

**ACERCAMIENTO AL PROCESO CONCURSAL DE INSOLVENCIA  
TRANSFRONTERIZA**

**ANDREA RESTREPO TRUJILLO  
ANDRES GUILLERMO HERRERA BERNAL**

**MEDELLÍN  
UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
2012**

**ACERCAMIENTO AL PROCESO CONCURSAL DE INSOLVENCIA  
TRANSFRONTERIZA**

**ANDREA RESTREPO TRUJILLO  
ANDRES GUILLERMO HERRERA BERNAL**

**Trabajo de grado presentado como  
requisito parcial para optar al título de abogados**

**Asesor:**

Abogado, Alberto Ceballos Velásquez

**MEDELLÍN  
UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
2012**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Medellín, octubre de 2012

## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>1. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONCURSAL PATRIMONIO Y CREDITO.....</b>	<b>8</b>
1.1 NOCION DE PATRIMONIO.....	8
Tutela del crédito .....	9
1.2 INTRODUCCION AL DERECHO CONCURSAL .....	10
1.2.1 Concepto y caracteres .....	10
1.2.2 Principios del derecho concursal.....	11
<b>2. PRESUPUESTOS DE LOS PROCESOS CONCURSALES.....</b>	<b>12</b>
2.1 PRESUPUESTO OBJETIVO. EL ESTADO DE CESACION DE PAGOS....	12
2.1.1 Distintas teorías del presupuesto objetivo.....	12
2.1.2 Concepto del estado de cesación de pagos .....	13
2.1.3 Caracterización del concepto. Elementos que lo determinan. ....	14
2.1.4 Hechos reveladores .....	15
2.2 PRESUPUESTO SUBJETIVO. EL SUJETO CONCURSABLE .....	17
<b>3. EL PROCESO CONCURSAL.....</b>	<b>23</b>
3.1 NATURALEZA DEL CONCURSO .....	23
3.2 EL PROCESO CONCURSAL LIQUIDATORIO COMO PROCESO EJECUTIVO COLECTIVO .....	25
3.3 CARACTERISTICAS DEL PROCESO CONCURSAL.....	29
3.3.1 Unidad del proceso .....	29
3.3.2 Concurrencia de acreedores.....	30
<b>4. PRINCIPIOS DEL CONCURSO .....</b>	<b>32</b>
4.1 UNIVERSALIDAD.....	32
4.2 IGUALDAD .....	34
4.3 EFICIENCIA.....	36

4.4 INFORMACIÓN .....	36
4.5 NEGOCIABILIDAD .....	38
4.6 RECIPROCIDAD .....	38
4.7 GOBERNABILIDAD ECONÓMICA.....	39
4.8 OFICIOSIDAD .....	39
<b>5. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONCURSOS CON LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1116 .....</b>	<b>41</b>
<b>6. NOCIONES GENERALES SOBRE EL PROCESO CONCURSAL EXTRANACIONAL .....</b>	<b>43</b>
6.1 LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DENTRO DE LA DOCTRINA. ...	44
6.2 TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSNACIONAL EN OTROS ESTADOS .....	45
6.2.1 México.....	45
6.2.2 Argentina.....	47
6.2.3 Otros estados que acogieron la ley modelo. ....	47
<b>7. TRATADOS Y LEYES QUE COLOMBIA HA INIMPLEMENTADO EN TORNO AL TEMA DE LA INSONLVENCIA TRANSNACIONAL.....</b>	<b>49</b>
<b>8. ACERCAMIENTO AL REGIMEN DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DE LA LEY 1116 DE 2006 .....</b>	<b>52</b>
8.1 SITUACIONES DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA .....	53
8.2 ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS ANTE LAS AUTORIDADES COLOMBIANAS .....	55
8.3 SOLICITUD DE RECONOCIMIENNTO DE UN PROCESO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES.....	56
8.3.1 Medidas otorgables a partir de la solicitud .....	57
8.3.2 Reconocimiento del proceso extranjero .....	58
<b>9. ASPECTO PROBLEMÁTICO DE LA LEY DE INSOLVENCIA EN MATERIA DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA .....</b>	<b>62</b>
<b>10. CONCLUSIONES .....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>70</b>

## **RESUMEN**

En el mundo actual hay una necesidad de enfrentarse a un reto: los negocios ya traspasan las fronteras y en los mismos termina habiendo de por medio un conflicto de ordenamientos jurídicos. De cara a dicha situación, la comunidad internacional ha encontrado que es necesario tomar medidas para la protección de los derechos del acreedor transnacional frente a un deudor que se enfrenta a la insolvencia. En Colombia se le pretende dar una solución a dicho problema por medio de la Ley 1116 de 2006, en la cual el legislador patrio acogió el proyecto presentado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante: CNUDMI, el cual en el presente trabajo ha de ser caracterizado y criticado.

## INTRODUCCIÓN

El estudio de temas que se relacionen en simultánea con tópicos de derecho procesal, derecho sustancial nacional y el derecho internacional nos lleva necesariamente a hacer un esfuerzo y alejarnos de los problemas propios de nuestro sistema jurídico y de la realidad por la que el mismo atraviesa, nos hace poner de cierta manera la mirada en temas que trasciendan el derecho local, para poder mirar el derecho no solo como un instrumento de relación entre los nacionales. La dinámica global actual no nos permite pensar en relaciones económicas o jurídicas que afecten solo a un ordenamiento jurídico por lo tanto este trabajo trata de olvidarse de esas fronteras para poder pensar en relaciones internacionales que importan a diferentes países y deban ser reguladas por sus respectivas normativas internas.

El tema seleccionado es el tratamiento jurídico de la insolvencia transfronteriza en Colombia, para lo cual se enfocará la primera parte de este trabajo en caracterizar el derecho y proceso concursal, luego se delimitará que se puede entender por insolvencia transfronteriza, valiéndose de la explicación, que de la misma, ha dado la doctrina, posteriormente se preocupará por ver de qué manera se aplica y se entiende en otros países, para por fin centrarse en el tratamiento que de la misma se da en nuestro país.

Para esta finalidad se hará un recorrido por los tratados y leyes nacionales que tratan la misma y luego se centrará en hacer una pequeña crítica de dichas regulaciones, sin embargo es importante mencionar que este esfuerzo no quiere ser solo un recorrido artículo por artículo de las leyes que afrontan el problema de la insolvencia del país.

## **1. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONCURSAL PATRIMONIO Y CREDITO**

### **1.1 NOCION DE PATRIMONIO**

Para entender los fundamentos del derecho concursal es preciso adentrarse en los conceptos de patrimonio y crédito como parte integrante de este.

En primer lugar, el patrimonio ha de entenderse como un atributo de la persona, “La legislación colombiana no tiene estructurada una teoría sobre el patrimonio y solo de manera asistemática, se refiere a algunos aspectos, como por ejemplo, al estudiar los derechos de contenido económico (derechos reales y personales, inmateriales y universales), al estudiar la prenda general del acreedor y al estudiar los fenómenos de traslación patrimonial tanto por la vía de transferencia como por vía de transmisión”.<sup>1</sup>

Los teóricos del derecho concursal, por tradición y por ser el objeto de su estudio procesos donde se ven involucrados los activos y los pasivos del deudor, se han apoyado en la teorías clásicas sobre el patrimonio entendiendo que el patrimonio se encuentra integrado por dos elementos: el haber, compuesto por los bienes y créditos, los cuales constituyen el activo, y el deber, integrado por las deudas que conforman el pasivo del sujeto, las cuales son ocurrencias negativas que se restan del activo, permitiendo obtener la verdadera valoración del patrimonio el cual constituye prenda general de los acreedores. Por lo anterior, es que puede predicarse que todos los acreedores tienen garantizado su crédito, en principio,

---

<sup>1</sup> MONTOYA O., Marta E; MONTOYA .P, Guillermo. Las personas en el derecho civil colombiano. Bogotá: Ed Leyer, 2001. p. 44.

con todos los bienes que conforman el patrimonio de su deudor, y en caso de la no satisfacción del pago podrán ejercer las acciones ejecutivas correspondientes.<sup>2</sup>

### **Tutela del crédito**

Un segundo aspecto es el relacionado con el crédito, entendido como el objeto del derecho concursal, toda vez que permite las negociaciones jurídicas a través del uso del capital ajeno<sup>3</sup>. Lo anterior, se basa en la confianza y si esta se pierde, su consecuencia es la suspensión del crédito y allí es donde hace su aparición el proceso concursal<sup>4</sup>.

Una vez se de la insolvencia del deudor, el ordenamiento protege al acreedor revistiéndolo con unas facultades y acciones que permitan hacer efectivo el crédito frente al deudor, es decir, se le da la posibilidad al acreedor de requerir medidas preventivas que recaigan sobre el patrimonio del deudor para asegurar el derecho insatisfecho; igualmente posee acciones que posibilitaran a través de la coacción el cumplimiento de la obligación por el deudor bien sea por pago en especie o por equivalente, el cumplimiento por un tercero, resolución contractual y la acción de responsabilidad buscando el resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento. Así mismo, poseen acciones tendientes a integrar el patrimonio del deudor tales como, la acción reivindicatoria, subrogatoria, de simulación, etc. Las cuales buscan recomponer el patrimonio que se ha visto disminuido por acción u omisión del deudor.

El titular del derecho poseerá la facultad de exigir la protección jurisdiccional ante el incumplimiento voluntario por parte del deudor. Lo anterior podrá ser realizado

---

<sup>2</sup> GRAZIBIALE, Darío J.; ALEGRIA, Héctor. Derecho concursal. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis, 2006. p. 37.

<sup>3</sup> FERNANDEZ, Raymundo L. Tratado teórico-practico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra. , Buenos Aires: CIA, 1937. p. 23

<sup>4</sup> LORENTE, Javier A. Ley de Concursos y Quiebras comentada y anotada. Buenos Aires: t. I. Gowa, 2000. p. 33

de forma individual o colectiva. Por la primera se entenderá que por la acción de uno o algunos acreedores se incluirán uno o algunos bienes del deudor, y por la segunda se entiende que quedarán involucrados todos los bienes y todos los acreedores.

Puede colegirse que a través de la ejecución individual el acreedor puede cobrarse su crédito con el resultado de la venta forzada de alguno de los bienes que conforman el patrimonio de su deudor. El concepto de individualidad tiene su razón de ser en el hecho de que en esta clase de procesos se enfrenta cada acreedor con su deudor.<sup>5</sup>

## **1.2 INTRODUCCION AL DERECHO CONCURSAL**

### **1.2.1 Concepto y caracteres**

El derecho concursal se encuentra concebido como el “conjunto de normas jurídicas que han sido sancionadas para regular los efectos del concurso patrimonial y los instrumentos técnicos necesarios que permitan resolver el conflicto de insuficiencia que tal concurso produce”<sup>6</sup>

Así, puede predicarse que el derecho concursal es una rama independiente de otras áreas del derecho. A modo de ejemplo, se dice que no puede incluirse dentro del derecho procesal, porque el derecho concursal es una mezcla entre derecho y proceso, así como tampoco podrá incluirse dentro del derecho comercial, puesto que transita tanto en el ámbito civil como en el comercial.

---

<sup>5</sup> GRAZIBIALE. Derecho concursal. Op. Cit., p. 7.

<sup>6</sup> GARAGUSO, Horacio P. Fundamentos de derecho concursal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 19.

### 1.2.2 Principios del derecho concursal

Los principios del proceso concursal no pueden confundirse con los principios del derecho concursal, toda vez que estos últimos constituyen ideas fuerza que dirigen la legislación concursal, como instituto autónomo.<sup>7</sup>

Por lo anterior, se hace necesario establecer los parámetros del derecho concursal, los cuales son: **escasez**, entendida como la incapacidad patrimonial que causa la cesación de los pagos, la insolvencia; **la empresa** como organización de trabajo y capital concebida como bien valioso; y el necesario **sometimiento a la realidad económica** del derecho concursal donde este se desarrolla.

---

<sup>7</sup> Ibid.

## **2. PRESUPUESTOS DE LOS PROCESOS CONCURSALES**

### **2.1 PRESUPUESTO OBJETIVO. EL ESTADO DE CESACION DE PAGOS**

El estado de cesación de pagos se conforma, inicialmente, por el presupuesto objetivo de los procesos concursales, cuya importancia radica en la capacidad económica del deudor para cumplir puntualmente con el pago de sus obligaciones<sup>8</sup>, a lo que se llamará “insolvencia” o “estado de cesación de pagos”.

#### **2.1.1 Distintas teorías del presupuesto objetivo**

Las teorías que se estudiarán a continuación tratan de determinar el presupuesto objetivo de los concursos, es decir, tratan de definir cuando se deben iniciar dichos procedimientos.

- teoría materialista: concibe a la cesación de pagos como un incumplimiento de las obligaciones debidas por parte del deudor, sin importar sus causas, y admitiendo únicamente por parte de este la excepción de pago.
- Teoría intermedia: la cesación de pagos es entendida como un estado patrimonial que solo se evidencia con el incumplimiento efectivo de la obligación. En esta teoría se tiene en cuenta la situación económica del deudor, es decir, los incumplimientos deben ser analizados por un juez, para saber si estos fueron producto de una falta de recursos o si fueron obra realmente de un estado de insolvencia patrimonial, permanente y general.

---

<sup>8</sup> FERNANDEZ, Raymundo L. Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra. Buenos Aires: CIA, 1937, p. 274.

- Teoría amplia: entiende la cesación de pagos como un estado patrimonial, en donde lo que verdaderamente importa es la impotencia del deudor frente a sus créditos vencidos.
- Teoría de los equivalentes: se asimila la cesación de pagos a la interrupción efectiva y material de estos, toda vez que sin incumplimiento no puede entenderse cesación.

### **2.1.2 Concepto del estado de cesación de pagos**

La conceptualización de la insolvencia o del estado de cesación de pagos se funda en aspectos objetivos que se encuentran directamente ligados con el patrimonio. La doctrina más que intentar establecer un concepto estricto ha procurado establecer límites para no confundirlo con otras patologías del patrimonio.

Se ha tratado de no confundir el estado de cesación de pagos con el desequilibrio patrimonial matemático, (activo – pasivo), al que históricamente se le ha denominado insolvencia<sup>9</sup>, entendida esta como el déficit patrimonial, es decir, cuando la suma del activo es inferior a la del activo, esta es una noción contable. Se ha sostenido que debe utilizarse el término de insolvencia cuando la realización de los bienes del deudor no basta para cumplir las obligaciones exigibles, generando, entonces un desequilibrio de las prestaciones. El déficit no debe generar el inicio de un proceso concursal pues el deudor puede recurrir al crédito y así mantenerse en estado de solvencia, esto es, capacidad para cubrir sus obligaciones

---

<sup>9</sup> MAFFIA, Osvaldo J. "Estado (de cesación de pagos) ¿del deudor, o de su patrimonio?". ED del 26/6/2001.

La diferenciación entre los conceptos de insolvencia y del estado de cesación de pagos no existe etimológicamente, además haciendo una interpretación literal significan lo mismo. Estos conceptos tampoco pueden ser confundidos con la idea de realización del activo, es decir, con la correspondencia entre el activo líquido y los créditos exigibles, puesto que debe analizarse globalmente, entendiendo la realidad empresarial. El retardo en el cumplimiento de las obligaciones no siempre se presenta por la falta de capacidad para hacerlo, en ocasiones puede ser falta de iniciativa del deudor, por lo que no se configuraría el estado de insolvencia. También puede ocurrir el caso contrario, esto es, cuando el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos e intenta por todos los medios el pago de sus obligaciones, impidiendo la exteriorización de su real estado patrimonial<sup>10</sup>.

La cesación de pagos es el desequilibrio económico que importa que un estado patrimonial de imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones, es un supuesto dinámico de flujo de fondos insuficientes para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones exigibles, el cual se puede definir como el estado económico de un patrimonio, que se evidencia como impotente para hacer frente en forma regular a las obligaciones exigibles<sup>11</sup>

### **2.1.3 Caracterización del concepto. Elementos que lo determinan.**

El estado de cesación de pagos comprendido como estado económico patrimonial necesita de ciertos elementos propios para conformarse<sup>12</sup>.

- Generalidad: al ser la cesión de pagos un estado y no un hecho, este debe ser general, es decir, que la situación económica por la que pasa el deudor vuelve su patrimonio impotente para cumplir con sus deudas vencidas y las que están próximas a vencer.

---

<sup>10</sup> GRAZIBIALE. Derecho concursal. Op. Cit., p.44.

<sup>11</sup> RIVERA, Julio C. ROITMAN, Horacio; VITOLLO, Daniel R. Ley de concursos y quiebras, t. I. Rubinzal – Culzoni, Santa

<sup>12</sup> GRAZIBIALE. Derecho concursal. Op. Cit., p.46.

- Permanencia: este elemento está ligado directamente al de generalidad puesto que debe acreditarse que el deudor está imposibilitado económicamente para cumplir con sus obligaciones de forma permanente y no pasajera, toda vez que no se estaría en presencia de una cesación de pagos por la simple existencia de una insuficiencia de fondos transitoriamente.

Ahora se dará paso a los caracteres del presupuesto sustancial objetivo, es decir, de la noción del estado de cesación de pagos<sup>13</sup>.

- Imposibilidad de cumplimiento: el deudor se verá imposibilitado para cumplir con sus obligaciones si concurre en él la falta de crédito o de liquidez.
- En forma regular: de igual forma se evidencia el estado cuando el deudor cumple con sus obligaciones pero no de forma ordinaria. Entonces, es necesario establecer que el cumplimiento regular es el que se realiza al vencimiento de la obligación, a todos los acreedores y en la especie debida.
- Las obligaciones exigibles: normalmente el pago de las obligaciones se realiza al vencimiento de estas, y no se configura la cesión de pagos por el hecho que las obligaciones se hayan diferido en el tiempo por condición o plazo.

#### **2.1.4 Hechos reveladores**

El estado de insolvencia tiene varias funciones y acepciones dentro de las diferentes legislaciones, esto se debe a las diferentes formas de exteriorización las cuales no siempre son comprobables sino meramente alegables. No se puede confundir la demostración de un hecho revelador con la existencia del estado de

---

<sup>13</sup> *Ibíd.* p. 47.

insolvencia; un hecho revelador es comprobable pero esto solo es indicio de la existencia del estado de cesación de pagos.

Los hechos reveladores son manifestaciones del estado de insolvencia que se caracterizan por ser exteriores y objetivamente comprobables, por lo que no es necesario invadir la esfera de la intimidad patrimonial del deudor para conocer el estado de insolvencia<sup>14</sup>.

Entre aquellos hechos acreditables encontramos los hechos reveladores que se exigen para decretar el concurso liquidatorio del deudor a pedido del acreedor, los cuales son enunciados por la ley taxativamente. Estos hechos sobre los que la autoridad competente fundamenta su decisión, si bien deben ser exteriorizados no resulta necesario que sean notorios, ni que sean reiterados. Tampoco son exclusivas de obligaciones dinerarias pudiendo incluir las obligaciones que no versen sobre dinero y las obligaciones con la prestación de hacer<sup>15</sup>.

La legislación colombiana estableció en el artículo 9 de la ley 1116 de 2006 como supuesto de admisibilidad para el proceso concursal de reorganización que el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos y el mismo artículo establece que el deudor se encontrará en este estado cuando:

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando: Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley. 2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente,

---

<sup>14</sup> ALEGRÍA, Hector Citado por PAJARDI, Piero, Derecho concursal. Buenos Aires: t.I. Abaco, 1991. p. 302.

<sup>15</sup> PROVINCIALI, Renzo. Tratado de derecho de la quiebra. Barcelona: AHR, 1958.

cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

La misma ley en el artículo 49 cuando enuncia los supuestos de apertura de un concurso liquidatorio inmediato en su numeral 7 establece como hecho revelador “Tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el Juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses”.

## **2.2 PRESUPUESTO SUBJETIVO. EL SUJETO CONCURSABLE**

El sujeto pasivo del concurso es el deudor y en la antigüedad la quiebra nacía para los comerciantes cuando la totalidad del derecho sustancial se aplicaba para todo tipo de personas. En la práctica se dieron tres sistemas respecto del sujeto pasivo del concurso<sup>16</sup>:

- las legislaciones que regulan el proceso concursal solo para comerciantes: estas legislaciones son aquellas que han heredado las tradiciones del derecho francés.
- Las legislaciones que prescriben dos sistemas concursales, uno para las personas con calidad de comerciantes y otro para las civiles.
- Las legislaciones que han unificado el sistema concursal para personas comerciantes y no comerciantes.

---

<sup>16</sup> GRAZIBIALE. Derecho concursal. Op. Cit. p. 56.

La ley 1116 en su artículo 2 define el ámbito de su aplicación y establece que “estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales”

La Ley en mención vuelve a enunciar criterios tradicionales contenido en el código de comercio y en el decreto 350 de 1989, acorde a los cuales los mecanismos concursales solo tendrán aplicación a comerciantes. Sobre esto en particular la ley 550 también dispuso que el régimen previsto por ella será de aplicación estricta a las personas jurídicas o naturales que desarrollen actividades empresariales correspondientes a los actos previstos por el artículo 20 del código de comercio. Entonces, la ley 1116 amplía el espectro contenido en la ley 222 de 1995, la cual permitía su aplicación a las personas naturales no comerciantes<sup>17</sup>.

La exclusión por parte de la Ley 1116 a las personas naturales no comerciantes, tiene su razón de ser en que el proyecto de la ley como tal regula la insolvencia tomando en consideración el desarrollo de una actividad empresarial y de esta forma diseña normas para cumplir dicho propósito. Así mismo, de la guía legislativa de la CNUDMI puede concluirse que la insolvencia de la persona natural no comerciante no puede regularse de la misma forma que la de una persona desarrolla actividades comerciales o empresariales<sup>18</sup>.

En lo atinente al ámbito de aplicación debe observarse que la ley limita su aplicación a las personas de carácter mixto o privado, es decir, excluye a las

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 49.

<sup>18</sup> Ibid.

entidades públicas. En este aspecto la ley 1116 hizo a un lado las recomendaciones de la guía de la CNUDMI mediante la cual puede ser aplicable el régimen de insolvencia a todo tipo de deudores, tanto públicos como privados, que tengan por objeto el desarrollo de actividades económicas. Con relación a la guía, la propiedad pública no genera por si misma un fundamento suficiente para no dar aplicación de la ley a entidades o particulares que administren recursos públicos, toda vez, que el hacerlo implicaría la vinculación de empresas públicas a un régimen común lo cual evitaría que se de un apoyo financiero publico ilimitado y reduciría el riesgo de conflicto de intereses<sup>19</sup>.

En lo atinente a las sucursales de sociedades extranjeras, la norma mantiene lo dicho por el código de comercio, la ley 222 de 1995 y el decreto 350 de 1989, al permitir su aplicación a este tipo de establecimientos de comercio. Pues para establecer una sucursal es necesario el cumplimiento de los artículos 471 y 474 del código de comercio toda vez que las actividades que sean desarrolladas por las empresas de esta índole deben estar basadas en la permanencia<sup>20</sup>.

Un aspecto relevante consiste en la participación que se le dio a los patrimonios autónomos para acceder a los mecanismos concursales. Si bien la ley 550 en su artículo 6 brindaba la posibilidad a los patrimonio autónomos de acogerse en forma conjunta con el respectivo empresario al trámite de concurso preventivo (reorganización), esta posibilidad por su poca claridad en la norma en cuanto a la determinación de las condiciones que debía poseer quien se denominara el empresario no tuvo aplicación práctica. Así, no todo patrimonio autónomo tiene la posibilidad de acceder a un trámite de insolvencia sino únicamente quienes desarrollen actividades empresariales. Es por esto, que un fideicomiso de garantía

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 48.

<sup>20</sup> Ibid.

estaría excluido de la aplicación del régimen de insolvencia de la ley 1116, caso contrario se presentaría con los fideicomisos de administración<sup>21</sup>.

En este punto surge el siguiente interrogante ¿todos los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales pueden acceder a los mecanismos de insolvencia? En relación a este cuestionamiento Juan José Rodríguez Espitia, en su obra Nuevo Régimen de Insolvencia sostiene:

Uno de los aspectos que seguramente será objeto de controversia es el de si todos los patrimonios autónomos que desarrollan actividades empresariales tienen acceso a los mecanismos de insolvencia, como sería el caso de la herencia adyacente, masa de bienes del ausente, etc. En opinión del autor, esta parte de la norma no establece distinciones en cuanto al tipo de patrimonio autónomo. No obstante, algunos considerarían que dicha posibilidad solo es aplicable a los patrimonios autónomos derivados de un contrato de fiducia mercantil, de conformidad con el párrafo<sup>22</sup> del artículo 3 de la ley. La dificultad en este tema surge, entre otras razones del hecho de que el ordenamiento jurídico no define el concepto de patrimonio autónomo, aunque lo mencione en algunas disposiciones como es el caso del artículo 1233 del código de comercio<sup>23</sup>.

...El párrafo generara discrepancias y discusiones jurídicas de fondo. En términos generales, este corresponde a la regla prevista por el párrafo del artículo 1 de la ley 550 de 1999, el cual no tuvo mayor aplicación durante la vigencia de tal norma. En este sentido, el gobierno tiene un reto en el decreto reglamentario y es el de generar condiciones para que los patrimonios autónomos afectos al desarrollo de actividades empresariales accedan a los procesos concursales previstos en la ley. Sin embargo, conviene indicar que en este caso no se trata de un acceso libre sino condicionado a que el deudor acceda previamente, o de manera concomitante con el patrimonio, a un proceso concursal. En resumen y conforme a la disposición comentada, un patrimonio autónomo no podrá acceder de manera directa a un proceso concursal, pues se requiere que también acceda el respectivo deudor...<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 49.

<sup>22</sup> Párrafo artículo 3 ley 1116 de 2006 "PARÁGRAFO. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores."

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Op. Cit., p. 49.

<sup>24</sup> Ibid., p. 57.

El artículo 3 de la ley 1116 regula los sujetos excluidos de la aplicación del régimen de insolvencia:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
  2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.
  3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.
  4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito.
  5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial.
  6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.
  7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.
  8. Las personas naturales no comerciantes.
  9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.
- PARÁGRAFO. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores.

Si bien es recomendable que un régimen de insolvencia sea aplicado al mayor número posible de deudores, también resulta cierto que algunos de estos puedan necesitar un trato diferente en razón a su naturaleza; un ejemplo de esto es el caso de agentes de valores bursátiles, de empresas de servicios públicos y entidades del sector financiero, entre otros. Esta diferencia encuentra su razón de ser en el hecho que son empresas sujetas a un régimen especial excluyéndolas del régimen de insolvencia toda vez que su actividad reviste un interés público. Debido a este especial carácter para abordar la insolvencia de estos deudores habrá que seguirse una de dos posibilidades: crear una regulación específica para el tipo de empresas, o implementar dentro del mismo régimen de insolvencia reglas especiales<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 56.

La ley 1116 vuelve a recrear lo establecido por la ley 222 de 1995, con relación al acceso a los mecanismo concursales facultando a las personas jurídicas que no tengan un régimen especial de liquidación. En cuanto a la toma de posesión con fines administrativo y a las liquidaciones forzosas administrativas se mantiene su vigencia y por ende se excluye la aplicación de la nueva ley. Dentro del grupo de las personas excluidas se mantiene la enumeración tradicional prevista de entidades que están bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera, servicios públicos domiciliarios, de economía solidaria y nacionales de salud. De igual forma se excluye de aplicar esta ley a las entidades territoriales<sup>26</sup>.

Una de las razones que podría atribuirse a dicha exclusión radica en la existencia de un interés público que en los casos de insolvencia exige que se adopten unas medidas ejecutivas y no judiciales. Con relación a las personas naturales no comerciantes la exclusión tiene su razón de ser no en el desarrollo de la actividad empresarial sino en los fines que persigue la norma; cuando la finalidad del régimen es la protección de la empresa, del empleo y del crédito esta no sería eficaz tratándose de personas naturales no comerciantes<sup>27</sup>.

Las personas dedicadas a la construcción de inmuebles de vivienda a pesar de ser merecedores de una vigilancia particular no se encuentran incluidos dentro de los sujetos concursables de la ley 1116 y como consecuencia seguirán estando atados a los regímenes especiales previstos para ellos como la toma de posesión para administrar o liquidar. El artículo 125 de la ley 388 de 1997 permitía la aplicación limitada del concordato y la liquidación obligatoria para los constructores de inmuebles destinados a vivienda, pero luego de la derogación de los concordatos y las exclusiones hechas por la ley 1116 este tipo de sujetos solo estarían sometidos a las medidas antes mencionadas<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 57.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

### 3. EL PROCESO CONCURSAL

#### 3.1 NATURALEZA DEL CONCURSO

Los procesos concursales son procesos particulares y complejos donde existen multiplicidad de pretensiones, intereses y relaciones procesales plurisubjetivas.<sup>29</sup>

El fin del concurso como proceso es aislar a los acreedores del patrimonio, para que este no sea liquidado de forma individual y este mantenga la calidad de prenda general de los acreedores.<sup>30</sup>

El fin del acuerdo preventivo es recomponer el patrimonio del deudor en situación de insolvencia a través del acuerdo con sus acreedores, mientras que el concurso liquidatorio busca la liquidación del patrimonio del deudor para pagar a sus acreedores con el producido. En principio se podría afirmar que los procesos concursales se adelantan en defensa de los intereses de los acreedores del deudor en estado de insolvencia.

Los procesos concursales son formas construidas para la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses complejo, la litis concursal<sup>31</sup> en su estructura se diferencia por la variedad de pretensiones y peticiones que contiene, desarrollando así diferentes contenidos litigiosos.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> GRAZIABILE, Darío J. Breve teorización sobre el proceso concursal. [En línea] Disponible en: [http://www.bufete-baro.com/pub-docs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIABILE-Teoria%20sobre%20el%20proceso%20concural.htm#\\_ftn12](http://www.bufete-baro.com/pub-docs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIABILE-Teoria%20sobre%20el%20proceso%20concural.htm#_ftn12)

<sup>30</sup> GARAGUSO, Horacio P. Fundamentos del derecho concursal. Op. Cit., p. 62.

<sup>31</sup> GARAGUSO, Horacio P.; MORIONDO, Alberto; GARAGUSO, Guillermo H. F. El proceso concursal. El concurso como proceso. t. III. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 20.

<sup>32</sup> MORELLO, Augusto M. TESSONE, Alberto J. KAMINKER, Mario E. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados v anotados, t. VIII, Concursos, Le\ 24.522. Buenos Aires: Platense-Abeledo-Perrot, 1998. p. 4.

Se han esgrimido varias teorías para explicar la naturaleza del proceso concursal, entre ellas se encuentran las que hacen énfasis en su aspecto sustantivo y las que le otorgan mayor importancia al aspecto procesal, o las que lo consideran un proceso contencioso o voluntario y en el mismo lineamiento las que lo consideran judicial o administrativo.<sup>33</sup>

De las normas que regulan la materia se puede concluir que existe en la actualidad un derecho concursal sustancial y de un derecho concursal procesal, por eso es que se puede hablar del concurso como instituto del derecho y del concurso como proceso.

Las primeras teorías fueron las que basaron su discurso en el derecho sustancial, estas teorías se basaron en el derecho privado para determinar la naturaleza de los concursos; principalmente mirando el derecho sustancial mercantil.

De las teorías sustanciales nacen las teorías contractualistas que afirmaban “existía una comunidad calificada que formaba el deudor con sus acreedores y en donde la masa se exteriorizaba mediante la actuación de los órganos que traducían la voluntad colectiva.”<sup>34</sup> En cuanto a los concursos liquidatorios se sostuvo: “es un complejo de normas de carácter formal y sustancial que estructuran un procedimiento especial tendiente a reglar la situación patrimonial del deudor y recién en última instancia proceder a la liquidación de los bienes y distribución entre los acreedores de su producido”<sup>35</sup>

Luego de las teorías sustanciales aparecen las teorías procesales, las cuales entienden el concurso liquidatorio como una ejecución colectiva, y el concurso preventivo de la misma manera por el papel del juez o autoridad competente al

---

<sup>33</sup> MAFFÍA, Osvaldo J. "Sobre procedimiento concursal", LL 1997-F-1058.

<sup>34</sup> JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. Ley de Concursos y Quiebras comentada. Lexis Nexis-Depalma, 2003. p. 6 y 7.

<sup>35</sup> Ibid., p. 8.

homologar el acuerdo, con la aclaración que no es solo un proceso ejecutivo colectivo sino también cautelar.

### **3.2 EL PROCESO CONCURSAL LIQUIDATORIO COMO PROCESO EJECUTIVO COLECTIVO<sup>36</sup>**

Algunas vertientes italianas sobre el derecho concursal han desarrollado teorías que le niegan al proceso concursal liquidatorio, el carácter de ejecución y que estas ejecuciones no son colectivas.

El concurso liquidatorio resulta ser una ejecución y a su vez colectivo, se parte de la premisa que este tipo de liquidación como el proceso ejecutivo son formas de hacer efectivas las obligaciones insolutas y resguardando el principio que el patrimonio es la prenda general de sus acreedores<sup>37</sup>.

Los estudios clásicos sobre el derecho concursal han definido al proceso concursal como una ejecución colectiva, propuestas procesalistas que nacen del derecho alemán e algunas vertientes italianas.

Entendiendo el proceso concursal liquidatorio como una ejecución colectiva, la doctrina ha encontrado semejanzas entre los dos tipos de procesos es así como el profesor Graziabile lo explica:

...encontrando en el título ejecutivo, una semejanza con el de la ejecución individual, compartiendo los criterios de tesis procesalistas, es decir que el mismo importa un derecho justificativo que nace, en la ejecución individual, por el incumplimiento del deudor y en la ejecución colectiva o quiebra del estado de insolvencia patrimonial y ello habilita la actuación de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Lo que sí se reconoce es la

---

<sup>36</sup> GRAZIABILE, Darío J. Breve teorización sobre el proceso concursal. Op. Cit.

<sup>37</sup> GRAZIABILE, Darío J. La quiebra como ejecución colectiva. Notas sobre la vigencia de una postura clásica ED 23/04/04.

inexistencia, en la quiebra, de un documento como título ejecutivo, por lo que siempre es necesaria la sentencia de apertura para que habilite la ejecución, pero no se desconoce que es una forma de ejecución forzada, aun iniciada a iniciativa del propio deudor, quien ya no cumple, no por voluntad sino por imposibilidad...<sup>38</sup>.

En oposición a las teorías procesalistas surgen teorías que le niegan el carácter de ejecución colectiva a los procesos concursales con fines de liquidación. Entre las tesis contemporáneas se encuentra la sostenida por Maffía quien critica las teorías procesalistas, sosteniendo que en los procesos concursales de liquidación no existen partes, haciendo énfasis en que no existe un ejecutante, y que este proceso puede terminar sin que se ejecute algo, no hay presencia de un título ejecutivo y hace énfasis en la presencia del síndico<sup>39</sup>.

La mayor parte de la doctrina sostiene la tesis clásica de que el concurso liquidatorio es una ejecución colectiva, se entiende que el proceso concursal es mecanismo de defensa del acreedor en contra de la insolvencia y superando las posibles contingencias que se presenten en el proceso concursal, que igualmente se presentan en los demás procesos, se puede concluir que en los concursos liquidatorios se busca la ejecución forzada de bienes o liquidación patrimonial<sup>40</sup>, que puede llegar a vitarse si se logra un acuerdo preventivo. Dentro de los concursos liquidatorios, tenemos efectos personales sobre el deudor, efectos patrimoniales; también pueden deducirse, en relación al proceso principal, diferentes acciones incidentales, como las acciones reconstructivas del patrimonio, etc.

En los procesos de conocimiento buscamos una sentencia que luego ejecutaremos; en esa ejecución (por sentencia o título ejecutivo) se busca la liquidación de algún bien para hacer efectiva la acreencia, en este proceso

---

<sup>38</sup> GRAZIABILE, Darío J. Breve teorización sobre el proceso concursal. Op. Cit.

<sup>39</sup> MAFFÍA, Osvaldo J. Manual de Concursos. La Rocca, 1997. p. 107. Y del mismo autor: Crítica de la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva. ED, 113-711, donde especialmente desarrolla estos puntos con interpretación de la doctrina italiana.

<sup>40</sup> MARTORELL, Ernesto E. Tratado de concursos y quiebras. t. I. Depalma, 1998. p. 15 y ss

podemos encontrar efectos personales sobre el deudor como sería en la jurisdicción de familia la prohibición de abandonar el territorio, efectos patrimoniales y también, acciones relacionadas, como podría ser una acción de simulación o pauliana, e incluso puede terminar anticipadamente por algún acuerdo entre partes. En conclusión, ambos procesos ejecutivos (el individual o el colectivo) tienen características particulares que no son sólo los efectos liquidativos del patrimonio en parte o sobre la totalidad. Resulta acertado afirmar que ambos procesos se realizan con el fin principal de liquidar los bienes del deudor para hacer efectivas sus obligaciones o llegar a un acuerdo con sus deudores para evitar la liquidación patrimonial.

La ejecución tiene como finalidad, valga la redundancia, la ejecución patrimonial ya sea por incumplimiento –la individual- o por insolvencia –la colectiva-, la cual puede evitarse en un primer momento a través de la autocomposición de la litis o el cumplimiento voluntario del deudor, y en el segundo de los casos a través del cumplimiento de un acuerdo preventivo.

Nada cambia que la ejecución individual se produzca para revertir el incumplimiento y en los procesos concursales liquidatorios al deudor se le prohíba pagar, porque el proceso concursal no es el remedio del incumplimiento (el deudor no cumple) sino de la insolvencia (el deudor no puede cumplir regularmente). El proceso concursal liquidatorio es un instrumento que no puede entremezclarse para su estudio con las normas sustanciales que la regulación de la materia dispone.

El proceso concursal es una ejecución, porque tiene como fin inmediato la liquidación del patrimonio del deudor en situación de insolvencia, aunque debemos reconocer, que igualmente como ocurre en los procesos de ejecución individual, existen otros modos de terminación o desarrollo del proceso que no es precisamente la liquidación de los bienes sino otros que se han denominado

“modos anormales de terminación del proceso”, que dentro del esquema concursal liquidatorio podemos incluir la conversión en concurso preventivo, desistimiento, entre otros. La preocupación principal no es como termine, sino cual es el fin inmediato, y este es, en el concurso liquidatorio, solucionar el estado de insolvencia del deudor a través de la liquidación de los bienes de su propiedad. Tampoco afecta que el proceso concursal sea iniciado a solicitud del deudor, quien denuncia su estado patrimonial solicitando que se inicie el proceso concursal liquidatorio, estando el deudor impedido de disponer de dicha acción, no pudiendo desistir de su pedido salvo que demuestre haber desaparecido el estado de cesación de pagos denunciado antes de que el auto de apertura del concurso quede firme. Quiere decir que así el proceso concursal sea iniciado a instancia del deudor o sus acreedores, el impulso ejecutivo es el mismo que en los procesos ejecutivos individuales, la esencia se mantiene y es liquidar.

Además de una ejecución, el proceso concursal liquidatorio es una ejecución colectiva, esto porque involucra a todos los acreedores, y esto no significa que deben actuar todos sino sólo aquellos que se presenten en el proceso concursal, sin importar que no exista pluralidad de ellos, pues es suficiente que se cumpla con la citación a la totalidad de acreedores; lo mismo ocurre en la ejecución individual cuando existen litisconsorcios en la parte activa de la pretensión o cuando se presentan acreedores cuyos créditos gozan de preferencias a hacer efectivos sus derechos en el proceso individual, que no pierde su esencia por el hecho de que existan varios acreedores, los que incluso pueden ser todos. Esta es una característica procesal, pues atañe a los sujetos involucrados en el proceso concursal, lo que no niega su carácter sustancial que hace que la sentencia se limite a la actuación a los acreedores anteriores a ella y que exista entre ellos no sólo la *par condicio creditorum* sino privilegios que distinguen algunos de los créditos<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Tesis en contra: MAFFÍA, Osvaldo J. Derecho Concursal. Víctor P. de Zavalía, 1985. t. I, p. 33.

No se puede negar que en el proceso concursal liquidatorio existan fases cognitivas<sup>42</sup>, pero sucede lo mismo dentro del esquema de los procesos ejecutivos cuando se proponen excepciones sustanciales o como son conocidas en nuestro ordenamiento “excepciones de merito”, sin embargo su fin principal es la liquidación de una parte o la totalidad del patrimonio del deudor.

Esta visión del proceso concursal se enfoca mas en los aspectos procesales del concurso, esto, con el fin de mostrar la naturaleza ejecutiva de este tipo de procesos. La caracterización del proceso concursal como proceso ejecutivo colectivo no se desvirtúa porque las partes del proceso sean, el deudor y sus acreedores, o que pueda iniciarse a solicitud del deudor, que en ciertas etapas el instituto sea de corte inquisitivo, pues dichas circunstancias no le quitan la esencia ejecutiva sino que la caracterizan y diferencian de la ejecución individual. No se esta tratando de definir el concurso como institución sino caracterizar el proceso concursal.<sup>43</sup>

### **3.3 CARACTERISTICAS DEL PROCESO CONCURSAL.**

#### **3.3.1 Unidad del proceso**

El hecho que el derecho concursal sea único genera que se desarrolle como una unidad, esto como consecuencia de los principios que lo regulan tales como el de igualdad y el de universalidad colectiva entre los acreedores. Este principio de unidad prohíbe que se lleve a cabo un proceso concursal preventivo en conjunto con uno liquidatorio.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> BONSIGNORI, Angelo. La naturaleza jurídica de los procedimientos concursales. RDCO, 1982, 15-1.

<sup>43</sup> GRAZIABILE, Darío J. Breve teorización sobre el proceso concursal. Op. Cit.

<sup>44</sup> GRAZIBIALE, ALEGRIA. Derecho concursal. Op. Cit., p. 82.

El concurso como proceso es único, y puede llevarse a cabo en varias etapas o en una sola. Cuando hablamos de concurso liquidatorio, este debe realizarse en una sola etapa; cuando se esta frente a un concurso preventivo o de reorganización, este se puede tramitar en una sola etapa cuando se da el cumplimiento del acuerdo en forma homologada, o puede realizarse en dos etapas, cuando deviene en concurso liquidatorio, pero teniendo en cuenta que es cuando se presenta sin solución de continuidad, conservando la unidad procesal.

Puede afirmarse que entre el concurso liquidatorio y el concurso preventivo hay una acumulación de carácter procesal por la existencia de un sinfín de pretensiones de contenido patrimonial personal que recaen sobre un patrimonio cuya universalidad queda inmersa en dicho proceso. Con base en lo anterior, es que se puede afirmar que nos encontramos frente al pasaje de un mismo procedimiento de preventivo a liquidativo, lo que se ha denominado en el derecho concursal como conversión o sucesión de procedimientos.<sup>45</sup>

De la misma manera, existen diferentes etapas que forman el proceso concursal único, todas tendientes a solucionar la litis concursal; de esta forma, encontramos procedimientos de recomposición patrimonial, de incorporación al pasivo, los de liquidación patrimonial, entre otros.

### **3.3.2 Concurrencia de acreedores**

También llamado principio de colectividad, el proceso concursal exige a los acreedores para que hagan valer sus derechos que se presenten para poder participar del concurso.

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 52.

Se encuentra necesario que los anteriores acreedores al concurso se insinúen en este, a través del procedimiento de la calificación de créditos, esto para poderse incorporar al pasivo concursal y así poder participar del proceso como tal.

Por lo tanto, la concurrencia es una carga para el acreedor y no una obligación<sup>46</sup>. Cuando los acreedores concursales no concurren no permanecen en las mismas condiciones en las que estaban antes de que se de la apertura del proceso, debido a que pierden la posibilidad de ejercer las acciones individuales, incluso las colectivas, toda vez que no pueden solicitar concurso de su deudor, puesto que ya fue abierto y su crédito es de título anterior. De esto se desprende, que la única forma que tiene el acreedor para poder hacer valer sus derechos es convertirse en concurrente.

---

<sup>46</sup> RIVERA, Julio C. Instituciones del derecho concursal, t. I. 2° ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 217.

## 4. PRINCIPIOS DEL CONCURSO

La ley 1116 de 2006 en su artículo 4 establece los principios del régimen de insolvencia:

PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

1. Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.
2. Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.
3. Eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible.
4. Información: En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.
5. Negociabilidad: Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.
6. Reciprocidad: Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza.
7. Gobernabilidad económica: Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

### 4.1 UNIVERSALIDAD

Al ser el patrimonio del deudor prenda común de los acreedores, este queda involucrado en su totalidad en el proceso concursal. Tomando en consideración que el patrimonio del deudor constituye una universalidad jurídica, el proceso dirigido a resolver el conflicto debe ser también universal.

Este no es un principio absoluto, toda vez que existen bienes que no pueden ser objeto de litigio debido al desapoderamiento del deudor sobre estos, aunque estas excepciones son limitadas y no le quitan el elemento universal al proceso. Estos

casos excepcionales radican en la posibilidad que tiene toda persona de tener una vida digna.

La Ley 1116 abarca las dos clases de universalidad, las cuales son, universalidad objetiva, la cual esta referida a la afectación de los activos que configuran el patrimonio del deudor concursado, y la subjetiva, conocida como colectividad, en razón de la cual todos los acreedores del deudor concursado quedan vinculados al proceso de insolvencia.<sup>47</sup>

- Universalidad Subjetiva: También conocida como plenitud o colectividad. Con relación a este, todos los acreedores del deudor, sin importar la naturaleza de la obligación, su monto y clasificación legal, se encuentran llamados a formar parte del concurso toda vez que este es el único medio para satisfacer sus acreencias, y generar consecuencias legales negativas por el incumplimiento de su carga.

Sin embargo, este principio encuentra restricciones legales en cuanto a las obligaciones que están a cargo del deudor concursado, toda vez que los temas referidos a la seguridad social, o las acreencias causadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia están por fuera del proceso concursal.<sup>48</sup>

- Universalidad Objetiva: Este principio es el equivalente al anterior, y comprende la regla según la cual el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores. Si el concurso por naturaleza involucra a todos los acreedores del deudor, y estos en consecuencia pierden el derecho de ejecución individual, en efecto se dispone que todo el patrimonio del deudor se haya comprometido en el proceso.

---

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, 2007. P. 68.

<sup>48</sup> Ibid.

Así, este principio ha de entenderse con mayor fuerza dentro de los concursos liquidatorios donde se efectúa la conformación de la masa, sin embargo, este no es encuentra ajeno a los mecanismos recuperatorios, existiendo algunas normas que ratifican esto, como el decreto práctica de medidas cautelares, la restricción de la capacidad del deudor a aquellas operaciones que correspondan al giro ordinario de sus negocios y la procedencia de acciones revocatorias.<sup>49</sup>

#### 4.2 IGUALDAD

Cuando se realiza la apertura del concurso de acreedores es menester entender que este se ubica dentro de un aleas, pues la satisfacción de las acreencias de cada acreedor va a pender de su desarrollo; ellos no poseen otro respaldo para hacer cumplir las obligaciones a cargo del deudor a parte del patrimonio del mismo. Sin importar la forma en que se vaya a realizar la recomposición del pasivo del deudor, lo cierto es que los acreedores deben soportar equitativamente las pérdidas que la insolvencia del deudor provoca, como un mecanismo para distribuir las pérdidas, el cual debe realizarse a través de un trato igualitario, establecido en el principio de comunidad de pérdidas, el cual protege el interés general, que de forma indirecta se refleja en el interés individual de los acreedores.<sup>50</sup>

En pocas palabras, debe decirse que a los acreedores se les debe otorgar un trato igualitario - *par condicio omnium creditorum* -, el cual se maneja en forma estratificada, en cada clase de créditos.

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 69.

<sup>50</sup> Ibid., p. 70.

Debe advertirse que este principio es el que se encuentra mas ligado al de concursabilidad, entre otras razones porque todos los acreedores y por ende, los sujetos intervinientes, son llamados a concurrir al proceso, sin perjuicio de la prelación que tenga su crédito. Con relación a lo anterior, debe aclararse que los créditos se pagaran en orden al grado de prelación y que los acreedores de una misma clase recibirán igual tasa de interés.

La igualdad que se predica en este principio es de carácter material y no formal; puesto que todos los acreedores que tengan condiciones similares serán tratados de forma totalmente idéntica, por lo que sus créditos necesariamente deberán ser satisfechos en proporción al importe de estos y con cargo a los bienes del patrimonio del deudor que estén disponibles para ser distribuidos, de esta forma, todos soportaran la pérdida que produce la insolvencia del deudor.<sup>51</sup>

Como expresiones de la igualdad de la Ley deben mencionarse algunas, a titulo de ejemplo:

- El empresario, en la solicitud de reorganización y de liquidación judicial, debe relacionar todas y cada una de sus acreencias, por cuanto todas ellas están llamadas a formar parte de la negociación en el primer caso y de la liquidación en el segundo.
- Todos los acreedores pierden el derecho de ejecución individual o separada; es decir, no hay procesos ejecutivos que puedan seguirse adelantando contra el empresario.
- El promotor deberá establecer los derechos de voto y cuantificar todas las acreencias.
- Todos los acreedores quedan facultados para formular objeciones a la determinación de derechos de voto.
- Todos los acreedores están llamados a participar en la negociación, y como expresión de la igualdad el acuerdo de reorganización y de adjudicación debe construirse con el voto plural de unas determinadas clases de acreedores.
- Todos los acreedores deben recibir un mismo tratamiento, salvo modificación a las reglas de prelación legal, pero aun con dichas modificaciones el acuerdo de reorganización y de adjudicación debe tener carácter general y por tanto involucrar a todos.

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 70.

- El acuerdo de reorganización y de adjudicación debe comprender todas acreencias a cargo del empresario, a excepción de aquellas que por mandato legal no son objeto del mismo.<sup>52</sup>

### **4.3 EFICIENCIA**

Conceptualmente la eficiencia no podría ser considerada como un principio propiamente tal, sino que debe considerarse como un lineamiento a seguir en pro de los negocios contenida en cualquier escenario de insolvencia. Lo que se busca con esto es dar una optimización a los recursos que forman el patrimonio del deudor para generar una rentabilidad que sea provechosa para sus acreedores.

Dentro de las recomendaciones realizadas por la CNUDMI, frente al régimen de la insolvencia, encontramos que dicho tema debe ser abordado y resuelto en forma ágil, dentro de una administración eficiente y ordenada, de modo que impida una alteración ilegal en las actividades empresariales. En esta misma línea de pensamiento, la Guía menciona la necesidad de incluir medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para pagar las deudas y un procedimiento que permita una resolución efectiva de las obligaciones y responsabilidades del deudor<sup>53</sup>.

### **4.4 INFORMACIÓN**

De igual forma que la eficiencia, el tema de información no puede ser tratado como un principio del régimen de insolvencia. Esto se ve reflejado en las decisiones que debe adoptar el juez dentro del proceso, las cuales deberán proferirse con base en las pruebas allegadas en forma regular y oportuna. El desarrollo jurisprudencial del derecho al debido proceso, a través de los

---

<sup>52</sup> Ibid., p. 70.

<sup>53</sup> Ibid., p. 71.

pronunciamientos de la Corte Constitucional, exige ajustar este principio a que toda prueba sea pública y pueda ser controvertida.

La CNUDMI se ha preocupado porque todo régimen de insolvencia se encuentre dentro de los lineamientos de la previsibilidad y transparencia, para poder permitir verdaderamente a los acreedores evaluar la posibilidad de recuperar sus créditos, y prever así, los posibles escenarios a los que se podrían ver enfrentados en caso de que se de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esta sería la única forma para consolidar unas relaciones comerciales estables, porque se evitará la pérdida de confianza en el procedimiento, se fomentarán los préstamos, los acreedores aclararán las prioridades y se limitarán los poderes discrecionales<sup>54</sup>.

De igual forma, para certificar que un régimen de insolvencia sea transparente es necesario poner a disposición de las personas interesadas toda la información sobre el estado del deudor, así mismo, se deben crear unos incentivos para que este muestre su verdadera situación, e imponer las sanciones pertinentes en caso que se niegue a hacerlo, ya que esta será la única forma en que se podrá efectivamente garantizar que los órganos administrativos y de supervisión del procedimiento, así como los acreedores, puedan conocer la situación financiera real del deudor y en consecuencia tomen las decisiones que permitan la superación de su estado de insolvencia.

Por último, debe precisarse que la transparencia genera una pérdida del derecho de la intimidad del deudor, toda vez que los acreedores al conocer en detalle su situación económica y financiera podrán tomar decisiones en uno u otro sentido. De lo anterior, surge el interés del Legislador en que la información brindada sea veraz, completa y oportuna, y que cualquier hecho que afecte el buen camino de los negocios sea conocido oportunamente. Son ejemplos de este principio, entre

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 71.

otros, la obligación para el deudor de dar publicidad trimestralmente a sus estados financieros básicos, así como la reunión anual de seguimiento al acuerdo<sup>55</sup>.

#### **4.5 NEGOCIABILIDAD**

Más que considerarse como un principio debe ser tomado en cuenta como una regla del régimen concursal. La negociabilidad desemboca en el reconocimiento que se hace en cuanto al aspecto patrimonial de los derechos que se discuten dentro del proceso. Toda vez que se tratan temas de carácter patrimonial, y por tanto fundamentalmente negociables, es necesario que tanto los acreedores como el deudor tengan en cuenta que la salida correcta a las situaciones de crisis es concertar, esto es, realizar acuerdos de reorganización o de adjudicación. Sin embargo, es necesario aclarar que la negociabilidad no es sinónimo de libertad, pues las partes no gozan de libertad para definir su contenido, como sucede con los créditos de carácter pensional y fiscal<sup>56</sup>.

#### **4.6 RECIPROCIDAD**

Este principio tiene su origen en la inclusión de las normas sobre insolvencia transfronteriza que el derecho colombiano requería. Trata, entonces, de armonizar la insolvencia de empresarios colombianos con bienes extranjeros, o de empresarios extranjeros con bienes y acreedores en territorio colombiano, lo cual se concreta en los artículos 85 a 116 de la Ley, que son reproducción de Modelo preparada por la CNUDMI en esa materia.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 71.

<sup>56</sup> Ibid., p. 72.

<sup>57</sup> Ibid., p. 73.

#### **4.7 GOBERNABILIDAD ECONÓMICA**

Es el reconocimiento del contenido económico de los regímenes de insolvencia. No podría considerarse como un principio porque la redacción formulada por la ley es ambigua y podría llegar a generar dificultades en su desarrollo. Este tema abarca principalmente la fase recuperatoria del proceso de insolvencia, esto es, que cumpla su finalidad y que los acreedores puedan recibir el pago en unas condiciones sensatas y que su sacrificio se traduzca en la recuperación de la empresa<sup>58</sup>.

#### **4.8 OFICIOSIDAD**

Este principio a pesar de no haber sido regulado de forma expresa por la ley, su presencia se extrae de todo el conjunto normativo. La oficiosidad se traduce en el deber de la autoridad para llevar adelante el proceso tomando las medidas necesarias para instarlo e impulsarlo, quedando facultado para ordenar y efectuar actos dentro del proceso concursal sin necesidad de la solicitud de las partes intervinientes.

A pesar que el concurso se ubica principalmente en el ámbito privado, el legislador, al considerar la importancia de la empresa como bien valioso dentro de un sistema económico y al encontrar la necesidad de ordenar y organizar a los acreedores, revistió al juez de facultades tutelando así el interés público. Evidencia de esto es la facultad que se le otorga a la Superintendencia de Sociedades de iniciar un proceso de forma oficioso y además, está facultado y llamado a impulsarlo, toda vez que prevalece el interés público, el cual se concreta en la empresa y el encadenamiento de los patrimonios frente a la insolvencia del deudor.

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 73.

La idea de los concursos mas que moverse por un interés económico, responde a la necesidad social de disminuir los efectos económicos y sociales que podría traer la crisis de una empresa, debido a que se encuentran involucrados no solo la empresa y su propietario, sino todos las personas que tienen relación directa con estos, tales como trabajadores, bancos, entre otras. Inclusive el mismo Estado se vería afectado con un a crisis, toda vez que vería reducida la capacidad contributiva.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 74.

## **5. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONCURSOS CON LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1116**

Cuando se enuncie en el presente trabajo el termino “Juez” en un contexto de aplicación del derecho colombiano, debe entenderse en sentido amplio pues el artículo 6 de la Ley 1116 de 2006 estableció como competentes para conocer de los procesos de insolvencia como jueces del concurso a la Superintendencia de Sociedades y a los jueces civiles del Circuito.

Sobre lo anterior, resulta necesario resaltar que la atribuciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades son excepcionales y restringidas, toda vez, que su ámbito de competencia se restringe a los procesos concursales de todas las sociedades, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales.

La norma que regula la competencia en la nueva ley realiza una modificación que puede estar revestida de vicios de constitucionalidad, al asignarle a la Superintendencia competencia a prevención de los procesos concursales de las personas naturales comerciantes, puesto que esta atribución no tiene relación directa con la función administrativa que desarrolla. La Superintendencia como ente de control, inspección y vigilancia de sociedades mercantiles no tiene atribuciones frente a personas naturales, de esto resulta que esta atribución resulte extraña con relación a sus funciones administrativas. Si bien es cierto que la norma gira en torno a la creación de una jurisdicción concursal en Colombia, dicha construcción tiene los defectos mencionados. Por otro lado, el hecho de que la competencia sea a prevención generara conflictos de competencia, discusiones procesales e incidentes. Así mismo, podría afirmarse que dicha competencia a prevención tendría sentido puesto que se permitiría el acceso a la administración de justicia ya que la Superintendencia no se encuentra presente en todo el territorio nacional.

Por exclusión, conocerán los jueces civiles del circuito de los procesos concursales de las personas jurídicas diferentes de las sociedades y empresas unipersonales, es decir, asociaciones, corporaciones y fundaciones. También será de su competencia privativa los procesos concursales donde intervengan patrimonios autónomos. Así mismo, conocerá a prevención de los procesos de insolvencia de las personas naturales no comerciantes. En relación al ámbito territorial serán competentes los jueces civiles del circuito del domicilio del deudor<sup>60</sup>.

Cabe resaltar que el parágrafo tercero del artículo 6 de la ley 1116 regula el tema de la delegación del superintendente en las intendencias regionales; así, puede inferirse que las competencias dadas a las intendencias es consecuencia de la delegación misma y no de la ley como tal<sup>61</sup>. Debe agregarse que es el gobierno nacional a través de un decreto reglamentario el encargado de dictaminar las condiciones y términos de la delegación.

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 104.

<sup>61</sup> Ibid., p. 105.

## 6. NOCIONES GENERALES SOBRE EL PROCESO CONCURSAL EXTRANACIONAL

En el esfuerzo de determinar que se puede entender por concurso extranacional podemos citar palabras de la CNUDMI quien ha trasegado ya los caminos del esfuerzo por determinar la definición y los alcances de este concepto, dentro de este esfuerzo se ha encontrado con dos puntos importantes, los cuales son:

- El concepto de insolvencia no se puede entender de una manera univoca, debido a que se ha entendido en los diferentes lugares y tiempos de varias maneras. Dentro de las acepciones que se le ha acuñado al término encontramos el de la iliquidez, el de la cesación de pagos o el de la superioridad de los pasivos con respecto a los activos, esta pluralidad de definiciones que han sido utilizadas para conformar los sistemas concursales hacen imposible una campaña de unificación del significado de la idea.
- El carácter de extranacional o transfronterizo ha sido claramente delimitado por la CNUDMI, organismo que mencionó las situaciones en las que se puede considerar que una situación de insolvencia, entiéndase como se entienda, la misma tiene repercusiones en varios Estados, estas situaciones son las siguientes:

- ... a) Que curse un procedimiento de insolvencia de acuerdo con las reglas internas de cada país, y
- b) Que se dé alguno de los criterios de presencia de bienes en más de un Estado y/o de acreedores que no sean ciudadanos del Estado donde se adelanta un procedimiento de insolvencia...<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> ONU. COMISIÓN PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. (Sin fecha). Presentación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza con la guía para su incorporación al Derecho interno. [En línea]. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/1997\\_Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997_Model.html). [2 de febrero de 2011]

## **6.1 LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DENTRO DE LA DOCTRINA.**

Dado que es una realidad que un deudor puede extender sus relaciones jurídicas más allá de las fronteras de su país, y que dentro de dichas relaciones hay dos o más ordenamientos jurídicos encontrados, siendo imposible la unificación del régimen jurídico, es necesario encontrar una forma de manejar los problemas del deudor que cayó en insolvencia y del acreedor que tiene derechos a la satisfacción de su crédito en el marco de dichas características; para ello la doctrina ha oscilado en dos tendencias:

- Tesis del estatuto personal: Sus desarrollos más claros han terminado en la construcción de la teoría del sistema extraterritorial, esta considera que la quiebra o insolvencia se produce con respecto a la persona, por tanto las leyes que deben regir el proceso concursal son las del domicilio del “fallido”, dicho domicilio no siempre está radicado en un solo país, de ahí que sus defensores tiendan a pugnar por la consecución de una unidad de regímenes concursales entre los países, considerando nociva la pluralidad de normas que regulen una sola relación jurídica, y considerando también esta variedad de regímenes como sinónimo de inseguridad e inestabilidad para las relaciones jurídicas internacionales.
- Tesis del estatuto real: Sus desarrollos son afines con la teoría del sistema territorial, se considera que la quiebra debe regirse por las leyes que aplican a los bienes del “fallido”, es decir las leyes de los lugares en que éstos se radican, no se puede extender entonces los efectos de esa declaratoria de quiebra o de insolvencia a territorios diferentes a los de los bienes que conforman el patrimonio del deudor, es entonces por lo anterior que sus defensores son más cercanos con la idea de pluralidad de regímenes, considerando que la misma figura de la quiebra o insolvencia tiene como objeto los bienes del “fallido” y consideran que puede haber tantos procesos como lugares en que el mismo tenga radicado sus bienes.

En la actualidad la realidad nos muestra que hay una clara pluralidad de regímenes, pero que se han hecho algunos avances en pos de la unificación, estos avances han estado en manos de los países que se comprometen por medio de tratados y también en manos de Organizaciones Internacionales que a manera de recomendación proponen formulas de unificación, esto hace que no se pueda predicar la existencia de una pluralidad ni de una unicidad completa.

## **6.2 TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSNACIONAL EN OTROS ESTADOS**

### **6.2.1 México<sup>63</sup>**

El legislador mexicano incorporó una copia bastante fiel de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI, en el título XII de la ley de concursos mercantiles, haciéndole únicamente unas modificaciones, para que pudiera adaptarse al sistema jurídico del país.

Los temas más relevantes que se incorporaron a la legislación mexicana fueron: las consecuencias de que el deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado, las condiciones que tienen que darse para el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, la cooperación eficaz entre sí, de tribunales y administradores de patrimonios en insolvencia de diversos países y sobre todo, la coordinación de los procedimientos de insolvencia celebrándose simultáneamente en diversos Estados.

Pero, la gran novedad que se dio en México con esta implementación fue la posibilidad de establecer comunicaciones directas del órgano jurisdiccional mexicano con el órgano jurisdiccional extranjero y entre las partes relevantes en

---

<sup>63</sup> DURAN PRIETO, María Cristina; REINALES LONDOÑO, Ana María. Insolvencia Transfronteriza. Tesis de grado para optar al título de abogado.

un concurso con el de otro país sin las formalidades que son tradicionales, tales como el exhorto o cartas rogatorias intermediadas por la secretaria de Relaciones Exteriores que es el órgano encargado de representar la política exterior y las relaciones internacionales de México.

Las consideraciones que se tuvieron en cuenta para poder realizar procesos de insolvencia transfronteriza son las siguientes:

- Se fijó un periodo de conciliación corto, que puede ir desde los seis meses hasta un año, y que debe ser dirigido por un conciliador. Puede no iniciarse la conciliación para pasar directamente a la etapa de quiebra si así lo deciden las partes o terminar anticipadamente el periodo de conciliación, es decir, no es un presupuesto, es simplemente una opción.
- El ejercicio de las acciones queda libre, pero deben detenerse al llegar a la etapa de ejecución en donde se concentran con todo el proceso concursal.
- Los arreglos particulares hechos por el comerciante están prohibidos.
- No hay junta de acreedores, pero se pueden formar grupos de trabajo.
- El conciliador es quien recopila la información y la pone a disposición de todos.
- Se respetan las obligaciones contractuales preexistentes.

El procedimiento consagrado en México, fue construido dentro de la realidad social, económica y jurídica del país, pero además teniendo en cuenta los principios y modelos internacionales, lo cual se convierte en un ejemplo a seguir para los países que aún no han querido incorporar en su normatividad, la insolvencia transfronteriza.

### 6.2.2 Argentina

Argentina reconoció el problema de la insolvencia transfronteriza hace mucho tiempo, pues debido a la política económica que se implementó en la década de los setenta, las empresas empezaron a recibir préstamos del exterior y cuando algunas de esas empresas se quebraron, se produjo un conflicto entre los acreedores argentinos y los extranjeros, pues estos últimos querían recibir el mismo trato en el supuesto de un concurso único.

Debido a lo anterior, nace una preocupación que fue resuelta con la expedición de la Ley 24.522 de 1995, la cual estableció que la declaración de un concurso en el extranjero es causal de apertura del concurso en el país, considerando entonces que la jurisdicción de Argentina no es exclusiva por que los bienes se encuentren allí, sino que también tiene jurisdicción el país extranjero donde este domiciliado el deudor, para lo cual deberá acreditarse entonces la jurisdicción internacional del juez extranjero y se deberá pedir la apertura en Argentina, mostrando la declaración extranjera, cuando en el país también existan créditos y de esta forma se podrá iniciar entonces el proceso en Argentina<sup>64</sup>.

Finalmente, un aspecto relevante que se debe tener en cuenta es que el acreedor que pertenece a un concurso extranjero, solo podrá cobrar sus créditos en Argentina sobre los saldos, es decir, tienen preferencia los acreedores locales.

### 6.2.3 Otros estados que acogieron la ley modelo.

A la fecha y según la información brindada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional los estados que han promulgado

Código de campo cambiado

---

<sup>64</sup> SCOTTI, Luciana B. La Insolvencia Internacional a la Luz del Derecho Internacional Privado Argentino de Fuente Interna. [En línea]. Disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001\\_0008\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0008_investigacion.pdf)

leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza son.<sup>65</sup>

<b>ESTADO</b>	<b>AÑO</b>
Australia	2008
Sudáfrica	2000
Serbia	2004
Rumania	2003
República de Corea	2006
Islas Vírgenes Británicas *	2003
Gran Bretaña	2006
Polonia	2003
Nueva Zelanda	2006
Montenegro	2002
México	2000
Mauricio	2009
Japón	2000
Grecia	2010
Estados Unidos de América	2005
Eslovenia	2007
Eritrea	1998
Colombia	2006
Canadá	2009

\*Territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

---

<sup>65</sup> [En línea]. Disponible en:  
[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html)

## 7. TRATADOS Y LEYES QUE COLOMBIA HA INPLEMENTADO EN TORNO AL TEMA DE LA INSONLVENCIA TRANSNACIONAL

**Con formato:** Fuente: (Predeterminado) Arial, Negrita, Color de fuente: Automático, Español (España - alfab. tradicional), Mayúsculas

**Con formato:** Fuente: (Predeterminado) Arial, Negrita, Color de fuente: Automático, Español (España - alfab. tradicional), Mayúsculas

En el ámbito internacional, el comienzo de la regulación colombiana respecto a las relaciones de insolvencia transfronteriza, viene con la suscripción del Tratado de Montevideo de 1889; que regula el asunto de la quiebra y las falencias, y da primacía al domicilio del comerciante para efectos de determinar el lugar en el que se llevará determinado proceso.

Este tratado acoge en principio una teoría de la unidad, pero al ser partidario de la teoría de la territorialidad impulsa la existencia de tantos procesos como casas comerciales tenga el deudor, es decir, si el deudor tiene dos o más casas comerciales en distintos territorios serán competentes para conocer del proceso los tribunales de los respectivos domicilios<sup>66</sup>.

Posteriormente, se encuentra el tratado de Derecho Internacional Privado de 1928, más conocido como el Código de Bustamante. Nunca ratificado, pero sí suscrito por Colombia.

Sin embargo, la regulación más importante del tema viene dada con la ley modelo de la CNUDMI, acogida mediante ley 1116 de 2010.

Es importante mencionar que esta ley modelo recoge en cierta medida las prácticas internacionales que se habían estado dando en materia de insolvencia transfronteriza, contenidas en convenciones, convenios, tales como, la Convención Nórdica sobre quiebras de 1933, el Convenio Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia del Consejo de la Unión Europea, el Proyecto

---

<sup>66</sup> MONROY CABRA, M.G. Tratado de Derecho internacional privado. 6.a Ed. Bogotá D.C.: Temis, 2.006. p 444.

sobre Insolvencia Transnacional del American Law Institute, la Ley Modelo sobre Cooperación en la Insolvencia Internacional y el Concordato de Insolvencia Transfronteriza<sup>67</sup>.

Esta ley hizo que el trato que se venía dando al tema diera un gran giro al eliminar las instituciones del exhorto y las cartas rogatorias, justificándose en que no era eficientes en tanto el trámite era dispendioso y poco ágil, incluso dejó de supeditar la validez de las sentencias extranjeras al conocido exequátur, es decir, la regulación anterior a la expedición de esta ley era más procedimental y por el contrario, ahora se pretende eliminar lo más que se pueda de trámites con el fin de mejorar y resolver de manera más eficiente los casos de insolvencia transfronteriza.

Quiere decir que la normatividad anterior a la Ley 1116 de 2010, conformada por el Tratado de Montevideo de 1889, mencionado con anterioridad, la Resolución 2201 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia<sup>68</sup>, la Convención de la Haya de 1961 sobre la eliminación de la legalización para documentos públicos extranjeros, ratificada mediante la Ley 455 de 1988 y el Decreto 106 de 2001 y la Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias ratificados a través de la Ley 27 de 1988 y el Decreto 652 de 2000, quedó supeditada a la aplicación de la ley modelo de la CNUDMI, pues esta se volvió un precedente casi que obligado.

Esta ley trajo una regulación que implica cooperación de los Tribunales, armonización de las distintas legislaciones, una mayor seguridad jurídica, un trato igualitario para los acreedores, una mayor protección de los bienes del deudor, entre otras.

---

<sup>67</sup> Estos dos últimos ambos de la International Bar Association.

<sup>68</sup> En el que se determinó que todos los documentos otorgados en el extranjero para que tuvieran validez en Colombia requeriría legalización por parte del Ministerio y además una autenticación del cónsul de Colombia en el país de origen del documento.

En conclusión, se dio un cambio que al parecer pretende mejorar por todos los medios el tratamiento que se le estaba dando al tema, eliminado trámites e implementando más que todo la cooperación judicial.

## **8. ACERCAMIENTO AL REGIMEN DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DE LA LEY 1116 DE 2006**

El régimen de insolvencia transfronteriza se encuentra regulado en la Ley 1116 de 2006 - en adelante La Ley, en esta parte del trabajo se busca mostrar las herramientas que incorpora la Ley para el manejo de procesos de insolvencia transfronteriza. No es un análisis de cada artículo de La Ley, es la recolección de los elementos esenciales de la normativa con el fin de explicar y esclarecer de manera general estas nuevas herramientas implementadas por el ordenamiento jurídico colombiano, para posteriormente finalizar el trabajo brindando un concepto sobre algunos aspectos que consideramos importantes para hacer un análisis sobre este nuevo régimen.

La normativa sobre insolvencia transfronteriza inicia en el artículo 85 de la Ley 1116 de 2006, en el cual se exponen los fines del nuevo cuerpo normativo, los fines principales pueden resumirse en: Lograr una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones, administrar de forma equitativa y eficiente el patrimonio del fallido, proteger el patrimonio del deudor y desarrollar el principio de *par condicio creditorum* dando un trato igualitario a la totalidad de acreedores.

El ordenamiento jurídico colombiano se encontraba en mora de un sistema de insolvencia transfronteriza, no existía una forma jurídica para manejar un deudor en estado de cesación de pagos con bienes en el exterior. El Tratado de Montevideo el cual sería el antecedente normativo sólo aportaba unas reglas generales que poco servían para manejar esta situación. De la misma forma, faltaban mecanismos para hacer oponible las medidas de protección patrimonial dentro de un concurso frente a los acreedores extranjeros quienes daban por terminado contratos, retenían mercadería en el extranjero, perseguían bienes en otros estados, etc. Todo esto para quedar por fuera del concurso local, generando una situación de desventaja con el acreedor local, estas situaciones se

presentaban por la ausencia de una normatividad organizada que tuviera vocación transfronteriza.

Esta normatividad obedece a las nuevas necesidades del mercado y la tendencia asociativa de los estados. La aceptación de las reglas de la CNUDMI por diferentes estados va a facilitar la aplicación de estas herramientas y evita desacuerdos sobre la aplicación de las normas.

### **8.1 SITUACIONES DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

El artículo 86 nos ilustra los cuatro supuestos de insolvencia transfronteriza:

- El primer supuesto se refiere a la existencia de acreedores o bienes de un deudor en Colombia, caso en el cual, se aplicará la norma cuando la autoridad o “representante extranjero” solicite a la autoridad Colombiana el reconocimiento de un proceso abierto en el extranjero.
- El segundo supuesto difiere del anterior, en tanto existe un proceso abierto conforme a las normas colombianas y se solicita el reconocimiento ante otro estado. En este caso la solicitud de reconocimiento del proceso de reorganización o liquidación podrá venir de la Superintendencia de Sociedades, del juez civil del circuito o del promotor o liquidador como representantes del proceso.
- El tercer supuesto se presenta cuando de manera simultánea se tramita frente a un mismo deudor procedimientos en Colombia y en otros estados. La posibilidad de que existan procedimientos paralelos obedece a una concepción sobre el concurso que no impide que los otros estados actúen de conformidad con sus normas, sino que resulta necesario armonizar dichas normas para lograr resultados más equitativos, eficientes y oportunos.

- El cuarto y último supuesto hace referencia a los acreedores u otras personas interesadas, los cuales hacen una solicitud para integrarse a un proceso de insolvencia abierto en Colombia.

En este punto es importante introducir ciertas definiciones importantes para continuar con el desarrollo del tema. El artículo 87 de la Ley estipula lo siguiente: por “proceso extranjero” debemos entender que es

...el proceso colectivo, ya sea judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que tramite un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación”. Por “Proceso extranjero principal” se entiende el proceso extranjero que cursa en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses.

El “Representante extranjero” es la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un proceso extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del proceso extranjero.

Es importante recordar que para solicitar el reconocimiento del proceso extranjero debemos tener en cuenta la definición que nos trae la Ley sobre “Representante Extranjero” (numeral 4 artículo 87 de La Ley 1116 de 2006), además de la expresión: “centro principal de los intereses” del deudor, la cual va a ser el parámetro para determinar si el “proceso extranjero” es principal. De esta última expresión la Ley no determinó el alcance, pero podemos utilizar el criterio que enmarca el Reglamento numero 1346 de 2000 del Consejo Europeo, el cual regula temas de derecho concursal. En este Reglamento se determina que esta expresión debe entenderse como “el lugar donde el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar”. También ayuda a determinar el alcance de la expresión el parágrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y el artículo 3 del Reglamento antes mencionado del Consejo Europeo, en los cuales se presume como “centro principal de intereses” el domicilio social o residencia habitual, excepto

cuando se logre demostrar que el centro de sus principales intereses se encuentra en otro lugar<sup>69</sup>.

## **8.2 ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS ANTE LAS AUTORIDADES COLOMBIANAS**

A partir del artículo 94 de La Ley se regula la legitimación de los “representantes extranjeros” y acreedores extranjeros para acudir ante las autoridades Colombianas.

El artículo 94 de La Ley establece que “Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante una autoridad colombiana competente”. Este artículo garantiza la igualdad entre los acreedores nacionales y los internacionales, dándole la facultad al “representante extranjero” y al acreedor extranjero a comparecer directamente ante las autoridades competentes para que le sea reconocido un procedimiento o un crédito no nacional. Coincide este artículo con el artículo 11 ibídem, que legitima al representante extranjero a solicitar la apertura de un procedimiento de conformidad a la normatividad colombiana.

Desde el artículo 94 hasta el 98 se habla de los derechos y los principios del proceso cuando se presentan ante la autoridades nacionales estos sujetos no nacionales, estableciendo como principio rector la igualdad contenida en el artículo 100 de la constitución política,<sup>70</sup> pero conservando el principio de soberanía estatal; así si un acreedor extranjero decide presentarse al proceso de insolvencia local va a estar sujeto a la prelación de créditos establecido por la normativa local. También se impone el deber de notificar sobre la apertura de algún proceso de insolvencia a los

---

<sup>69</sup> RODRIGUEZ, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia S.A., 1997.

<sup>70</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros....

acreedores extranjeros conocidos para que tengan la posibilidad de enterarse y decidir si hacerse parte en el proceso o que el “representante extranjero” solicite el reconocimiento de otro proceso; sin embargo, todo esto dependerá de los medios establecidos por cada legislación nacional y el deber de colaboración de los deudores que normalmente no cumplen el deber de información en el proceso o con sus acreedores.

### **8.3 SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE UN PROCESO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES**

El artículo 100 de La Ley establece los requisitos de la solicitud para el reconocimiento de un proceso extranjero.

Esta norma regula el primero de los supuestos del artículo 86; se da cuando existe un proceso de insolvencia no principal iniciado en otro estado y el representante extranjero le solicita a la autoridad colombiana sea reconocido dicho proceso dentro del proceso principal adelantado en Colombia.

Frente a la solicitud de reconocimiento que hace el representante extranjero el legislador en el artículo 101 de la Ley estableció una presunción de validez de dicha solicitud.

Las presunciones que trae esta norma buscan evitar que la solicitud que hace el representante extranjero sea sometida a algún trámite procesal previo, por lo tanto, una vez presentada dicha solicitud a la autoridad colombiana, esta presumirá que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 100 ibídem, esto es: que el procedimiento se enmarca dentro de la definición de “procedimiento extranjero” y su representante se encuentra legitimado para hacer la solicitud, que los documentos que se presentan con la solicitud son válidos sin que haya necesidad de legalizarlos,

y que el domicilio social de deudor o su residencia habitual es el centro de sus principales intereses.

### **8.3.1 Medidas otorgables a partir de la solicitud**

El artículo 102 de La Ley establece los efectos de la providencia que reconoce un procedimiento extranjero, facultando al juez para decretar una serie de medidas pedidas en la solicitud de reconocimiento. Entre las medidas otorgables encontramos:

Ordenar la suspensión de todo proceso de ejecución contra los bienes del deudor, encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por la autoridad colombiana competente, y en la medida en que la ley colombiana lo permita respecto de cada solicitud, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor ubicados en territorio colombiano, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa, entre otras.

La solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero es resorte exclusivo del representante extranjero, lo mismo que la solicitud de las medidas. No podría la autoridad colombiana reconocer un proceso extranjero o decretar medidas cautelares basándose en el conocimiento privado u obrar de oficio, no se puede desconocer que el interesado en regularizar el estado de cesación de pagos es el representante extranjero como representante del proceso extranjero.

Estas medidas que pueden ser concedidas desde la solicitud de reconocimiento tienen carácter temporal, puesto que tienen como plazo máximo lo que se demore la autoridad nacional en proferir la providencia que decide sobre la solicitud. Cuando se profiere esta decisión las medidas quedan automáticamente sin efecto, salvo cuando la autoridad decida continuar con las medidas. La autoridad sólo practicará las medidas que considere necesarias y dichas medidas estarán sometidas a las reglas previstas en el orden nacional para su práctica.

### **8.3.2 Reconocimiento del proceso extranjero**

El artículo 103 de La Ley establece los requisitos para el reconocimiento del procedimiento extranjero y además define cuando un proceso extranjero va a ser calificado como “proceso extranjero principal” o “proceso extranjero no principal”.

El fin principal del reconocimiento es la protección del patrimonio del deudor salvaguardando los intereses de los acreedores, evitando actuaciones dirigidas a la despatrimonialización, especialmente la de adquisición de bienes en otros estados buscando evadir el proceso local.

La autoridad competente podrá reconocer el procedimiento como “procedimiento principal” cuando se tramite en el estado en donde el deudor tenga el “centro principal de sus intereses”, o reconocerá un “procedimiento como no principal” cuando el deudor es propietario en territorio colombiano de un establecimiento abierto donde ejerce una actividad económica.

Cuando un procedimiento es reconocido como principal se suspenden todas las acciones y procesos ejecutivos en curso en contra del patrimonio del deudor, además se presenta el desapoderamiento atenuado del deudor toda vez que queda privado de la facultad de disponer o gravar los bienes de su propiedad, salvo que se trate de un acto u operación que se encuentre dentro del giro ordinario de sus negocios, so pena de ser declarados ineficaces de pleno derecho, además de la imposición de una multa de hasta doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Frente a la revisión de la solicitud de reconocimiento la norma es clara, la autoridad sólo debe constatar si la solicitud de reconocimiento cumple con los requisitos exigidos, y salvo la excepción de orden público contenida en el artículo 91 de La Ley, debe conceder el reconocimiento del proceso extranjero. Esta

norma evidencia el interés del legislador de que dicha solicitud no pase por un control sustancial previo que afecte la celeridad del proceso concursal.

Por último, la norma establece la posibilidad que tiene la autoridad competente de modificar o revocar la providencia de reconocimiento toda vez que quede demostrada la ausencia total o parcial de los motivos que dieron origen al reconocimiento o cuando el representante extranjero incumpla sin justificación el deber de colaboración contenido en el artículo 104 de La Ley, donde se establece que luego de presentada la solicitud de reconocimiento de procedimiento extranjero, el Representante Extranjero debe cumplir con una carga de información, debiendo notificar a la autoridad colombiana de todos los cambios importantes en el proceso extranjero y todos los procesos extranjeros abiertos en contra del mismo deudor que conozca el representante extranjero.

El artículo 105 de La Ley establece los efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero como principal. Cuando el proceso extranjero es reconocido como principal operaran las siguientes medidas:

No podrá iniciarse ningún proceso de ejecución en contra del deudor, suspendiéndose los que estén en curso, quedando legalmente facultado el representante extranjero y el deudor para solicitar, individual o conjuntamente, su suspensión y para alegar la nulidad del proceso o de las actuaciones procesales posteriores al reconocimiento de un proceso extranjero principal. El juez que fuere informado del reconocimiento de un proceso extranjero principal y actúe en contravención a lo dispuesto en el presente numeral, incurrirá en causal de mala conducta". "Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes, salvo el caso de un acto u operación que corresponda al giro ordinario de los negocios de la empresa. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención de lo dispuesto en este numeral, será ineficaz de pleno derecho y dará lugar a la imposición de multas sucesivas hasta por doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes por parte de la autoridad colombiana competente, hasta tanto reversen la respectiva operación. De los efectos y sanciones previstos en el presente numeral, advertirá la providencia de reconocimiento del proceso extranjero.

Es importante en este momento aclarar que si bien el otorgamiento de medidas provisionales queda sometido a la voluntad de la autoridad competente, cuando se reconoce un proceso extranjero como principal los efectos que trae este artículo operan de manera automática. El reconocimiento de un proceso extranjero como principal no obsta para iniciar un proceso con arreglo a las normas Colombianas.

En la última parte de la norma se establece que el reconocimiento de un proceso extranjero del propietario de una sucursal extranjera en Colombia da lugar a la apertura del proceso de insolvencia de la misma (reestructuración o liquidación) bajo la normativa local. La razón de esta norma es que el estado de cesación de pagos es una patología que afecta la totalidad del patrimonio y siendo la sucursal parte del patrimonio del fallido este establecimiento debe hacer parte de la garantía de la totalidad de los acreedores.

El artículo 106 de La Ley establece las medidas que puede otorgar la autoridad competente a partir del reconocimiento de un proceso extranjero con independencia si es un proceso principal o no. Recordemos que antes estudiamos las medidas automáticas que se generan cuando un procedimiento es reconocido como principal, este artículo trata las medidas genéricas que puede decretar la autoridad de aplicación cuando se reconoce cualquier tipo de proceso extranjero. Entre las medidas encontramos:

Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor”, “Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por la autoridad colombiana competente, y en la medida en que la ley colombiana lo permita respecto de cada solicitud, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa”, “Prorrogar toda medida cautelar

otorgada con arreglo al artículo sobre medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero. , entre otras.

Desde el artículo 110 hasta el 116 La Ley regula los temas de cooperación entre las autoridades nacionales y las internacionales y los parámetros para de coordinación cuando se adelanten más de un proceso de insolvencia en contra de un mismo deudor.

## **9. ASPECTO PROBLEMÁTICO DE LA LEY DE INSOLVENCIA EN MATERIA DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

La solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero es un tema coyuntural de la ley de insolvencia, toda vez que esta solicitud esta libre de cualquier revisión de fondo por parte de la autoridad nacional que conoce el proceso concursal.

Tradicionalmente a la jurisdicción se le atribuye un campo de acción nacional limitando el poder al territorio del estado. La anterior, no es una idea novedosa, pues es una característica fundamental del mundo como conjunto de Estados-nación. A finales del siglo XX surgen tendencias de distinta naturaleza que flexibilizan el concepto de Estado tradicional, ejemplo de ello es la creación de algunos organismos supranacionales con jurisdicción sobre los estados miembros de los mismos, tales como, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional entre otras..

El derecho privado internacional también se ha desarrollado en virtud del incremento de las relaciones económico-jurídicas que exceden el territorio de un Estado. Así un deudor, extendiendo sus operaciones fuera de su país, puede contraer obligaciones en el extranjero y tener allí también parte de su patrimonio. Esto ha llevado a que las diferentes jurisdicciones desarrollen sistemas basados en la cooperación e integración internacional que logren dar solución a los problemas que se presentan conforme incrementa de manera exponencial las relaciones económicas internacionales.

Si bien la expedición del régimen de insolvencia transfronteriza de La Ley 1116 de 2006 obedece a una necesidad creada por el creciente intercambio económico internacional del país, consideramos que el legislador no ponderó algunos problemas que podrían presentarse al aplicar algunas normas. Para nosotros uno de los aspectos más problemáticos de este nuevo régimen se encuentra en la

solicitud de reconocimiento de proceso extranjero, toda vez que nuestro legislador estimó conveniente que la autoridad competente colombiana en materia de insolvencia sólo revisara de manera formal dicha solicitud, sin poder hacer un análisis de mérito sobre los hechos que fundamentan esta solicitud y sin que medie ningún procedimiento previo frente a las autoridades colombianas que revise sustancialmente la providencia con la que se sustenta la solicitud de reconocimiento.

Consideramos que es importante que se haga una revisión de fondo de la solicitud en tanto el reconocimiento de un procedimiento extranjero conlleva a la adopción de medidas cautelares bastante fuertes para el patrimonio del deudor (en el caso de que el proceso sea reconocido como principal recae automáticamente la medida de prohibición de enajenar y afectar bienes), también van a soportar estas medidas los acreedores, los cuales van a soportar la suspensión de procesos y de acciones ejecutivas en contra del deudor.

La anterior situación puede evidenciarse al comparar los requisitos que debe cumplir un acreedor para solicitar la apertura de un concurso liquidatorio (quiebra) en la República de Argentina con los requisitos exigidos por la Ley 1116 de 2003 para la solicitud presentada por un acreedor nacional:

Ley 24522 de la República de Argentina (Ley de concursos y quiebras)

“Artículo 83. Pedido de acreedores — Si la quiebra es pedida por acreedor debe probar sumariamente su crédito, los hechos reveladores de la cesación y que el deudor este comprendido en el artículo 2°.

El juez debe disponer de oficio las medidas sumarias que estime pertinentes para tales fines y, tratándose de sociedad, para determinar si está registrada y, en su caso, quienes son sus socios ilimitadamente responsables.

El artículo 2° al que se remite en el artículo precedente regula los sujetos susceptibles de ser concursados y los hechos reveladores que menciona el artículo anterior son:

Artículo 79. Hechos Reveladores – Pueden ser hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros:

1. Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor.
2. Mora en el cumplimiento de una obligación.
3. Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.
4. Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad.
5. Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.
6. Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.
7. Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.

Ley 1116 de 2006 – Regimen de Insolvencia Colombiano “Artículo 49. Apertura del proceso de liquidación judicial inmediata.

Procederá de manera inmediata en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor lo solicite directamente, o cuando incumpla su obligación de entregar oportunamente la documentación requerida, como consecuencia de la solicitud a un proceso de insolvencia por parte de un acreedor. Conc. Ley art. 14.
2. Cuando el deudor abandone sus negocios.
3. Por solicitud de la autoridad que vigile o controle a la respectiva empresa. Conc. Decreto 4327 de 2005; Decreto 990 de 2002; Decreto 1016 de 2000;
4. Por decisión motivada de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso reorganización, o cuando el deudor no actualice el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto requerida en la providencia de inicio del proceso de reorganización.
5. A petición conjunta del deudor y de un número plural de acreedores titular de no menos del cincuenta por ciento (50%) del pasivo externo
6. Solicitud expresa de inicio del trámite del proceso de liquidación judicial por parte de una autoridad o representante extranjero, de conformidad con dispuesto en la presente ley.
7. Tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fueren subsanadas dentro del término indicado por el juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses.
8. La providencia judicial que decreta la apertura inmediata del trámite del proceso de liquidación judicial no admite ningún recurso, con excepción de la causal prevista en los numerales 2 y 7 de este artículo, evento en el que solo cabrá el recurso de reposición.

Si el juez del concurso verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguientes del Código de Comercio, caso en el cual los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes.

Parágrafo 1°. El inicio del proceso de liquidación judicial de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos, conforme dispuesto en esta ley para el efecto en el proceso de reorganización. Ley 1116 de 2006, art. 9

Si se comparan las dos legislaciones resulta claro que la normativa Argentina es más flexible en cuanto a los requisitos para que el deudor presente la solicitud de apertura de un proceso liquidatorio, mientras que la norma colombiana sólo faculta al o los acreedores a pedir la solicitud de liquidación judicial si se presentan conjuntamente con el deudor y además deben cumplir con el porcentaje sobre el pasivo externo que exige el numeral 5 del artículo 49 de la ley 1116 de 2006.

Con el ejemplo se busca mostrar como el sindico del concurso argentino ("representante extranjero" del proceso) puede solicitar con la providencia que admite el pedido de quiebra (auto que confirma la apertura de un proceso concursal) el reconocimiento del proceso extranjero y en consecuencia el deudor soportará las medidas cautelares que operen con la solicitud de reconocimiento de dicho proceso, para este efecto la autoridad colombiana se limitará a revisar si dicha solicitud cumple con los requisitos formales, sin tener facultad de revisar si los hechos que dan merito a la solicitud se ajustan a los presupuestos de la legislación nacional.

Por lo anterior, encontramos que en muchas situaciones el deudor y los mismos acreedores nacionales se pueden ver perjudicados, por reconocimientos de procesos extranjeros que de pronto no ameritan tales medidas.

Los acreedores y los deudores no serían los únicos que podrían resultar perjudicados por el reconocimiento innecesario de un proceso extranjero, otra de las medidas cautelares automáticas a partir de reconocer un proceso extranjero como principal, es la sanción de ineficacia a los actos dispositivos sobre los bienes de deudor cuando no se traten de operaciones necesarias y que se encuentren dentro del giro ordinario de los negocios del concursado. Aquí es donde más se evidencia que dichas solicitudes deberían poder ser revisadas de fondo, puesto que entra en juego la buena fe del tercero contratante.

## 10. CONCLUSIONES

El fenómeno actual conocido como globalización entraña una creciente comunicación e interdependencia entre los sujetos de diferentes estados y crea la necesidad de buscar mecanismos para la solución de los conflictos que se presenten como consecuencia de este intercambio.

Es lo cierto que la posibilidad de asentar negocios en varias latitudes, entraña beneficios, pero también riesgos, pues el traspés económico de un comerciante con varios asientos, causa daños a todos sus acreedores, los que ordinariamente, son también personas que pertenecen a varios ordenamientos jurídicos distintos.

Colombia se encontraba en mora de implementar un régimen que regulara las relaciones comerciales entre sujetos de diferentes estados, por eso lo hizo por medio de la ley 1116 de 2006 (que regula el régimen de insolvencia). En el punto que se viene esbozando, la normativa Colombiana, acoge los lineamientos de la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza propuesta por la Comisión de Las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional.

Si caracterizamos los procesos concursales nacionales e internacionales encontramos que el estado de insolvencia es el requisito objetivo para la apertura de cualquier proceso concursal (sea de reorganización o liquidatorio), este no debe entenderse como el resultado de la operación matemática: Activos – Pasivos, la insolvencia debe ser entendida como un estado de impotencia patrimonial que no le permite al deudor cumplir con todas sus acreencias. El principio imperante en todos los procesos concursales es la universalidad, entendida en una faz subjetiva como el llamado que se hace a la totalidad de acreedores a comparecer al proceso, y en una fase objetiva supone que la totalidad de activos del deudor van a quedar sujetos al proceso.

La ley 1116 en su capítulo de insolvencia transfronteriza regula que casos se van a entender como supuestos de insolvencia transfronteriza.

Con la incorporación de la ley modelo los procedimientos encaminados a afectar los bienes del deudor en concurso, gozan de mayor agilidad. Esto porque ya no es necesario someterse a reciprocidades legislativas por vía de tratados internacionales. Toda vez que la ley establece una presunción de validez a la solicitud presentada con el fin del reconocimiento del proceso extranjero, en dicha solicitud solo habrá que probar la apertura y el nombramiento dentro del proceso como representante extranjero (que estos dos supuestos encajen dentro de la definición aportada por la ley), esta solicitud no está sometida a ningún trámite previo como exequátur o formalidades como la comisión rogada o el exhorto internacional.

La autoridad Colombiana no se encuentra facultada para examinar los hechos que dieron lugar a la apertura del proceso en el extranjero, se debe limitar a hacer un examen meramente formal de la solicitud verificando que se cumplan los requisitos exigidos.

La ley establece como medidas aplicables desde la presentación de la solicitud de reconocimiento del proceso concursal extranjero la suspensión de los procesos de ejecución en contra de los bienes del deudor que se estén tramitando, y al momento de reconocimiento del proceso las medidas pueden ir hasta lo que se ha denominado como el desapoderamiento atenuado y consiste en que el deudor va a perder la facultad de disponer o gravar sus bienes por fuera del giro ordinario de sus negocios, estableciendo como consecuencia la ineficacia de pleno derecho de dichos actos.

Sin embargo, si se mira desde el punto de vista de la protección que tienen los acreedores Colombianos, podría decirse que no es benéfico para ellos, toda vez

que se abren las puertas fácilmente a los acreedores extranjeros para que entren al proceso concursal y disputen los bienes<sup>71</sup>.

Es difícil pensar entonces que los acreedores Colombianos pueden ejercer derechos iguales o similares con relación a un deudor que este en nuestro país y que involucre bienes que tenga en el exterior, ya que la única manera en que pudieran hacerlo, sería frente a un país que haya adoptado una ley que siga más o menos los lineamientos de la ley modelo.

El problema de la desigualdad entre los acreedores de los distintos países, siempre será punto de quiebre en la integración de las legislaciones nacionales. Lo será más aún, en el tema de las insolvencias en atención al significado de universalidad que define al patrimonio como prenda general de todos los acreedores. No obstante, es necesario comprender que el derecho tiene que avanzar, que tiene que prever y solucionar los conflictos que se presentan y que cada día más, ellos se tornan en transfronterizos. Si los problemas son transfronterizos, las soluciones tienen que ir hacia el mismo lado. Por eso, ante la necesidad manifiesta de seguridad jurídica para éste tipo de problemas, es menester concluir que la ley modelo de insolvencia transfronteriza es la propuesta de un ente competente y autorizado, para proponer un procedimiento unificador que permita desde el interior de cada ordenamiento jurídico la creación de mecanismos para la protección internacional de los derechos.

---

<sup>71</sup> Esto se puede observar si comparamos la ley 24.522 (ley que regula los concursos y quiebras en Argentina) con la ley 1116 de 2006. Al mirar algunos de los supuestos que establece la Ley Argentina para la apertura de un proceso de quiebra, encontramos que existe la posibilidad que un acreedor presente el pedido de quiebra de su deudor, este pedido no requiere una pluralidad de acreedores y bastara con demostrar que el deudor se encuentra en mora de una obligación clara, expresa y exigible.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEGRÍA, Hector; PAJARDI, Piero. Derecho concursal. t. I. Buenos Aires: Abaco, 1991.

BONSIGNORI, Angelo. La naturaleza jurídica de los procedimientos concursales. RDCO, 1982, 15-1.

DURAN PRIETO, María Cristina; REINALES LONDOÑO, Ana María. Insolvencia Transfronteriza. Tesis de grado para optar al título de abogado.

FERNANDEZ, Raymundo L. Tratado teórico-practico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra. Buenos Aires: CIA, 1937.

GARAGUSO, Horacio P. Fundamentos de derecho concursal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

GARAGUSO, Horacio P.; MORIONDO, Alberto; GARAGUSO, Guillermo H. F. El proceso concursal. El concurso como proceso, t. III. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

GRAZIABILE, Darío J. Breve teorización sobre el proceso concursal. naturaleza, caracteres, principios y tipos. [En línea]. Disponible en: [http://www.bufete-baro.com/pub-docs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIABILE-eoria%20sobre%20el%20proceso%20concursal.htm#\\_ftn6](http://www.bufete-baro.com/pub-docs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIABILE-eoria%20sobre%20el%20proceso%20concursal.htm#_ftn6)

----- . La quiebra como ejecución colectiva. Notas sobre la vigencia de una postura clásica ED 23/04/04.

-----; ALEGRIA, Hector. Derecho concursal. la ED.- Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. Ley de Concursos y Quiebras comentada Lexis Nexis-Depalma 2003.

LORENTE, Javier A. Ley de Concursos y Quiebras comentada y anotada, t. I. Buenos Aires: Gowa., 2000.

MAFFÍA, Osvaldo J. "Sobre procedimiento concursal", LL 1997-F-1058.

----- . "Estado (de cesación de pagos) ¿del deudor, o de su patrimonio?". ED del 26/6/2001.

----- . Crítica de la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva. ED, 113-711.

----- . Derecho Concursal Victor P. de Zavalía, 1985 t. I.

----- . Manual de Concursos. La Rocca, 1997

MONROY CABRA, M.G. Tratado de Derecho internacional privado. 6ª Ed. Bogotá D.C.: Temis, 2.006.

MONTOYA O, Marta E; MONTOYA P, Guillermo. Las personas en el derecho civil colombiano. Bogota: Ed Leyer, 2001.

MORELLO, Augusto M.; TESSONE, Alberto J.; KAMINKER, Mario E. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires v de la

Nación comentados y anotados, t. VIII. Concursos, Ley 24.522, Platense-Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

ONU. COMISIÓN PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Presentación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza con la guía para su incorporación al Derecho interno. [En línea]. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html). [ 2 de febrero de 201]

Código de campo cambiado

PROVINCIALI, Renzo. Tratado de derecho de la quiebra. Barcelona: AHR, 1958.

RIVERA, Julio C. Instituciones del derecho concursal, t. I, 2° ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

-----; ROITMAN, Horacio; VITOLLO, Daniel R. Ley de concursos y quiebras, t. I. Rubinzal – Culzoni, Santa.

RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, 2007.

SCOTTI, Luciana B. La Insolvencia Internacional a la Luz del Derecho Internacional Privado Argentino de Fuente Interna. [En línea]. Disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001\\_0008\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0008_investigacion.pdf)

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. Auto 410-3480 del 4 de junio de 1.997