

LA MEJOR INSOLVENCIA ES LA QUE NO SE TIENE

GERÓNIMO GONZÁLEZ DAVID

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2021

LA MEJOR INSOLVENCIA ES LA QUE NO SE TIENE

GREÓNIMO GONZÁLEZ DAVID

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor

Luis Felipe Vivares

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2021

Declaración de originalidad

Fecha: **31 de mayo de 2021**

Yo, **Gerónimo González David**, en mi calidad de autor del artículo titulado **La mejor insolvencia es la que no se tiene**, presentado como requisito de grado en el pregrado de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado para optar a un título, ya en igual forma o con variaciones, en esta u otra universidad. Asimismo, declaro que he reconocido el crédito debido a las ideas citadas y que no he incurrido en plagio en elaboración del trabajo de grado.

Introducción

La emergencia sanitaria causada por el COVID-19, ha repercutido en múltiples aspectos, tanto sociales como económicos; por esta razón, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto ley 560 el 15 de abril del 2020 con el objetivo de crear un sistema de recuperación empresarial y un ecosistema con ciertos tipos de procedimientos más ágiles para poder controlar el volumen de insolvencia que inminentemente se podrá evidenciar como producto de la pandemia.

Esta crisis no tiene antecedente alguno. En los sistemas de mercado, en la económica siempre habrá empresas que nacen y mueren, siempre habrá empresas exitosas y otras empresas que no son viables, pero este no es el escenario en el cual nosotros nos encontramos esto debido a que existen hoy por hoy muchas empresas sanas que hoy no pueden vender sus productos o servicios

La incertidumbre y esta crisis que al parecer es de mera iliquidez, está afectando principalmente a las pequeñas y medianas empresas, ya que no es lo mismo una gran empresa la cual tiene mayores formas de sobrevivir a las actuales situaciones del mercado, que una Pymes que funcionan con un flujo de caja determinado que con el tiempo puede transformar una crisis de iliquidez a una de insolvencia.

Estas medidas de emergencia deben tener como propósito evitar el colapso judicial, evitando que se produzca un número exagerado de solicitudes; esto se puede lograr con mecanismos pre judiciales, los cuales permiten descongestionar en gran medida la carga de los jueces y en especial ayudar a que empresas viables en condiciones normales de mercado, es decir, cuyo valor en funcionamiento sea superior a su valor en liquidación en condiciones normales de mercado. Por tanto si se llega a un marco de negociaciones y acuerdos, se podrá posponer el cumplimiento de las obligaciones, y se podrán introducir modificaciones estructurales para incidir en activos y pasivos y así lograr que esas empresas viables puedan afrontar un escenario pos COVID sin haber afrontado un proceso concursal.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el Estado tiene limitación económica y en ese sentido, en esta coyuntura, es inapropiado pretender que todo venga producto de alivios, subsidios o de incentivos por parte del gobierno, por lo tanto al tener limitaciones el Estado debe brindar herramientas jurídicas temporales para lidiar con crisis que no son ordinarias.

Es por ello que uno de los grandes pilares de este decreto es la creación de herramientas extrajudiciales de negociación expedita, con las cuales se pretenden una solución pronta y adecuada a la crisis. En el presente trabajo de investigación, se dará análisis a los mecanismos extrajudiciales que nos presenta el decreto 560 como mecanismos transitorios especiales; Se estudiará el nivel de eficacia que podrán tener estas herramientas extrajudiciales para ayudar a la descongestión de los procesos de insolvencia.

Por consiguiente, en el primer capítulo de esta investigación, se traerá a colación el proceso de la ley 1116 ordinario de manera breve y concisa junto con una explicación mucho más detallada y profunda de las 2 herramientas prejudiciales que nos trae el decreto 560 como lo son: el procedimiento de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización y el proceso de recuperación empresarial.

En el segundo capítulo se realizará una comparación de estos dos procedimientos extrajudiciales con las herramientas que tiene España en el mismo derecho concursal, y cuáles han sido las ventajas que le ha traído estos mecanismos pre judiciales al país.

Por último, en el tercer capítulo se analizarán los datos anteriores y se podrá llegar a una conclusión sobre la pertinencia, eficacia y dificultades que han traído estas herramientas al derecho concursal del país.

Capítulo I

El régimen de insolvencia en Colombia consiste en que aquellas empresas o personas naturales comerciantes que están atravesando dificultades económicas las cuales pueden ser de mera iliquidez o no, pero que siguen siendo empresas que continúan siendo viables y que en un futuro podrían tener la oportunidad de reorganizarse de manera financiera, organizacional y por su puesto de manera operativa para que sigan funcionando como unidades productivas.

Hoy por hoy coexisten básicamente varios regímenes concursales, unos ordinarios y otros extraordinarios, pero que desde todos los puntos de vista vale señalar que será la ley 1116 de 2006, la que regente en buena medida todos los procesos concursales existentes, mientras que el decreto 560 y el decreto 772 tienen algunos aspectos de los cuales vamos a indicar a lo largo del presente trabajo, pero que en buena medida tienen una finalidad similar a la establecida en la ley 1116:

ARTÍCULO 1. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA: El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor (Congreso de Colombia, 2006).

“El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos (Congreso de Colombia, 2006).

“El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor” (Congreso de Colombia, 2006).

“El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias” (Congreso de Colombia, 2006).

Todas las normas que acabamos de mencionar tienen 3 propósitos fundamentales, el primer fundamento es proteger a las empresas viables, igualmente se protege el crédito es decir aquellos que confían en el desarrollo empresarial bien sea las fuerzas laborales, las entidades tributarias, las entidades financieras o los proveedores y por último se protege al empleo, acá está el trípode de protección de las normas concursales, no solo en Colombia si no en el mundo, por que el concepto empresarial es vital para toda sociedad y su desarrollo económico.

Teóricamente estas normas están diseñadas para la protección de empresas y las de personas naturales que ejercen actividades mercantiles; así como lo estipula el código de comercio en su artículo 10.

ARTÍCULO 10. COMERCIANTES - CONCEPTO - CALIDAD: Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o persona interpuesta (Código de Comercio, 1971).

Este ámbito de aplicación lo vemos en todas las normas expuestas anteriormente. El decreto 560 y el decreto 772 lo que dicen sobre su ámbito de aplicación es que se podrán acoger a estos procesos los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria de emergencia económica, esto nos pone en la primera disyuntiva y es sobre cómo se pueden identificar, conforme a lo que se acaba de señalar, todas las empresas que cumplan con los presupuestos de admisión concursal o son solamente aquellas que se vieron afectadas con la declaratoria de emergencia que se dio desde marzo cuya cesación en el pago de las obligaciones se da justo en ese momento.

De acuerdo con esas dos situaciones, se puede acoger todo empresario todo patrimonio independientemente de que tenga obligaciones preexistentes, es decir aquellas cuyas obligaciones estaban vencidas para el año completamente anterior con corte a diciembre o tanto aquellas que su vencimiento en cuanto a las obligaciones es a partir de marzo.

Causalidad o no causalidad, en otras palabras, es necesario entender si la regulación que se expidió en el decreto 560 es general, es decir si esta regulación dentro de su ámbito de aplicación se puede entender para empresas que ya estaban en dificultades económicas antes de la pandemia, o por lo contrario solo se vería aplicada para aquellas empresas que están afectadas o con dificultades de caja como consecuencia del COVID-19.

Desde este punto se pueden realizar dos lecturas, la primera es que esta ley es una norma expedida con base en el decreto de emergencia generado por el COVID-19 y en consecuencia se debiera entender que las normas del decreto 560 se aplican única y exclusivamente a empresas que no estén tramitando un proceso de insolvencia, sin embargo, se debe decir que hay muchas normas del decreto 560 que se aplican a las empresas con insolvencia o que hoy están tramitando procesos de insolvencia como por ejemplo los beneficios tributarios, pero en términos generales se debe decir que el efecto de la crisis producida por el virus no distingue si una empresa estaba en un proceso de insolvencia o si sus obligaciones estaban vencidas a corte de diciembre del año 2019, o no estaban en un proceso de insolvencia antes de la pandemia, es decir para estos nuevos mecanismos que nos presenta el decreto 560 y otros, no se limita la necesidad de distinguir el motivo exacto por el cual la empresa entra en insolvencia, la importancia de este nos es filtrar las empresas para prohibir el ingreso de empresas que ya estaban en crisis antes de la pandemia, la verdadera idea es evitar un posible colapso judicial relacionado con procesos de insolvencia.

Volviendo con cómo se tramitan estos procesos, en un primer momento el presupuesto de admisión es el mismo para los 3 regímenes que se encuentran hoy en nuestra legislación. Cualquier deudor para acogerse a los procesos anotados tiene que necesariamente estar en las siguiente situación:

Cesación de pagos artículo noveno de la ley 1116, el cual consiste en que debe tener dos obligaciones vencidas por lo menos frente a dos o más acreedores, o tener dos o más procesos ejecutivos o de cobro coactivo en su contra y que en cualquiera de las dos situaciones esas obligaciones o esas pretensiones representen cuando menos el 10% de pasivo total.

Partiendo de estos requisitos necesarios para poder ser admitido al proceso concursal, es importante saber que nuestro proceso ordinario hablando a grandes rasgos, consta de dos grandes fases fundamentales, la primera fase el promotor acompañado del deudor en donde se determinan los pasivos, los créditos y la clase de los mismos, y una segunda fase que se destina a la negociación y confirmación del acuerdo de reorganización.

La diferencia de procesos como el ordinario, la ley 1116 y procesos extraordinarios de los decretos 560 y 772, son sustanciales en cuanto a tiempo, procedimientos y etapas.

De acuerdo con lo anterior, se podría señalar que un proceso ordinario se da cuando se radica una solicitud concursal, es decir cuando quiera que el deudor ha considerado que de manera responsable puede acogerse a un proceso de estos por que la compañía es viable, cuando se toma la decisión responsable y se ha preparado la documentación exigida por el artículo 13 de la ley 1116 que igualmente aplica para los decretos 560 y 772, y que corresponde a la siguiente información: estados financieros de los últimos ejercicios (3 años anteriores) y el estado financiero del último mes; de los cuales se deberá presentar una memoria explicativa de las causas de la crisis, que no es nada distinto a aquella relación de causas de motivos por los cuales el patrimonio se encuentra en una situación de dificultad. El cuarto es el plan de negocios, un documento que se conoce como el proyecto de calificación de acreencias, la relación de los acreedores de la cuantía que se les adeuda y la relación que tiene con el deudor y flujo de caja. Por último, el inventario de activos y pasivos.

En el tiempo de admisión, la diferencia entre los procesos ordinarios y extraordinarios es mucho más expedito, se darán al cabo dentro de una o tres semanas según lo que se pretende con los decretos puesto que el decreto 560 se estructuran bajo la flexibilidad, celeridad en la entrega de los recursos a las empresas de insolvencia con el solo auto de admisión.

El decreto 772 por su parte, nos trae los procesos ordinarios expeditos que a diferencia de los consagrados en la ley 1116, no podrán superar los 5000 SMMLV (salario mínimo mensual legal

vigente) y este debe constar solo de una audiencia mientras que por ejemplo el proceso ordinario consta de dos.

ARTÍCULO 11: Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos de reorganización y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias, los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de reorganización abreviado (Presidencia de Colombia, 2020).

Luego de analizar brevemente las diferencias y algunas similitudes que traen los 3 regímenes, sin entrar en muchos detalles y solo dando una vista muy general del tema, pues es imposible abarcar todos estos temas en el presente artículo; es hora de ver a profundidad los dos nuevos mecanismos pre judiciales que nos trae el decreto 560 el cual es el objetivo primordial de este trabajo de investigación y cuya única finalidad es buscar una solución que va adecuada para la inminente sobrecarga del régimen concursal del país.

El decreto 560 que lo hemos mencionado reiteradamente en este trabajo ha desarrollado o mejor, nos ha traído dos instrumentos prejudiciales, los cuales se encuentran en el título II, artículos 8 y 9 del decreto ya mencionado y que tiene como único fin que las empresas por medio de estos dos herramientas eviten entrar a un proceso concursal.

Estos dos mecanismos son:

- Negociación de emergencia de acuerdo de reorganización
- Proceso de reorganización empresarial

El primer proceso es el proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, este proceso está dirigido para deudores que serían destinatarios del régimen de insolvencia empresarial de la ley 1116, esto quiere decir que los que no están cubiertos por este procedimiento o que estando cubiertos desean ir al otro procedimiento, podrían ir a los procesos de mediación que se van a exponer más adelante.

Este proceso queda disponible para deudores que se encuentren en cesación de pagos o incapacidad de pago inminente, esto es importante porque la capacidad de pago inminente se suspende como causal de inicio de un proceso de reorganización ordinario. Entonces los deudores afectados por incapacidad de pago inminente pueden acceder a este tipo de proceso pre concursal.

Ambos procesos tienen una particularidad y es que su duración es limitada, es de 3 meses máximo y con esto se busca la solución de la insolvencia y que las causas se realicen de manera muy ágil y muy rápida ya que ambos están inspirados en la negociación directa entre deudores y acreedores.

Ahora como decía el proceso de emergencia, al estar destinada a los deudores que serían los sujetos de los procesos de la ley 1116, se tramitarán ante la superintendencia de sociedades o ante los jueces civiles de circuito según corresponda por la competencia. Lo más destacado de estos procesos, son los efectos que se producen durante la negociación, este procedimiento inicia con una solicitud de aviso de la intención de negociar presentada por el deudor ante el juez competente y debe ir acompañado con todos los documentos que acompañan una solicitud de reorganización; esta referencia a la ley 1116 durante la negociación al igual que en un proceso de reorganización se suspenden los procesos de ejecución, de restitución y de cobro en contra del deudor.

Adicionalmente y a diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de reorganización normal, el deudor puede aplazar ciertas obligaciones por concepto de gastos de administración, que no incluyen las obligaciones laborales ni con el sistema de seguridad social ni pensionales, adicionalmente tiene los mismos efectos que establece el artículo 17 para los procesos de reorganización, es decir que no se pueden hacer ciertas operaciones que están restringida a que el juez autorice. Lo anterior se hace con el fin de preservar la masa de los bienes que hacen parte del patrimonio y del deudor a diferencia de un proceso de reorganización normal donde el juez está involucrado desde el principio, en estos procedimientos el juez no preferirá autorizaciones ni levantamientos de medidas cautelares, esto considerando además que el tiempo de negociación es

limitado y ya hay suficientes incentivos que le permiten al deudor administrar la empresa durante el tiempo.

El acuerdo debe celebrarse con las mismas mayorías que se celebran un acuerdo de la ley 1116 pero hay una diferencia especial y es que se establece la posibilidad de celebrar acuerdos por categorías, esto lo que busca es limitar los efectos de la insolvencia a la categoría con la cual el deudor tiene el problema de la insolvencia; es decir, no es necesario traer a todos los acreedores al proceso concursal de manera universal, se puede concentrar la solución de la insolvencia en la categoría, lo cual significa que se puede hacer un acuerdo de reorganización solamente con los bancos, con los empleados o con los proveedores, una vez logrado este acuerdo, se presenta al juez del concurso para que en una sola audiencia se resuelvan todos los inconvenientes que no se pudieron resolver entre las partes directamente y decida si confirma o no el acuerdo. Si confirma el acuerdo, tienen los mismos efectos de un acuerdo celebrado en un proceso de reorganización ordinaria y si no lo confirma, el deudor no puede volver a intentar estos procesos dentro del año siguiente, sin embargo, puede acudir a alguno de los procesos de insolvencia de la ley 1116.

El segundo procedimiento de recuperación empresarial está destinado para los deudores que no podrían acceder a los procesos bajo la ley 1116, no obstante, también tendrían cobertura los deudores que podrían ser destinatarios de la misma. Este procedimiento es administrado por las cámaras de comercio, pueden ser desarrollado dentro de sus centros de conciliación y arbitraje y su finalidad es darle una posibilidad a todos los tipos de deudores de acudir a un sistema. Lo que se busca principalmente es ampliar la cobertura de los deudores que pueden tramitar procesos de reorganización o de negociación de deudas.

El proceso anterior tendrá una duración de máximo 3 meses, el ambiente es regulado para que un mediador adelante las negociaciones, también cuenta con la protección de la suspensión de los procesos ejecutivos durante la negociación, sin embargo, por ser una mediación solamente acuden o solamente están vinculados quienes acudan efectivamente a la negociación. El resultado de la negociación puede ser un acuerdo que tendrá efectos entre las partes que participaron y eventualmente estos acuerdos pueden ser sujetos de confirmación judicial.

Si los deudores están cubiertos por la ley 1116 pueden acudir ante la superintendencia de sociedades o ante el juez civil según corresponda, si no lo están, eventualmente podrán acudir al arbitraje si hay un compromiso celebrado. No se podrá tramitar de manera simultánea estos procedimientos sino que el deudor debe elegir cuál de los dos mecanismos seguir.

Capítulo II

Colombia no es el único país que ha implementado mecanismos extrajudiciales en los procesos de insolvencia, un ejemplo de esto es España y Estados Unidos, este último ha sido pionero en este tipo de medidas desde hace tiempo. Por esta razón, en este capítulo realizaremos una comparación de los mecanismos que nos trajo el decreto 560 con los mecanismos extrajudiciales de insolvencia que se encuentran en la legislación española y cuáles han sido los resultados que estos han dado en dicho país, para poder conseguir esto, se realizará un pequeño resumen sobre la historia del régimen de insolvencia español, su evolución y cómo aparecieron estos mecanismos extrajudiciales en España.

El gobierno español se ha visto enfrentado a una crisis económica desde el año 2008 en adelante, identificó que la complejidad, la lentitud, los elevados costos y el estado de tan alto sobreendeudamiento en el que llegan las empresas a los procedimientos de insolvencia provocó que durante varios años, no solo en España si no en toda Europa, el sistema concursal apenas se usara y que las mayoría de crisis empresariales se solucionarían mediante acuerdos, contratos o convenios que solo afectarían a las partes relacionadas.

España no siempre se ha caracterizado por una dogmática jurídica vanguardista en temas relacionados con mecanismos alternativos de solución de conflictos, por el contrario, sus más ilustres doctrinantes se han apegado más una regulación detallada de los procedimientos en cada una de sus actuaciones, el derecho español evolucionó y tomó como punto de partida el sistema concursal que tenía Estados Unidos, Italia entre otros países.

Para comenzar a desarrollar la comparación entre los procesos colombianos y españoles, en el último es obligación que el deudor que se encuentra en cesación de pagos deba acogerse a un proceso concursal, sin embargo, en Colombia no es una obligación, pero debería ser la decisión más responsable, seria y planificada de cara cuando se está presentando la cesación del pago. El incumplimiento de las obligaciones del empresario para esto se ha desarrollado lo que se le conoce como la sintomatología de la insolvencia, es decir, que un empresario debe advertir que se encuentra en dificultades económicas.

La figura de los mecanismos extrajudiciales en España, logran aparecer en el año 2013, antes de ello, lo más parecido que se podía encontrar en su régimen concursal era el procedimiento de suspensión de pagos que se pretendía regular en 1995 el cual nunca llegó a ser promulgado. En el 2013 con el ingreso al ordenamiento jurídico de la ley 14/2013 la cual buscaba apoyo a los emprendedores y evitar a toda costa que las empresas españolas se liquidarán, pues se entiende que son el pilar de la economía y la sociedad. La característica más importante que pretende establecer el legislador con los mecánicos alternativos de solución de conflictos en el tema concursal, es la prevención de la insolvencia, busca darles una segunda oportunidad a las empresas sin estar “manchadas” por haber estado en un proceso de insolvencia.

Esta ley trajo al ordenamiento jurídico español la desjudicialización de determinados supuestos de insolvencia entendiendo que estos son posibles ser tramitados extrajudicialmente para evitar el colapso de los juzgados que se hacen cargo de los procesos concursales.

En un principio, estas negociaciones y acuerdos extrajudiciales de pagos iban dirigidos a las Pymes que se encontraban insolventes fueran personas naturales o jurídicas y se excluían a las personas naturales no comerciantes, las cuales quedaban expulsadas totalmente de estos mecanismos. Sin embargo, con la nueva reforma que se introdujo con el nuevo Real Decreto-ley 1/2015, las características mencionadas cambiaron de cierta manera, pues el gobierno así lo determinó para lograr que los procesos frente a los endeudamientos fueran más eficaces debido a la situación económica del país en los últimos años.

En este punto es importante resaltar que los mecanismos extrajudiciales que nos trajo el decreto 560 en Colombia están basados en los mecanismos extrajudiciales de la legislación española. Por esta razón, es importante resaltar las particularidades de los acuerdos extrajudiciales de pagos del país europeo.

Los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos (AEP), van dirigidos tanto a personas naturales como personas jurídicas sin discriminación de que la persona natural sea comerciante o no o como se dice en España, empresarios o no empresarios. En Colombia los dos mecanismos del decreto 560 en general también van dirigidos a todo el público, pero con una distinción, pues el mecanismo de negociación de emergencia de acuerdo de reorganización solo va dirigido a los deudores que serían destinatarios a los procesos de la ley 1116 y este proceso se tramita ante las Supersociedades o jueces civiles de circuito según corresponda la competencia.

Por otro lado, el proceso de reorganización empresarial, el cual está destinado para los deudores que no podrían acceder a los procesos bajo la ley 1116, se tramitarán ante las cámaras de comercio dentro de sus centros de conciliación y arbitraje. Es fundamental resaltar esta diferencia ya que, en comparación con la regulación española, se puede evidenciar que el régimen concursal colombiano intenta reducir los supuestos de exclusión conservando la distinción en sus procedimientos.

Frente a los requisitos que se necesitan para acceder a estas herramientas en España se realiza una distinción entre las personas naturales y jurídicas, en el primer caso, la persona se debe encontrar en estado de insolvencia o que este sea inminente y previsible, además de ser necesario que la deuda inicial de la persona no sea superior a los 5 millones de euros; mientras que a las personas jurídicas, deben cumplir con requisitos como encontrarse en estado de insolvencia o que este sea previsible y que de tener que llegar a declarar el concurso, este no sea muy complejo. Por ello, limitan a que la lista de deudores no debe ser mayor a 50 acreedores y que no supere los 5 millones de euros ni la valoración del pasivo y conjunto de bienes. Cabe resaltar que en España, las personas jurídicas deben disponer de activos suficientes para cumplir con los datos propios del AEP.

En Colombia por su parte, estos procesos están disponibles para personas que se encuentren en cesación de pagos o incapacidad de pago inminente. Con base en los anteriores es posible entonces evidenciar que en Colombia debido a la emergencia sanitaria por COVID-19, los requisitos o presupuestos para poder utilizar estas herramientas, son mucho más laxos.

A diferencia de los procedimientos ya explicados que nos trae el decreto 560, en España, también se les da la posibilidad a los deudores, sean personas naturales empresarios o persona jurídicas, de acudir a las cámaras de comercio españolas, las cuales se diferencian con Colombia porque en España no se realiza la negociación en los centros de conciliación de las cámaras de comercio, sino que se solicita el nombramiento de un mediador concursal para iniciar el expediente.

A la hora de escoger el mediador se debe tener en cuenta la lista del Ministerio de Justicia y esa persona se escogerá de allí directamente exceptuando cuando se eligen las cámaras de comercio oficiales ya que estas asumen la función de mediación. El periodo de tiempo de este mecanismo es de 2 meses contados a partir de la aceptación del mediador concursal, el cual tiene como función revisar la documentación presentada por el deudor y convocar a los acreedores.

En Colombia, los mecanismos extrajudiciales tienen como plazo máximo 3 meses desde la aceptación y con esto se busca la solución de la insolvencia y que las causas se realicen de manera muy ágil ya que está inspirado entre la negociación directa entre deudores y acreedores; también es importante resaltar que mientras en España se deben convocar a todos los acreedores, en el caso del decreto 560 se puede categorizar, es decir, que se puede concentrar la solución de la insolvencia y realizar acuerdos de reorganización por ejemplo con los bancos o los empleados.

Sobre el acuerdo y la aprobación del mismo, en España está mucho más regulado el tema, pues en este varía el tiempo, y se debe contar con un porcentaje de la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado, mientras que, en Colombia, en el proceso de negociación de emergencia de acuerdo de reorganización el acuerdo se presenta al juez del concurso para que en una sola audiencia se resuelvan los inconvenientes y se determine si confirma o no el acuerdo.

El segundo mecanismo que es el procedimiento de reorganización empresarial, es un ambiente regulado por un mediador, las cuales solo se vinculan efectivamente las partes que acudan a la negociación.

Los efectos de este acuerdo en Colombia cumplen con los mismos efectos de un proceso de reorganización ordinario de la ley 1116, pues se suspenden los procesos de ejecución, de restitución y del cobro contra el deudor. Por otro lado, en España se regulan mucho más los efectos sobre el deudor y los acreedores.

En el caso de no llegar a un acuerdo, en Colombia se puede acudir a uno de los procesos de la ley 1116, en España, se podrá abrir un procedimiento de concurso de acreedores el cual se denomina concurso consecutivo, el cual cuenta con una serie de especialidades por ser posterior al intento de resolución.

Luego de lo expuesto sobre los AEP, es difícil establecer los niveles de eficacia que este ha tenido, pues aunque los mecanismos tengan altas solicitudes de inicio, esto no significa que hayan cumplido su objetivo ya que es necesario realizar un seguimiento a cada uno de estos casos para observar cómo se llegó a declarar el concurso de acreedores y llegar a la conclusión de que el AEP no cumplió con su finalidad.

Algo muy importante para resaltar es que los sujetos que hayan hecho uso de esta herramienta, en su gran mayoría, son personas naturales, no comerciantes o como dicen en España no empresarios, lo cual da a entender la necesidad que existía de expandir estos mecanismos no solo a personas jurídicas o comerciantes, sino también tener en cuenta a los consumidores.

En los últimos años se ha provocado un aumento en el uso de estos mecanismos, sin embargo, no se tiene certeza si lo que ha causado este efecto es que se configuró como un requisito previo para acceder al beneficio de exoneración y pone a pensar si es que verdaderamente se está usando para lo que el legislador lo creó o se convirtió en un simple trámite.

Conclusiones

El Gobierno Nacional en medio de la crisis sanitaria y económica que está atravesando el país producto de la pandemia, nos presentó en el decreto 560 unas herramientas o instrumentos que muestran que las intenciones del ejecutivo son fomentar en el empresariado la desjudicialización de procesos de insolvencia, entendiendo las dimensiones que actualmente está afrontando la economía mundial y un posible colapso judicial.

Para empezar con ello es importante resaltar la labor del gobierno, pues este entiende que la pandemia tiende a afectar en mayor porcentaje a las Pymes, pues estas al no tener un alto grado de flujo de caja son más propensas a crisis de iliquidez, que no necesariamente debe ser un crisis estructural y que en el ordenamiento jurídico colombiano no existían herramientas para que empresas que son viables y que solo atraviesan una mera crisis de liquidez no ingresen a procesos de insolvencias, que en muchas ocasiones no son tan veloces y se termina entonces con la liquidación de una empresa que podría ser viable, y con ello no solo se ve afectado el empresario, si no los empleos que este brinda.

El proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización es una gran herramienta para que las empresas puedan lograr llegar acuerdos con todos los acreedores o clasificarlos para escoger con qué acreedores poder negociar estos acuerdos, además de la rapidez y la poca burocracia que en este momento existen para ingresar a los procesos lo hacen ver como una herramienta muy útil en estos momentos.

Por su lado el procedimiento de reorganización empresarial, no presenta un gran avance relacionado con temas de insolvencia, pues integra a las personas excluidas de la ley 1116, para que puedan hacer uso de este mecanismo que si bien no esta tan estructurado y es más voluntario que el anterior; es un avance del legislador colombiano entender que las personas que no son comerciantes también pueden llegar a un punto de insolvencia y que los mecanismos que en el ordenamiento jurídico se encuentran no son tan eficaces como los de la ley 1116.

Cada vez más a nivel mundial se están implementando métodos alternativos de solución de conflictos, cada vez más el mundo se está dirigiendo a soluciones extrajudiciales, por ende el país no se puede quedar atrás, y si bien entendemos que países como Estados Unidos que son pioneros en estas herramientas, España y el resto de Europa llevan ya mucho tiempo con herramientas similares, nunca es tarde para empezar y mejorar nuestro régimen de insolvencia.

Por último, medir el nivel de eficacia que estos mecanismos han tenido es una situación imposible, pues primero se debe tener en cuenta que son mecanismos muy nuevos, los cuales necesitan una mayor divulgación, y una mejor explicación a las personas las cuales les puede ser útil. Por otro lado, la cultura de nuestro país es una cultura litigiosa la cual dificulta la implementación de estas, pero cabe aclarar que poco a poco hemos visto la utilidad de este tipo de herramientas; en tercer lugar, es muy difícil llevar el seguimiento de si las personas que terminan con un acuerdo de verdad lo cumplen, esto debido que son acuerdos con términos de años el cual le imposibilita a las entidades correspondientes hacer un verdadero seguimiento.

Referencias

- Ley 1116 de 2006. Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. 27 de diciembre de 2006. D.O. No. 46.494. Recuperado de:
https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_leyes/Ley%201116%20del%2027%20de%20diciembre%20de%202006.pdf
- Código de Comercio [CC]. Ley 16 de 1968. Artículo 10. 16 de junio de 1971 (Colombia). Recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Resolución 772 de 2020 [Ministerio de Comercio, Industria y Turismo]. Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial. 3 de junio de 2020. Recuperado de:
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20772%20DEL%203%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>

