

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY DE REESTRUCTURACIÓN FRENTE AL PROYECTO COLOMBIANO DE LA LEY DE INSOLVENCIA.

Por Luis Fernando Alvarado

EL CONTEXTO GLOBAL.

JOSEPH STIGLITZ en su obra EL MALESTAR DE LA GLOBALIZACIÓN señala la importancia de la solución a los problemas del sector empresarial como parte fundamental de la superación de las dificultades del sector financiero. Este mismo autor señala que la crisis en los pagos de las empresas lleva a cuestionar su propiedad y la tendencia hacia la liquidación de sus activos. Ante la crisis empresarial que en los años 90, se presentó en el sudeste asiático, se encontró que en que prácticamente todo el continente Asiático carecía de marco jurídico para solucionar la crisis. Acerca de la demora en la solución de las dificultades empresariales “Cuando hay apenas unas pocas empresas en quiebra en una economía, esta demora tiene un coste social reducido; pero cuando los apuros afligen a muchas empresas, el coste social puede ser enorme, porque prolonga la recesión macroeconómica. Por eso es imperativo que el gobierno haga todo lo posible para facilitar una solución rápida.”

Mientras el FMI ha sido radical enemigo de la intervención del estado, el Nóbel de economía estima que sin dicha intervención no es posible solucionar las crisis, como lo demostró Keynes en los años 30, e indica cómo la intervención de los gobiernos Surcoreano y Malasio sirvieron para que en solo dos años se solucionaran en estos países las dificultades que aquejaron al sector empresarial del sudeste asiático, entretanto que el Tailandés, que siguió el lineamiento de la no intervención estatal, impulsado por el FMI, al iniciar en segundo milenio, aún no había superado la crisis.

El FMI impulsó fundamentalmente la realización de los activos de las empresas en dificultades, por considerar que la crisis fue provocada por excesos en la capacidad de producción. Stiglitz cuestiona que el manejo de las dificultades se limita al control de las tasas de cambio, de interés, y la inflación, como sigue siendo la preocupación primordial de las autoridades económicas a nivel mundial, sino que aboga porque se incluyan factores como la tasa de paro laboral y de los salarios reales para solucionar las dificultades. Al efecto se refiere a la situación Mexicana de 1995 y cuestiona que para su solución se haya limitado a superar las dificultades de pago al sistema financiero, sin que después de cinco años de superada se hubiere restablecido la posición salarial que tenían los trabajadores antes de la crisis.

El ilustre economista indica que las dificultades empresariales fueron determinadas en Latinoamérica por los gobiernos despilfarradores que rigieron sus destinos en la década de los setentas y para ello se refiere especialmente a los casos de Argentina y Brasil.

Para el FMI pareciera que hubiera que asumir el dolor de la crisis como si ella misma fuera una especie de purgante, de modo en que cuanto más agudo sea el trauma, más intenso será el crecimiento subsiguiente.

Pareciera que el lema del organismo internacional fuera “La gente sufrirá hoy pero al menos sus hijos estarán mejor”. Para Stiglitz la fórmula del FMI ha fracasado porque aceptando que una economía una vez supera la crisis crece más rápidamente, “...nunca compensará el tiempo perdido”.

Se destacan los casos de Malasia y China, países que rechazaron de plano las fórmulas del FMI y que hoy por hoy representan verdaderos paradigmas de crecimiento y de bienestar de sus asalariados.

Mientras los directivos de los bancos centrales inicien su jornada laboral inquietos por las cifras de inflación, no de pobreza, y los ministros de Comercio se fijen más en las exportaciones que en los índices de contaminación, tendrá fatalmente la razón el señor Stiglitz.

Siguiendo la senda del engaño de la producción de armas de destrucción masiva para justificar la guerra de Irak, la hipocresía de la exigencia de respeto a los derechos humanos ante Guantánamo, Al Grahib, el muro del oprobio, la discriminación y la indolencia con el que se pretende separar a Latinoamérica del privilegiado Norte, así como la conmoción de los inmigrantes en Estados Unidos y Francia, la pomposidad de los Tratados de libre comercio constituyen un vano esfuerzo de ignorar la injusticia y reforzar la dominación. En Colombia de un lado con atentados de dudosa autoría, la desmovilización y entrega de la narco derecha armada y la insurgencia de izquierda persistiendo en su discurso desgastado, acomodada también en el poder corruptor del narcotráfico, y el atroz comercio económico y político con los secuestrados, seguiremos buscando la salida a nuestras inmensas dificultades en un mundo en el que cada vez se concentran y dominan más la mentira, la corrupción, la concentración del poder y la riqueza.

El estado no puede permanecer ajeno a las soluciones empresariales sobre todo en momentos en que cada vez más, las necesidades sociales le son confiadas a los particulares; resulta importante tener presente que en los años 80 ,cuando Internacional Paper, la Sanyo y una importante empresa local productora de Zapatos y generadora de empleo fueron a cerrar sus factorías en el estado de Arkansas, su gobernador, el hoy expresidente de los Estados Unidos Bill Clinton

emprendió una efectiva acción de rescate empresarial, gestionó y obtuvo fórmulas que combinaron la acción estatal con el interés privado para que no se produjera el cierre de las fábricas, lo que hubiera agravado la situación socioeconómica del deprimido estado de la Unión Americana.

Se insiste en mantener la tendencia a considerar que los términos para celebrar un acuerdo de reestructuración van a contribuir a solucionar la situación.

De su lado el Nóbel de economía 2006 Edmund S. Phelps, sostuvo en los años 60 que aún cuando las economías tienen una tasa natural de desempleo y que su reducción por vía de la política monetaria sólo podría ser temporal, desarrolla en los últimos años un planteamiento en virtud del cual, es posible la justicia en la economía, siendo factible controlar la inflación sin afectar el empleo. La humanización de la economía lleva al nuevo Nóbel a plantear el subsidio a la contratación de trabajadores con bajos salarios.

La academia Sueca adjudicó el premio por tratarse de un pionero en el análisis de aporte del capital humano en la difusión de la nueva tecnología y en el desarrollo empresarial.

De manera entonces que el actual desarrollo de las escuelas económicas y las tendencias por ellas trazadas, deben necesariamente influir en la formulación de las leyes en materia concursal.

Atendiendo la compleja realidad exógena de las empresas, se debe tener claro que los cambios en los procedimientos, por fundamentales que parezcan, solo sirven de canal para buscar una solución, pero por sí mismos no constituyen más que un mero instrumento legal, dentro de una gama de factores e instrumentos que combinados deben concurrir a modificaciones estructurales.

LA REFORMA EN COLOMBIA

Dentro del anterior contexto, conviene entonces analizar el proyecto de ley que se debate en el Congreso de la República de Colombia, con el fin de determinar si la normatividad propuesta encuadra en los anteriores supuestos, además de poder apreciar los cambios con relación a la legislación vigente.

La ley 550 de 1999 fue concebida como un mecanismo transitorio para atender una situación coyuntural de “crisis económica generalizada”, por considerar que los mecanismos consagrados en la ley 222 de 1995 “resultaron insuficientes e inadecuados”.

Evidentemente a finales de los años 90 en Colombia se vivía una aguda crisis empresarial como consecuencia de la apertura de una economía que se había

estructurado desde los años 50 bajo los dictados de escuelas económicas proteccionistas, de una violencia incontrolable proveniente de la insurgencia política y de grupos armados que han llegado a suplir las deficiencias de las fuerzas armadas institucionales. El sector real se encontraba agobiado en forma significativa por tasas de interés inalcanzables que llegaron hacia mediados de la década a superar el 70% anual, y que colocaron a las empresas, principalmente las manufactureras frente a una inminente cesación generalizada de pagos a la que tampoco resultaban ajenos los adquirentes de bienes como unidades destinadas a vivienda, lo cual además afectó también al sector de la construcción.

Era tan compleja la situación que la demanda incluso de bienes de primera necesidad se deprimió y el desempleo llegó a superar el 20% reconocida por las mismas dependencias encargadas de la medición estadística.

La ley 550 se expide entonces para enfrentar la crisis en cuanto se refiere al sector empresarial para establecer en lugar del concordato que era clasificado como un proceso de naturaleza concursal y por ende universal, desjudicializándose el trámite para celebrar acuerdos de salvataje empresarial y estableciendo no un proceso en sentido jurídico sino un trámite desjudicializado para la negociación de acuerdos de reestructuración a través de un procedimiento eminentemente contractualista.

Para los casos de reestructuración o reorganización empresarial, no parece lo más apropiado denominar en estado de insolvencia a un empresario que puede estar atravesando momentos de iliquidez, situación que necesariamente es diferente a la de aquel que no posee activos que tengan o no puedan generar un valor que permita estructurar un plan de pagos del mismo modo como tampoco parece afortunado denominar al proyecto de ley “Por el cual se establece el régimen de insolvencia de la República de Colombia”.

En el proyecto número 207 de Senado que hoy cursa en el Congreso de la República el cual ya contó con los debates necesarios en el Senado de Colombia y hoy hace tránsito por la Cámara de Representantes, se plantea nuevamente judicializar el procedimiento para esta vez celebrar acuerdos de “reorganización”.

Con relación a la judicialización, justo es reconocer que recupera el procedimiento la transparencia, la publicidad, la intermediación y la seguridad jurídica que había perdido el trámite en poder de facultades de los denominados “promotores” empresariales, quienes dada su condición de meros mediadores privados, sin tener siquiera la calificación de auxiliares de la justicia, no han ofrecido como institución, suficiente garantía del ejercicio de los derechos de defensa que deben tener no sólo los deudores sino también los acreedores en caso del proceso como tal, así como en la búsqueda de una solución concursal.

El régimen propuesto podría resumirse en que bajo la denominación de insolvencia se incluyan los siguientes procesos:

- 1/ Reorganización empresarial
- 2/ Acuerdos de adjudicación de activos
- 3/ procesos de pago o extinción
- 4/ insolvencia transfronteriza

En el artículo primero del proyecto, es de destacar que más allá de su texto inicial, el régimen propuesto no solamente debe buscar la protección del crédito, sino también 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 pago y extinción, siempre bajo el criterio de agregación de valor”. (Se subraya)

Dentro del entendido que frente al actual régimen de la 550 de 1999 y de la ley 222 de 1995, la “reorganización” equivale a la “reestructuración” y “el pago y extinción” se equipara a la liquidación obligatoria, no resulta comprensible la expresión de que tanto en el procedimiento de salvamento como en el de liquidación o extintivo tengan que buscar “la agregación de valor”.

No pocos son los casos en que las expectativas socioeconómicas de salvamento empresarial se satisfacen con la conservación de la unidad productiva, así en forma inmediata a la celebración del acuerdo no se agregue valor, del mismo modo tampoco resulta comprensible que una liquidación o de extinción o pago puedan significar agregación de valor. Necesariamente el proyecto en este punto, quiso transmitir una idea que no logró expresar.

El articulado propuesto parece volver a inspirarse en la superada vindicta en que se establecieron los procesos concursales como los contemplados en la *Manus inectio romana* y en la bancarrota de la edad media.

LOS PODERES DEL JUEZ

En efecto, en el artículo 5º del proyecto se señala que el juez del concurso está facultado para “ Ordenar las medidas pertinentes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor, incluyendo la revocatoria de los actos efectuados en perjuicio de los acreedores...”, salvo los casos de títulos o valores emitidos con arreglo a la reciente ley del mercado de valores.

Al respecto debo advertir que de una parte los actos de emisión de valores por empresas que posteriormente se vean abocadas a un trámite de reorganización o

de extinción y pago bien pueden afectar significativamente a los demás acreedores y por ello, resulta discriminatorio y por lo tanto injusto, que rompiendo la universalidad del concurso se los pretenda excluir no sólo de la posibilidad de una acción revocatoria, sino de la concurrencia a los procesos de insolvencia.

De otro lado, la posibilidad de que el juez tenga la facultad de ordenar medidas pertinentes a proteger, custodiar y recuperar bienes incluyendo la revocatoria de negocios jurídicos, constituyen poderes que lo convierten en coadministrador y según se aprecia en juez y parte. Esta facultad no tiene ningún otro desarrollo en el proyecto lo que si no se advierte durante el trámite de la ley para que se produzca su regulación puede constituirse en fuente inagotable de controversia y de responsabilidad para el juez del concurso.

Acerca de la facultad de Inhabilitar al deudor y a los administradores hasta veinte años de para ejercer el comercio, conviene tener presente que desde el Código de 1971 se viene tratando de dar vida a la incapacidad especial en que se puede constituir la inhabilidad para ejercer el comercio.

Tanto en los artículos 14 y 16 del proyecto, así como en el de la ejecución universal o quiebra del Código del 71 se estableció la figura de la inhabilidad sin que en ningún caso conocido haya representado una medida efectiva para sustraer al empresario incompetente o de mala fe de los negocio jurídico mercantiles.

Esa más en el artículo 16 del Código de Comercio vigente se establece como pena accesoria para quienes sean condenados por determinados delitos como los que atenten contra la propiedad, la fé pública, la economía nacional, la industria y el comercio, el contrabando, la competencia desleal, la usurpación de derechos sobre propiedad industrial, sin que se conozca la operancia de dicha medida.

Establecer la facultad de decretar la inhabilidad puede resultar además de un poder omnímodo en cabeza del juez del concurso con regulación insuficiente para medir el alcance de la voluntad del legislador. Las limitaciones de la potestad reglamentaria podrían dejar esta norma sin aplicabilidad o arbitrariamente utilizada.

En el proyecto se incluye como parte de las funciones del juez del concurso la competencia para imponer sanciones a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, lo faculta para dirigir el concurso, al mismo tiempo dar ordenes, actuar como sancionador determinando inhabilidades, pudiendo remover administradores, determinando ineficacias o nulidades de pleno derecho, imponiendo sanciones de carácter pecuniario, juzgando cu[ando la se ha dejado

de relacionar un acreedor a sabiendas y además confiriéndosele facultades de conciliador.

Tal congestión de facultades en cabeza de un funcionario designado con criterio prevalentemente político, causan inquietud acerca de la objetiva aplicación de tan variadas y omnímodas atribuciones.

SUPUESTOS DE HECHO: CESACION DE PAGOS. INCAPACIDAD DE PAGO INMINENTE.

Acerca de los hechos o del supuesto fáctico para iniciar un proceso de reorganización empresarial, se comprenden dos situaciones que pueden dar lugar a una reorganización empresarial cuales son: la cesación en los pagos la de "incapacidad de pago inminente".

En cuanto a la cesación de pagos, se mantienen los mismos criterios establecidos en la ley 550 en cuanto a que deben existir incumplimientos de más de dos obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa por más de 90 días y que tales obligaciones representen por lo menos un porcentaje del pasivo.

Sobre la cesación de pagos se aprecian las siguientes diferencias respecto a lo establecido en el artículo 6º. De la ley 550 de 1999:

1-Las dos o más obligaciones que configuran la cesación de pagos no deben ser solamente de carácter mercantil sino tratarse de obligaciones adquiridas o contraídas en desarrollo de la actividad del empresario.

2-Las demandas ejecutivas a que se refiere la norma, ya no deben ser exclusivamente derivadas del incumplimiento de obligaciones mercantiles, pudiendo en consecuencia tratarse de incumplimientos de cualquier índole ya se trate de laborales, fiscales o de cualquier otra índole.

3-Se sube del 5% al 10% el pasivo vencido que da lugar configurar la cesación de pagos, sólo que a diferencia de la 550, dicho porcentaje no se determina sobre el pasivo corriente sino sobre el pasivo total.

El segundo hecho que puede dar lugar a un proceso de reorganización empresarial es el de la incapacidad de pago inminente, "cuando se 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."

Este supuesto tiene el antecedente del temor a cesar en los pagos al que se refirieron todos los estatutos concursales que en materia concordataria han regido

en Colombia. En dichos estatutos se aludía simplemente a que ante el temor a cesar en los pagos, pudiera solicitarse el trámite de un concordato.

Habiendo desaparecido en la 550 de 1999, vuelve a plantearse ya no el simple temor, sino la incapacidad de pago inminente como se expresa en el proyecto de ley de insolvencia. La primera dificultad surge ante la necesidad de determinar cuales son los medios de prueba idóneos para demostrar las circunstancias que pueden afectar razonablemente en forma grave la capacidad de pago de la empresa.

De igual manera resulta del caso indagar sobre cuales son las circunstancias del mercado que lleven a la incapacidad de pago inminente, así como cuáles son las circunstancias que pueden afectar la organización o estructura interna de la empresa para ameritar que dentro del régimen de insolvencia se opte por un proceso de reorganización empresarial.

El legislador colombiano se propone realizar un esfuerzo por darle medida al justo temor de cesar en los pagos o a la incapacidad inminente, pero deja al juez la libertad de apreciar las circunstancias que determinan el trámite concursal de reorganización.

En cuanto a otros supuestos para solicitar el trámite de una reorganización, se solicita que para acceder a ella es necesario que el empresario debe tener aprobado su cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales.

Desde luego que lo ideal siempre será que las empresas deudoras se encuentren al día en el cumplimiento de sus obligaciones en materia pensional y de seguridad social, así como que para iniciar cualquier proceso concursal de reorganización, no se adeuden las retenciones efectuadas obligatoriamente a favor del fisco. Sin embargo establecer que para acceder a un proceso de reorganización se requiera encontrarse al día en el cumplimiento de tales obligaciones se atenta contra el principio de la universalidad que se invoca en el artículo 4º del mismo proyecto.

La concursabilidad implica concurrencia de todos los acreedores sin ninguna excepción a la búsqueda de una solución para cuando menos preservar la fuente de pago de las obligaciones de un deudor en dificultades y por ello ceder por vía legislativa para excepcionar grupos de acreedores puede resultar que se termine atentando contra la igualdad ante la ley, disminuyendo la eficacia de los procesos concursales para flotantizar la organización afectada en su capacidad de pagos.

Independientemente de la justicia en la preocupación de los autores del proyecto respecto de las mencionadas obligaciones laborales y fiscales, el proceso mismo de reorganización pudiera resultar un medio eficiente para normalizar cuando menos los pagos en materia laboral.

La posibilidad de iniciar de oficio el trámite de una reestructuración empresarial por “solicitud expresa de otra autoridad”, sin indicar siquiera de que clase de autoridad se trata, pudiera implicar que el legislador deje bien al reglamentador o a cualquier autoridad nacional departamental o municipal la solicitud de reorganización de una empresa. Lo indicado será que corresponda a las entidades de inspección, vigilancia y control la facultad de solicitar a la Superintendencia de Sociedades la iniciación de un concurso de reorganización.

Resulta especialmente conveniente lo dispuesto en el artículo 17 del proyecto, en cuanto que a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de apertura del concurso “ se prohíba a los administradores la adopción de reformas estatutarias , la constitución de garantías o cauciones, efectuar compensaciones, pagos o arreglos relacionados con las obligaciones, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor, o que se lleven a cabo sin sujeción a las disposiciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez en tal sentido.”

DEL PROMOTOR

El articulado propuesto resulta exhaustivo en lo relacionado con la designación de promotor y aun cuando a lo largo de sus 124 artículos establece funciones a los promotores, coexiste una disposición que ordene sistemáticamente sus funciones, debiendo realizar un recorrido por todo el proyecto para determinarlas.

Ante las autoridades gubernamentales que han propuesto e impulsan el proyecto se le ha indicado que si judicializan y le imprimen un carácter procesal a la reorganización empresarial, se hace necesario el apoderamiento del empresario por parte de un abogado para acudir al empresario tanto en la preparación como en el desarrollo de las etapas procesales para celebrar el acuerdo con los acreedores, así como también en las actuaciones que correspondan a sus fracasos, modificaciones o incumplimiento.

En mi opinión la figura del promotor subsiste en el proyecto para no concentrar más poderes en los jueces concursales, sin dejar de lado el significado político de su designación, la cual así se proponga que se realice por sorteo, dicha circunstancia por sí misma no asegura que resulte designada la persona que reúna las condiciones acordes con las realidades empresariales a solucionar.

El costo que implica para las empresas la asesoría y muy probable apoderamiento a través de abogado, junto con los costos que genera el promotor, son factores que debieran incidir en su mantenimiento esta vez como auxiliar de la justicia.

Si resultare oportuno incidir, propondría que el promotor sea designado por determinación del juez a solicitud de un porcentaje significativo de acreedores externos y que mientras no exista dicha figura, le correspondan al juez del concurso sus funciones.

No resulta conveniente para los casos de varias personas jurídicas sometidas a un proceso de reorganización y que tengan entre sí una relación de subordinación, que cada una de dichas compañías tenga un promotor diferente, sino que designando uno sólo para todas pudiera ser más eficiente la función a desempeñar, sin dejar de lado la posibilidad de disminuir los costos en cuanto a los honorarios que puedan corresponder al promotor del grupo.

MEDIDAS CAUTELARES

Resulta importante la posibilidad de decretar medidas cautelares sobre los bienes del deudor que inicia el trámite de una reorganización, aun cuando conviene precisar que dichas medidas pudieran adoptarse en cualquier estado del proceso, antes de la celebración y confirmación del acuerdo de reorganización. Debería indicarse que estas medidas sólo se refieren a la disposición de activos fijos, con el fin de que no resulten afectando el giro ordinario de los negocios de la empresa y precipitando su liquidación o el proceso de pago o extinción.

INCORPORACION DE PROCESOS

Es de reconocer la conveniencia de volver a restablecer la incorporación de procesos de ejecución o cobro iniciados en este caso antes de la liquidación, con lo cual se facilita el acceso al proceso a quienes habían demandado al empresario en reorganización a través de procesos ejecutivos. De la anterior manera se rescata un mecanismo expuesto por primera vez en Colombia en el Decreto 350 de 1989, el cual fue ratificado en la ley 222 de 1995.

TERMINACION DE CONTRATOS

De igual modo resulta importante mantener que la iniciación de un proceso concursal de salvamento, el trámite de una reestructuración o en este caso de reorganización, no puede significar la terminación de los contratos que la empresa en dificultades venía ejecutando. Sin embargo en la norma propuesta no se precisa que se trate solamente de los contratos de tracto sucesivo, lo que puede significar una mayor protección a las unidades económicas en reestructuración.

Resulta también entendible y conveniente la disposición consistente en que las obligaciones contractuales causadas con posterioridad a la apertura del trámite de un proceso de reestructuración, pueden por lo menos dar lugar a la terminación del respectivo contrato.

CONTRATOS DE LEASING

Con relación a estos contratos, se está desarrollando con mayor alcance uno de los preceptos de la ley 222 de 1995, consistente en que a partir de la apertura de un proceso de reorganización, no pueden iniciarse procesos de restitución o devolución de los bienes objeto del mencionado contrato, cuando los bienes objeto de esta modalidad de arrendamiento son los que utiliza la sociedad deudora para desarrollar el objeto social. Al no indicarse que los bienes objeto de esta norma deben ser aquellos directamente comprometidos con el giro ordinario de los negocios, con ello pueden presentarse controversias que podrían evitarse si el legislador decide efectuar la precisión sugerida.

También es de reconocer el criterio de equidad que inspira el precepto en virtud del cual se faculta a las arrendadoras para ejercer las acciones de restitución, en los casos en que las empresas en reorganización dejen de atender los cánones causados con posterioridad a la iniciación de la reorganización.

CAUSAL DE DISOLUCION POR OCURRENCIA DE PERDIDAS

Al respecto el artículo 23 del proyecto dispone que los plazos que establece la legislación mercantil para enervar o subsanar se suspenden durante el trámite del acuerdo de reestructuración, obligando en este caso a que en el acuerdo correspondiente tenga que indicarse la manera como se saneará la deficiencia patrimonial de modo que se subsane la causal durante la ejecución del acuerdo.

CALIFICACION DE CREDITOS

Resulta una novedad la propuesta contenida en el artículo 24 en el sentido de que sea la empresa deudora la que presente un proyecto de calificación y graduación de créditos, implicado que los votos que van a decidir el contenido del acuerdo y las acreencias que van a ser objeto provengan del mismo proyecto del deudor.

Aun cuando estimo que debe ser el juez del concurso quien efectúe tales determinaciones que implican calificación y cotejo de pruebas, es de esperar que el mecanismo propuesto produzca los resultados esperados en cuanto a la agilidad y seguridad en el trámite.

Al relevar al promotor de una de las principales funciones cual era la redeterminar los votos y las acreencias, se está facilitando la posibilidad de analizar la conveniencia de mantener dicha figura como obligatoria.

FALLOS, SENTENCIAS Y LAUDOS PRODUCIDOS CON POSTERIORIDAD A LA FIRMA DE UN ACUERDO DE REORGANIZACION.

Con relación a las decisiones de autoridad mencionadas, en el artículo 25 del proyecto se produce la conveniente precisión de que las mencionadas decisiones no configuran gastos de administración, indicando con justicia que el acreedor beneficiado con la decisión tiene derecho a que se le pague la obligación objeto de la misma si a los acreedores a los que corresponde la misma clase de crédito han sido pagados en la fecha del respectivo fallo, sentencia o laudo.

Sin embargo el artículo 25 del proyecto no se indica que pasa con los procesos en que se produce el fallo, laudo o sentencia entre la apertura del concurso reorganizacional y la firma o suscripción del acuerdo.

ACREEDORES EXCLUIDOS DEL ACUERDO DE REORGANIZACION.

El artículo 26 del proyecto mantiene en su inciso primero la misma disposición que respecto de los acreedores que no objetan la calificación de créditos en su oportunidad, por no haber sido incluidos en el proyecto de calificación y graduación presentado por el deudor, sólo pueden hacer efectivas o cobrar sus acreencias una vez cumplido el acuerdo o ante el incumplimiento del mismo en el proceso de liquidación o de extinción y pago.

Sin embargo esta disposición agrega un elemento que puede dar lugar a agudas controversias, además de representar una vez más el omnímodo y polifacético poder del juez del concurso, al señalarle la función de determinar si la no inclusión del acreedor que no objetó en su oportunidad ocurrió “a sabiendas” para determinar solidaridad de los administradores, contadores y del revisor fiscal.

La responsabilidad solidaria de los administradores, el contador y el revisor fiscal frente a un acreedor que no ejerció oportunamente sus derechos parece bastante discutible.

VOTOS LABORALES Y PROVENIENTES DE CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO.

Con relación a los trabajadores, se busca que a los mismos se les reconozcan votos y acreencias siempre y cuando los derechos de los que sean titulares sean ciertos aun cuando no exigibles. Al no especificar el proyecto el tratamiento que se le debe dar al valor correspondiente al cálculo actuarial de pensiones de jubilación, es de esperar que se presenten discrepancias acerca de si los resultados reflejados en dichos cálculos son obligaciones que generan voto, por cuanto para algunos se gratará de obligaciones ciertas y para otros no.

En cuanto a las obligaciones de tracto sucesivo se les mantiene la misma disposición que consagra la ley 550, en el sentido de que tales acreedores sólo tienen derechos a voto por los instalamentos causados y pendientes de pago al momento de iniciarse el proceso de reorganización.

TRAMITE DE OBJECIONES AL PROYECTO DE CALIFICACION DE CREDITOS.

Dentro de la judicialización y con la novedad de que la determinación de votos y acreencias proviene del propio deudor, los plazos para presentar objeciones como para que el juez del concurso decida dichas controversias, en cuanto a la efectiva agilización del proceso, dependen de las posibilidades de suspensión de la mencionada audiencia o del aplazamiento del fallo correspondiente.

PLAZO PARA PRESENTAR EL ACUERDO DE REORGANIZACION

El artículo 31 del proyecto indica que superadas la etapa de objeciones, el juez debe señalar un plazo para presentación del acuerdo que no debe superar los cuatro meses pero que en ningún caso puede ser prorrogado por dos meses más. Es comprensible el afán del gobierno hasta ahora compartido por el legislador, en el sentido de que los términos para celebrara acuerdo no pueden ser indeterminados. Sin embargo, las realidades de cada empresa, pueden exigir términos adicionales, que si la norma pertinente no lo permite obliga a los deudores a buscar entorpecer el proceso en la etapa de objeciones, con el fin de obtener procesalmente los plazos que el legislador en forma directa y franca no quiso conceder.

Lo lógico sería no propiciar dilaciones procesales, sino dejar en manos del juez del concurso y de las mismas partes si fuera del caso reunidas en audiencia para sincerar el proceso y buscar un término de tiempo que se adecuó a las posibilidades de la empresa que se busca reorganizar.

En Colombia es del caso tener presente el caso de Avianca S.A. empresa que de haberse acogido a los términos de la ley 550 de 1999 o buscaba dilatar el proceso o hubiera terminado en liquidación obligatoria si se tiene en cuenta que la negociación de un acuerdo de pagos en los términos del capítulo 11 de la ley de quiebras de los Estados Unidos se prorrogaron los plazos por varias veces para un total de negociación que abarcó un período de tiempo de dos años.

Tampoco debe dejarse de citar el caso de Acerías Paz del Río S.A., entidad que alcanzó a ser determinada su liquidación obligatoria y hoy por hoy es una de las mayores protagonistas dentro de nuestro mercado bursátil, habiendo generado durante los últimos años multimillonarias utilidades en beneficio de la industria nacional y sobre todo del empleo, constituye una prueba palpable de la insuficiencia de los términos que el legislador desee fijar para celebrar un acuerdo de pagos. Esta empresa duró varios años negociando su acuerdo de

reestructuración, mientras la Superintendencia de Sociedades resolvía unas objeciones que de no haberse presentado hubieran determinado su liquidación obligatoria.

MAYORIA PARA APROBAR ACUERDO

Exigir más del 75% de los créditos debería ir acompañado de la precisión de que se trata del valor de acreencias que representen dicho porcentaje o de lo contrario se presentarán controversias en la forma como se propone en el proyecto.

CLASES DE ACREEDORES

El tener que contar con votos de varias de las clases descritas en el artículo 31 del proyecto sin cambiar el esquema de la ley 550, implica que se continúe buscando mediante la adquisición directa o por interpuesta persona de obligaciones de varias clases de crédito para lograr tener votos por mínimos que sean con tal de cumplir el requisito de contar con votos de varias clases para aprobar válidamente un acuerdo.

AUDIENCIA DE CONFIRMACION DEL ACUERDO

Debiendo el promotor presentar el acuerdo debidamente aprobado por los acreedores, se instituye una figura equivalente a la homologación del acuerdo establecida en el Código de 1971, se debe convocar una audiencia con el fin de que los acreedores presenten las “observaciones” correspondientes, puede dar un término hasta de ocho días para subsanar deficiencias y decidirá la confirmación del acuerdo mediante providencia que no tendrá recurso alguno.

ADJUDICACION

Si no se presenta el acuerdo de reorganización dentro del término establecido en la misma ley, el artículo 37 del proyecto dispone que se obliga al promotor a presentar un acuerdo de adjudicación de bienes, el cual debe ser aprobado por las mismas mayorías establecidas para celebrar el acuerdo de reorganización. En caso de que el acuerdo no se presente se entiende que los acreedores autorizan al juez o al Superintendente de Sociedades en su caso para efectuar la adjudicación.

So pretexto de agilidad se denota especial afán en romper las unidades productivas sin que se realice ningún esfuerzo por mantener las unidades económicas las cuales perfectamente podrías ser operativamente viables a pesar de las dificultades para llegar a un acuerdo de reorganización o de adjudicación de bienes.

LAS TITULARIZACIONES O LA CONCURSALIDAD

Ese parece ser un dilema que no resulta solucionado en el proyecto. En Colombia se debate la suerte de los procesos concursales frente a las disposiciones que regulan el mercado de valores contenidas en la ley 964 de 2005 en cuya interpretación se viene abogando que so pretexto de proteger dicho mercado y de preservar el mecanismo de la titularización como fuente de ingreso para financiar la actividad empresarial, los pasivos derivados de la emisión de títulos originados en las empresas se deben cancelar por encima de las obligaciones fiscales, laborales y de todos los acreedores no beneficiados por los títulos emitidos. Dichas titularizaciones de efectúan sobre patrimonios autónomos producto del contrato de fiducia mercantil.

De prosperar tales tesis contra las cuales no se aprecia en el proyecto disposición alguna, sería de esperar que proliferen las mencionadas titularizaciones, a través de las cuales se pueden vaciar la caja y en general los activos de las empresas, en detrimento de quienes no resulten titulares de los documentos objeto de emisión.

PROCESOS DE PAGO O EXTINCION

El incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento de concordato o acuerdo de reestructuración, así como otras causales establecidas en la ley determinan este proceso para el cual el Juez o la Superintendencia designarán un liquidador.

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Resulta inaplazable la armonización de las legislaciones nacionales con las condiciones en las que se desarrolla la actividad económica en un mundo globalizado que marcha cuando menos hacia una integración. Por ello es de reconocer la conveniencia de adoptar las recomendaciones de la UNCITRAL para buscar un régimen unificado a nivel mundial para los casos en que la actividad de las empresas trasciendan el estrecho ámbito de las fronteras nacionales.

Sin embargo cuando se adoptan las recomendaciones para unificar un régimen a escala internacional, siempre rondaría el espectro de la reciprocidad entre las distintas legislaciones nacionales, con el fin de que la adopción de esas recomendaciones resulte efectiva en términos prácticos. Sobre el proyecto colombiano es de advertir que no se han integrado al régimen que se propone la totalidad de la normatividad sugerida por la UNCITRAL, lo cual podría significar también inconvenientes de orden práctico.

De igual modo en el articulado propuesto el reservarse las autoridades colombianas la posibilidad de negarse a adoptar las medidas decretadas en otro país por ser contrarias al orden publico, puede dejar, so pretexto de soberanía al

criterio de los jueces competentes en materia concursal la calificación de la aplicabilidad de tales medidas.

Acogiendo las recomendaciones del organismo internacional antes mencionado, se determina que el representante procesal de los procesos en Colombia es el promotor y el liquidador en su caso, lo que no se compadece que personas designadas a través de un mero sorteo pudieran tener en sus manos la efectividad de la normatividad propuesta.

VIGENCIA DE LA LEY

Una dificultad que ojalá se subsane antes que el proyecto se convierta en ley de la República, lo constituye lo dispuesto en el artículo 117 del proyecto en cuanto a que su vigencia inicia a los seis meses siguientes a la fecha de su promulgación, de manera que al derogarse las leyes 222 de 1995 y 550 de 1999, a partir de la promulgación de la nueva ley, Colombia quedaría con legislación en materia concursal.