Incertidumbre política del país, entre otros de menor relevancia, estas razones a su vez desembocan en los supuestos de admisibilidad consagrados en la ley 1116 de 2006, tales como cesación de pagos o la incapacidad de pago inminente, que como ya se advirtió anteriormente, constituyen las verdaderas causales para el inicio del proceso concursal de Reorganización, siempre y cuando la empresa sea viable y se le pueda dar aplicación a la conservación de la empresa como unidad de explotación económica fuente y generadora de empleo, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

De esta manera, a partir de la afirmación contenida en el artículo 1º del Estatuto Concursal, (que a nuestra consideración no se encuentra suficientemente interiorizado por los empresario o deudores que se someten a los procesos de Reorganización Empresarial), y como se infiere en el cuadro anterior, se puede aseverar que no es viable económicamente realizar este tipo de acciones, debido a que, muchas veces atemorizados por las implicaciones del trámite concursal, se olvida que es preferible salvar la empresa con ayuda de los acreedores, debido a que son los directamente interesados en salvaguardar y proteger su crédito.

Actualmente solo un 11% de los concursos logran sacar adelante el acuerdo de Reorganización con los acreedores y la empresa sigue funcionando. En el resto de los casos la liquidación implica el cierre de las mismas. Para los empresarios está claro que hay que evitar estas cifras, pero ¿por qué sucede? Porque las empresas presentan los concursos a última hora, lo que imposibilita cualquier

tipo de acción eficaz que pueda realmente solventar la situación antes del cierre. No obstante, la verdadera acción que se debe realizar es la solicitud de las medidas necesarias, en el momento adecuado, cuando aún hay un patrimonio suficientemente importante como para ofrecer a los acreedores algo razonable, que permita aprobar un convenio. Es por esto que, la ley 1116 establece como obligación que el concurso se presente en los dos meses siguientes a que se produzca la situación de insolvencia, es decir, cuando no se pueden pagar regularmente las obligaciones exigibles. Si esta exigencia se cumpliera, el proceso concursal sería un mecanismo fabuloso para permitir la supervivencia de la empresa.

Por otra parte, se hace necesario que los empresarios se involucren en la llamada cultura de la insolvencia obteniendo mayor respecto del procedimiento concursal, es importante que los empresarios estén implicados, que conozcan el escenario .

Otra forma de medir la eficacia o no de la ley concursal, sería dividiendo el número por los procesos de reorganización, que se llevaron a cabo durante el periodo 2006 a 2017 es decir 35 procesos entre número de empresas registradas en la ciudad de Cartagena al año 2017, que de acuerdo al registro mercantil con corte al año 2017 se encontraban matriculadas 22.596 empresas, mipymes y grandes empresas, lo que arrojaría un cociente irrisorio de 0.001548, lo que a nuestro juicio sería una inadecuada medición de la eficacia, pues la norma no busca que muchas empresas hagan uso del procedimiento concursal, sino, que aquellas que se sometan a éste tengan, un final exitoso en el cumplimiento del acuerdo de Reorganización; o dado el caso la liquidación de ésta sea pronta, ordenada y eficiente con el patrimonio del deudor.

De igual manera se debe advertir que modificar la ley Concursal no implicará salvar más empresas, como lo pensábamos en un principio, porque el problema no se encuentra en la normativa, sino en la falta de cultura de concurso de acreedores que predomina en el territorio colombiano, y que hace que en muchos casos se haga uso de las posibilidades existentes en la norma de insolvencia, cuando la situación de la empresa es ya irrecuperable.

Así lo ha expresado Luis Martin (2014), teórico español que defiende que la reorganización empresarial no debe tener como objetivo salvar puestos de trabajo o empresarios, sino hacer que las compañías que realmente son viables y solventes sobrevivan. Con todo esto, es posible afirmar que, al final "la ley Concursal es tan buena o tan mala como cualquier otra", afirma Martin, para quien lo realmente fundamental es "cómo se prepara" cada proceso concursal y cómo se gestiona la insolvencia y, sobre todo, cuándo se produce la cesación de pagos, elementos estos que a nuestro juicio constituyen el punto de quiebre o si se quiere la vuelta de tuerca para poder llevar a cabo un proceso de salvamento para la empresa, y establecer a tiempo si se permite la expresión que empresas son viables y cual no amén del convencimiento de los acreedores que aportando su esfuerzo y espera pueden obtener la recuperación de su crédito.

VII. CONCLUSIONES

El presente trabajo procuró analizar la tendencia de los últimos años del desarrollo de los Procesos de Reorganización Empresarial que han surtido las Empresas con domicilio en la ciudad de Cartagena. Dicho análisis permitió mostrar que las empresas que se presentaron con una mayor preparación mostraron un mayor conocimiento de su capacidad de recuperación y su proceso pudo terminar exitosamente. Sin embargo, el presente artículo se adhiere al criterio de que el Derecho de insolvencia debe maximizar el interés de los acreedores, ya sea a través del mantenimiento de la empresa en crisis o, en su caso, mediante una liquidación pronta, ordenada del patrimonio social. De lo contrario, se produciría, una ineficiente asignación de recursos materiales, inmateriales y humanos que podrían ser reubicados hacia otras actividades económicamente viables.

Es importante resaltar que los empresarios en general deben asimilar o introducir dentro del panorama o mapa de riesgos al que se puede ver sometida la empresa, el fenómeno de la insolvencia económica y de esta forma estar preparados para la contingencia. Así, aunque ninguna empresa se constituye con la visión o la perspectiva del fracaso o la crisis, si es necesario asumir una posición del re-emprendimiento empresarial, diversificando su portafolio de servicios u ofreciendo alternativas de negocios asociados con el objeto social desarrollado, esto con el fin de superar aquellas situaciones que avoquen a la empresa a un proceso de Reorganización Empresarial.

Por tales razones, la Ley Concursal no necesita, una reforma aun, pues se acomoda a lo que la exigencia jurídicas y económicas demandan, pero sí debe haber un cambio implícito en los empresarios y comerciantes, debido a que es necesario que las empresas se encuentren preparadas, para poder reaccionar a tiempo en los momentos de crisis y poder evaluar las verdaderas posibilidades de emprendimiento y poder tomar las acciones que sean más convenientes. Por lo que debe fortalecerse a través de la pedagogía social, las bondades de este valioso instrumento que nos proporciona la legislación mercantil.

También, es necesario indicar que, en gran parte de otros países, principalmente los europeos, el concurso se ve como algo normal, natural para una empresa en dificultades, que sirve para obtener ventajas financieras y acuerdos que permiten que la empresa salga adelante. En nuestro contexto regional está siendo aceptado de manera paulatina, debido a que permanece el prejuicio generado por las antiguas quiebras, que eran tomadas como completas catástrofes empresariales. Por tal motivo, no ha sido sencillo hacer ver la importancia de la transición a este tipo de preparación para la crisis de las empresas.

Igualmente se hace necesario involucrar efectivamente a los acreedores en el proceso de Reorganización, presentándoles planes de pagos serios y viables, soportados con el flujo de caja de la propia empresa y teniendo en cuenta que aquellas empresas cuyo pasivo supera los activos, se encuentran a un paso de ser propiedad de éstos (Gurrea, 2014), por lo tanto, son los acreedores los más favorecidos al salvar la empresa al obtener la recuperación de su crédito.

Un elemento adicional que a nuestro modo de ver, en cierta forma viene deteriorando el papel del Promotor como impulsor al lado del empresario, es que si bien la ley 1116 de 2006, permite, que quien se desempeñe como representante legal de la empresa concursada, tiene la posibilidad de fungir como promotor de la misma, dentro del trámite concursal, esto con el fin de reducir los gastos del ya disminuido concursado, al verse en la necesidad de sufragar costos de un auxiliar de la justicia (como es el caso de los promotores que se encuentran en la lista de auxiliares de la Superintendencia de Sociedades), se le permite que el representante legal continúe como promotor del concurso, ahorra en muchas ocasiones el empresario en forma consiente y abocado a la necesidad de contratar un experto en el tema de insolvencia que lo oriente y lo ayude a sacar a flote el acuerdo de reorganización, se hace a los servicios de un verdadero experto en éstas lides, pero en un porcentaje que diríamos que viene creciendo un poco más de lo deseado el empresario o representante legal de la sociedad, decide por sí solo adelantar el trámite concursal, sin tener los conocimientos técnicos ni la experiencia que se exige, para este tipo de procesos, pues además de tener el conocimiento jurídico que conlleva un trámite judicial, como lo es el caso del proceso de Reorganización, debe tener ciertas habilidades de negociación y de manejo de comunicación que se necesitan en el desarrollo del acuerdo, pues consideramos que esta situación puede abocar al fracaso del acuerdo, inclusive que ni si quiera se firme y autorice por parte del juez del concurso por detalles y aspectos técnicos jurídicos que se escapan al representante legal con funciones de promotor, pues entonces donde queremos sugerir, que en todo caso se designe si bien no de manera forzosa un promotor de la lista de auxiliares de la justicia, si por parte del empresario se logre la asesoría idónea de un experto profesional en materia

de procesos concursales, y que dicho acompañamiento sea patrocinado en lo que respecta a los honorarios de éste profesional por el auxilio económico de la propia Superintendencia o en su defecto del Ministerio de Industria y turismo, inclusive de agremiaciones empresariales o las Cámaras de Comercio al que pertenezca el empresario

Claro está la anterior recomendación solo sería posible, previa autorización legal o reglamentaria e incluiría la esquivada voluntad política de los actores mencionados.

Por último, es posible concluir que definitivamente la probabilidad de éxito de las empresas que toman la decisión temprana de entrar en el Acuerdo de Reorganización Empresarial, es superior al de las que deciden no hacer parte de él o no lo realizan a tiempo teniendo en cuenta siempre que los indicadores de desempeño no estén drásticamente deteriorados. (Supersociedades, 2017).

VIII. REFERENCIAS

Alarcón Lora, A. (2010). Impacto de la ley de Reestructuración económica en el sector de la economía en la ciudad de Cartagena entre el 1 de enero de 2000 y diciembre de 2006" Universidad del Norte, Barranquilla.

Alarcón Lora, A. (2011). Los procesos concursales como mecanismos para conjurar la crisis empresarial. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767750.pdf>.

Carbonell O'Brien, E. (2015) Apuntes de derecho concursal latinoamericano Colombia, Perú, México y Brasil. Legem, Vol. 2, Lima. Perú.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. CNUDMI
Garzon Niño, S. (2015). Los procesos de insolvencia en Colombia: Análisis comparado de los requisitos y condiciones, Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Corte Constitucional, Sentencia C-147 (1997) M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-615 (2002) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-649 (2001) M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-485 (2007) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-699 (2007), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Constitución política de Colombia. (1991). Actualizada y revisada. Bogotá, D.C. Colombia: Legis.

Giraldo, A. J. (2012). Metodología y Técnica de la investigación sociojurídica. Ibagué: Universidad de Ibagué, Programa de Derecho.

Gurrea M, A. (2014) Nuevas tendencias en la configuración del interés del concurso: del interés de los acreedores al mantenimiento de la empresa en crisis, Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo Working Paper Series.

Ley 1116 (2006). 2ª Edición, Legis Editores S.A., Bogotá, D.C.

Londoño R, A. & Isaza U, A. (2008) Comentarios al régimen de insolvencia Empresarial.

Mújica, D. Los Presupuestos del Concurso en la legislación colombiana. Revista E-Mercatoria. Vol. 4. N. 1.

Reyes V, F. (2016) Derecho Societario (3 Ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Rodríguez, J. (2007) El Derecho Concursal Colombiano a la luz de la Constitución Política. Aproximación al derecho Concursal Colombiano. Revista – Mercatoria volumen 6, número 2.

Rodríguez J. & Sotomonte, D. (2006) Los Presupuestos del Concurso. Revista Mercatoria, vol. 5. N.º 2.

Superintendencia de Sociedades. (2006). Cartilla nueva régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006. Recuperado en: Downloads/Cartilla_nuevo_regimen_de_insolvencia_empresarial.pdf.

Vejarano Alvarez, C (2007) Acuerdos de Reorganización Empresarial, 3R Editores, Bogotá.

Wilches-Durán, R. (2008) Vacíos e Inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución Universitas, núm. 117, julio-diciembre, pp. 197-218 Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.