
LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO COMO JUEZ EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: análisis jurídico con ocasión de la crisis empresarial por la pandemia del Coronavirus

Resumen

Este documento aborda la intervención que el Estado colombiano, como juez de los procesos de insolvencia empresarial, cumple frente a la Constitución Política de 1991, y de cara a los estándares de UNCITRAL y el Banco Mundial, con ocasión de la legislación de emergencia expedida para afrontar la crisis empresarial ocasionada por las medidas de confinamiento de la pandemia por la Covid-19. Para ello, se analiza cómo ha sido la intervención judicial en materia de procesos concursales, a la luz de la evolución normativa entre 1969 y 2016; así como cuáles son las disposiciones constitucionales y las recomendaciones de UNICITRAL y el Banco Mundial en relación con la intervención judicial en insolvencia empresarial; además se estudian qué problemáticas generales pueden existir por la intervención jurisdiccional del Estado en procesos concursales en Colombia. Y, por último, cómo los Decretos de emergencia expedidos por el Gobierno Nacional incorporan instituciones de menor intervención judicial en los procesos de insolvencia empresarial. Con base en lo expuesto, el autor propone la permanencia de los mecanismos introducidos en 2020 al régimen de insolvencia empresarial vigente en Colombia.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, Derecho Concursal, crisis empresarial, intervención judicial, Constitución Política, UNCITRAL, Banco Mundial, Coronavirus.

Sumario: 1. Introducción: 2. Un breve contexto histórico sobre la intervención judicial en el Derecho concursal colombiano (1969-2020). 3. El marco constitucional colombiano en el régimen concursal vigente. 4. Las recomendaciones legislativas sobre intervención judicial de UNCITRAL y Banco Mundial. 5. Problemáticas entorno a la intervención del Estado colombiano a través de la Superintendencia de Sociedades como juez en la insolvencia empresarial 6. La intervención judicial en los Decretos Legislativos de emergencia por la Covid-19. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Importantes cambios han ocurrido recientemente en el Derecho Concursal colombiano, con ocasión de la pandemia por la enfermedad Covid-19. La rápida adaptación de la arquitectura institucional de la Superintendencia de Sociedades, mediante la especialización de jueces según el tipo de proceso, la creación de nuevos procesos transitorios para salvaguardar empleos, a las empresas y a los acreedores, debido en gran parte a los efectos ocasionados por el riesgo de tener que atender muchas posibles insolvencias al mismo tiempo, han sido algunos de los factores que han generado modificaciones importantes en la forma cómo, en Colombia, las empresas en riesgo de insolvencia y sus acreedores han debido enfrentar los problemas financieros, la caída en el consumo, la pérdida de empleos, y la incertidumbre de si lograrían sobrevivir o no a la crisis.

Uno de los puntos fundamentales de este cambio consiste en nuevas alternativas para las empresas en riesgo de insolvencia. El cambio puede resumirse en que el Gobierno Nacional decidió crear, a través de decretos legislativos, procesos adicionales, con menor intervención judicial, que buscan flexibilizar la resolución de la crisis de las empresas afectadas por la pandemia en Colombia.

La importancia del Derecho Concursal, para un país, puede ser analizada desde varios puntos de vista. De una parte, la competitividad de un país, en buena medida, depende de sus normas de insolvencia, ya que estas permiten que los inversionistas, como potenciales acreedores, conozcan cuáles serían las reglas de juego si los negocios salen mal con sus inversiones en un país¹. De otra parte, desde el Derecho Contractual, implica un incumplimiento generalizado de los derechos y condiciones de créditos a distintos acreedores², situación que puede resolverse por medio de una negociación (deudor y acreedores) en la que puede haber un acuerdo o una liquidación del deudor, es decir, el acuerdo es un contrato en el que no interviene un juez, pero que es aprobado por una instancia jurisdiccional³. Y, por último, cada Estado debe proveer a los deudores y acreedores de alternativas, jurídicas y económicas, con mayor o menor intervención judicial, que sirvan para afrontar la crisis y eviten “(...) una inmensa destrucción de valor (...)”⁴.

En Colombia, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para afrontar la propagación del virus SARS-CoV-2, que buscaban proteger la vida y evitar el contagio, terminaron incidiendo, en buena medida, en que paralelamente se fuera dando una crisis económica sin precedentes en la

¹ POLANIA, N, “Comentarios al proyecto de sustitución de los códigos civil y de comercio desde la perspectiva del sistema concursal colombiano”, en Red Colombiana de Profesores de Derecho Privado (editores), *Reflexiones críticas sobre la propuesta de código civil presentado por la universidad nacional*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021, pp.133-141, Disponible en https://drive.google.com/file/d/1DsqrR8RTHsf_i8TVNae3bwSRD4bojFe3/view.

² POLANIA, N, “Los remedios contractuales del acreedor ante la insolvencia del deudor: comentario desde el derecho colombiano”, en CÁRDENAS VILLAREAL, HUGO y REVECO URZÚ, Ricardo (editores), *Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Bogotá, Temis, 2021, pp.613-624 (SIC).

³ POLANIA, N, “Los remedios contractuales del acreedor ante la insolvencia del deudor: comentario desde el derecho colombiano”, Op. Cit., pp.614.

⁴ VELEZ, L, “Una segunda edición y dos años de reformas”, *En régimen concursal y de insolvencia colombiano*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2014, p.23.

historia económica colombiana⁵. El aislamiento social para evitar la propagación del Coronavirus afectó los hábitos de consumo en Colombia en cinco fases: i) indiferencia (gasto siguió igual); ii) abastecimiento (el gasto aumentó); iii) aislamiento (el gasto se redujo y cambió); iv) la gran liberación (el gasto aumentaría); y v) ajuste (el gasto volvería a su tamaño normal)⁶. El aislamiento social para evitar la propagación del Coronavirus afectó los hábitos de consumo en Colombia⁷. Esos cambios se ven reflejados en el desplome del producto interno bruto en el segundo trimestre del año 2020 a menos 15,7%⁸ que, a su vez, ocasionó la contracción de la economía de Colombia en menos 6,8% en todo el año 2020⁹.

Dentro del marco general de la crisis del Coronavirus, es claro que las empresas son fuente de bienestar y desarrollo económico de un país, pues la empresa cumple una serie de funciones sociales trascendentales para el Estado colombiano¹⁰: i) unidad de producción individual y colectiva; ii) fuente generadora de empleo y competitividad tecnológica; iii) escenario para el ejercicio de derechos fundamentales y protección de las personas y sus familias. En este mismo sentido, el Estado “por lo cual es obligación estatal velar muy juiciosamente por la buena marcha de las mismas, toda vez que el empleo, la inversión, el ahorro, el crédito, el crecimiento de la economía, el desarrollo económico y, en consecuencia, el equilibrio económico y la estabilidad política dependen en buena medida de la adecuada marcha de las empresas de un país”.¹¹

Por estas razones, el Gobierno Nacional tomó la decisión de modificar el régimen concursal previo a la pandemia, con el fin de establecer normas transitorias y de choque para evitar el colapso del tejido empresarial colombiano. Los procesos concursales colombianos existentes para inicios de

⁵ Ante una crisis empresarial sin precedentes, la Superintendencia de Sociedades previó tres escenarios sobre la disminución en el PIB durante el año 2020, comparado con el año 2019: i) uno optimista con un crecimiento del 2% PIB; ii) uno moderado con crecimiento del 0,6% del PIB; y uno pesimista con un crecimiento negativo de -1,75%. Con base en estos escenarios, la Superintendencia diseñó políticas públicas de choque para asumir la situación de insolvencia de entre 1580 (optimista) y 2676 (pesimista.) empresas en proceso de reorganización empresarial durante el año 2020. IBÁÑEZ, D, “Impacto de la coyuntura del coronavirus en la economía colombiana”, Superintendencia de Sociedades, 2020, en <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/Impacto-economico-COVID-19-Supersociedades-2020.pdf>, fecha de consulta: 01 de julio de 2020.

⁶ HERRERA, C, “¿Unos meses cambiarán nuestra manera de consumir?”, *En diez especulaciones sobre el futuro*, Bogotá, Planeta, 2020. p.99-112.

⁷ En cinco fases: i) indiferencia (gasto siguió igual); ii) abastecimiento (el gasto aumentó); iii) aislamiento (el gasto se redujo y cambió); iv) la gran liberación (el gasto aumentaría) y v) ajuste (el gasto volvería a su tamaño normal. HERRERA, C, “¿Unos meses cambiarán nuestra manera de consumir?”, Op. Cit., p.99-112.

⁸ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Boletín técnico producto interno bruto II trimestre 2020”, en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/bol_PIB_Itrim20_produccion_y_gasto.pdf.

⁹ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Boletín técnico producto interno bruto iv trimestre y año 2020”, Op. Cit.

¹⁰ MONTIEL, C, *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019. pp. 122-123.

¹¹ WILCHES, R. *Vacios e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución*, Colombia, 2008, p.201. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/32500> p.201

2020 eran insuficientes¹² ante el tamaño de la potencial crisis empresarial que se avecinaba y, por eso, fue necesario que la Presidencia de la República liderara, con el apoyo de la Superintendencia de Sociedades, una reforma de las normas concursales.

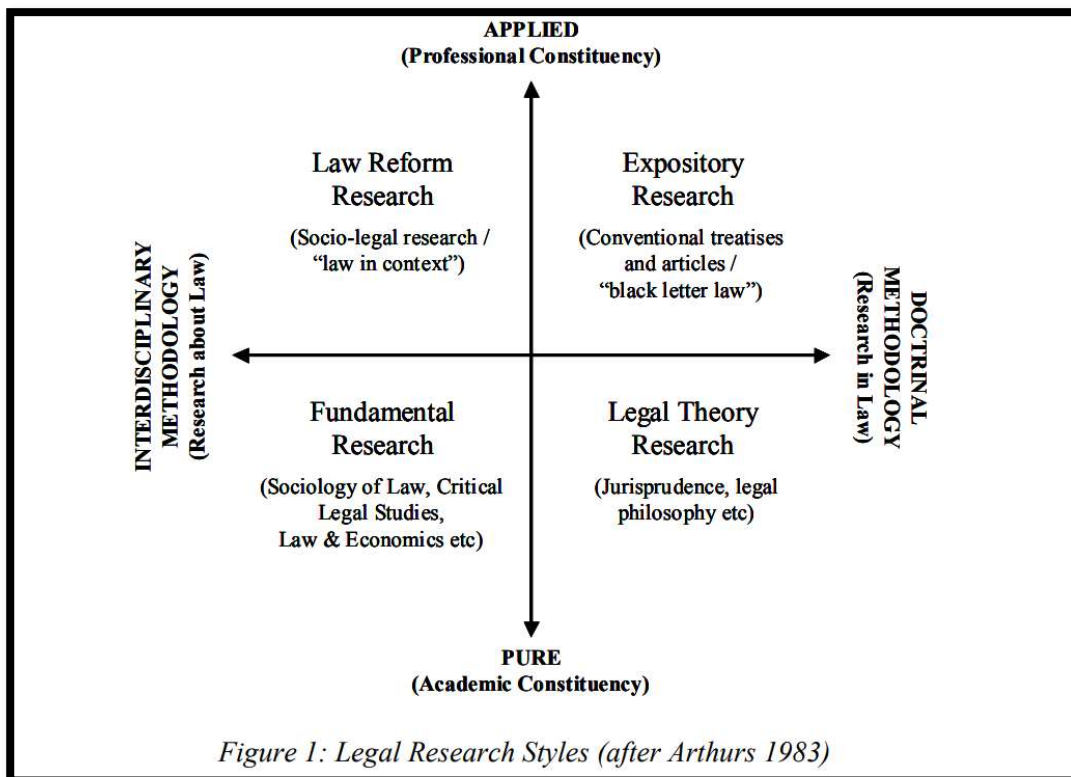
De esta manera, el presente escrito tiene como objetivo responder a la siguiente pregunta: ¿de qué manera la intervención del Estado colombiano, actuando como juez, garantiza en los procesos de insolvencia empresarial el cumplimiento de la Constitución Política de 1991, frente a las recomendaciones de UNCITRAL y el Banco Mundial, para afrontar la crisis empresarial, con ocasión de la legislación de emergencia por el Covid-19? Como se puede ver, la principal inquietud a resolver tiene relación con la naturaleza judicial de las actuaciones del Estado para hacer frente a las insolvencias empresariales. Ahora bien, es fundamental hacer claridad en que la presente investigación se limita al régimen general de la insolvencia empresarial exclusivamente para empresas y, por ende, no se estudian otros tipos de insolvencias, como la transfronteriza, la de persona natural, o la de entidades excluidas de la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades.

La metodología de investigación legal escogida para elaborar este documento es de investigación jurídica dogmática o de *black-letter law*¹³. En efecto, el trabajo que aquí se presenta consiste en un estudio académico de normas colombianas y varios textos legales (libros y artículos) relacionados con el problema jurídico planteado. Es decir, escapan del ámbito de estudio de este trabajo aproximaciones como la de teoría jurídica o las de investigación sociojurídica, de conformidad con este cuadro de Arthurs, presentado por Chynoweth¹⁴:

¹² En Colombia, el Estado y los empresarios sabían que el Derecho Concursal colombiano tenía una serie de instituciones adecuadas para crisis empresariales locales y con ciertos patrones de normalidad. Por las siguientes razones principales: 1) tres procesos judiciales -reorganización, validación y liquidación- que no clasificaban el tipo de empresas por tamaño y complejidad; 2) cada proceso concursal debía respetar las garantías constitucionales necesarias para proteger los derechos de los empresarios deudores y de sus acreedores; 3) la Ley 1116 estaba diseñada para afrontar crisis empresariales que no fueran masivas, abruptas y sistemáticas; 4) la Rama Judicial colombiana estuvo en una suspensión de procesos judiciales desde marzo de 2020 hasta el julio de 2020; y 5) la Superintendencia de Sociedades, como cualquier otro operador jurídico, no estaba en la capacidad de afrontar el reto de la pandemia con los procesos existentes y sus recursos humanos y financieros previos a la pandemia.

¹³ CHYNOWETH, P, *Legal Research in the built environment: A methodological framework*, Published in 2008, Disponible en <http://usir.salford.ac.uk/id/eprint/12467/>. También puede revisarse el texto de BROWN, K *Approches to the study of law*, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3030707. Y el artículo de HENSKENS, A, *Legal education: black letter, White letter or practical law*, 2006, Disponible en <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/NewcLawRw/2006/5.pdf>.

¹⁴ CHYNOWETH, P, *Legal Research in the built environment: A methodological framework*, Op Cit, p.671.



El escrito se divide en cinco grandes partes. La primera hace un recuento histórico, de 1969 a 2020, para encontrar las instituciones concursales en que se presentó mayor o menor intervención del Estado en los procesos de insolvencia empresarial en Colombia. La segunda parte estudia cómo la intervención judicial en los procesos concursales debe garantizar la Constitución de 1991. La tercera contiene el análisis de cuáles son las recomendaciones que, tanto UNCITRAL como el Banco Mundial, han hecho frente a la intervención judicial en materia de Derecho concursal. La cuarta parte estudia qué problemáticas gravitan sobre la mayor o menor intervención jurisdiccional del Estado colombiano en procesos concursales. La quinta parte revisa la intervención judicial dentro de los decretos legislativos temporales que se expidieron para afrontar la crisis empresarial por la pandemia del Coronavirus. Por último, se presentan las principales conclusiones del trabajo.

2. Un breve contexto histórico sobre la intervención judicial en el Derecho concursal colombiano (1969-2020)

En Colombia se ha de debatido la idea de “otorgar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas”. El tema de la intervención del Estado en los procesos concursales es un asunto técnico y especializado, dado que la intervención del Estado plantea algunos interrogantes, ya que debería ser lo mínimo posible en las actividades empresariales pero, cuando lo haga, debe tener las suficientes facultades para proteger el interés general¹⁵. En este punto, a nuestro juicio, es fundamental entender que la insolvencia es un fenómeno mucho más económico que jurídico¹⁶. Sin que esto implique menospreciar el poder del Derecho como disciplina social, tampoco puede desconocerse que hay factores micro y macroeconómicos, como la excesiva acumulación de deuda¹⁷, que son más determinantes en la viabilidad o no de una empresa¹⁸.

Así, el propósito general de esta parte del documento es realizar una síntesis, tanto descriptiva como interpretativa, de cómo se ha desarrollado este asunto central en las normas colombianas en los últimos cincuenta años (1969-2020). Es decir, para abordar el objeto central de estudio de este escrito, que es el de la intervención del Estado como juez, especialmente con ocasión de las normas expedidas tras el inicio de la pandemia, consideramos indispensable realizar una recapitulación de la normativa existente antes de la legislación de emergencia de la pandemia del año 2020 para, así, poder evaluar adecuadamente los desarrollos normativos que ha tenido el tema.

El período de análisis no es un capricho (1969-2020). Concordamos con el método de clasificación de las etapas del derecho concursal moderno colombiano¹⁹, propuesto por el ex Superintendente de Sociedades Luis Guillermo Vélez Cabrera, quien propone clasificar en tres etapas, que obedecen a circunstancias políticas y económicas que motivaron los cambios legislativos: i) la

¹⁵ A propósito de este asunto podemos encontrar varios autores colombianos que concuerdan con una intervención judicial mínima o restringida general: RODRÍGUEZ, J, *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021. pp. 46-47. ii) WILCHES, R. *Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano*, Op. Cit. p. 216. iii) ISAZA, Á, *Derecho Concursal de Emergencia: normatividad por covid-19*, Legis, Bogotá, 2021. pp.21-23.

¹⁶ Juan José Rodríguez Espitia considera que la insolvencia es un problema económico y no jurídico. Por esa razón, expone que el éxito del régimen de la Ley 1116 radica en el “adecuado cruce entre las estructuras judiciales y las negociables. RODRÍGUEZ, Juan, *Nuevo régimen de insolvencia*, Segunda edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019. p.70.

¹⁷ REINHART, C y ROGOFF, K, *Esta vez es distinto: ochos siglos de necesidad financiera*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp.11,14, 30, 42-47.

¹⁸ Respecto a las causas de las crisis económicas puede revisarse MORENO, A, “Causas y consecuencias de las crisis financieras”, en MORENO, A y PINZON, C (Editores Académicos), *Dirección empresarial: ¿cómo navegar en tiempos de crisis?*, pp. 183-196, Bogotá, Universidad de La Sabana e INALDE, 2020. Además, sobre los peligros para la viabilidad empresarial en tiempos de crisis puede consultarse GÓMEZ, C, “Los peligros de las decisiones en momentos de crisis”, en MORENO, A y PINZON, C (Editores Académicos), *Dirección empresarial: ¿cómo navegar en tiempos de crisis?*, pp. 83-96, Bogotá, Universidad de La Sabana e INALDE, 2020.

¹⁹ VÉLEZ, L, *Introducción: una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia*, Colombia, 2014, pp.3-9 https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf

primera etapa es la “peligrosista” (1940-1969), porque se criminalizaba la insolvencia empresarial. La segunda etapa es la “intervencionista” (1969-1995), ya que el Estado intervenía en la economía. Y la tercera etapa es la “aperturista” (1991- en adelante), que inicia con la constitución de 1991 y continúa hasta nuestros días, pues apuesta por una economía abierta e integrada al comercio mundial²⁰.

En consecuencia, estudiar las normas concursales en Colombia es, a la vez, comprender el resultado de distintas crisis económicas vividas a lo largo de los años²¹ y la forma como el Estado respondió en cada momento histórico²², para bien o para mal, creando instituciones concursales. Iniciamos en 1969²³ y pasaremos hasta el año 2020 presentando, según cada “norma concursal”, un breve estado del arte sobre la mayor o menor intervención judicial en procesos concursales.

2.1. Decreto 2264 de 1969.

A la altura de 1969, inicio de la etapa intervencionista, se presenta la primera manifestación en la historia jurídica colombiana de la intervención de una entidad administrativa en los procesos de insolvencia empresarial, la Superintendencia de Sociedades. En este punto del siglo XX el Estado reconoció la incapacidad de la justicia ordinaria para conocer eficientemente los complejos procesos mercantiles relacionados con la insolvencia de empresas²⁴. El Decreto 2264 de 1969 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano dos instituciones concursales: el concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio²⁵. La primera figura consistía en un trámite jurisdiccional ante los jueces civiles del circuito, mientras que la segunda, denominada “concordato preventivo obligatorio”, modificaba la competencia y liderazgo respecto de ese trámite, para trasladarlos a la Superintendencia de Sociedades, entidad de carácter administrativo.

²⁰ VÉLEZ, L, *Introducción: una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia*, Op. Cit, p.1

²¹ ISAZA, Á, *Derecho Concursal de Emergencia: normatividad por covid-19*, Op. Cit, pp. xxxi-xxxiii.

²² GONZÁLEZ, A, “El régimen de insolvencia empresarial en tiempos de la pandemia”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, pp. 327-333, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

²³ En la etapa “peligrosista” (1940-1969), la norma era el Decreto 750 de 1949, construida para afrontar los coletazos de la Segunda Guerra Mundial en Colombia. El enfoque de la regla concursal era punitivo y presumía la mala fe del comerciante quebrado. Se introdujo la institución de “concordato resolutorio” mediante el cual el deudor y sus acreedores validarán un acuerdo para poder tratar de ordenar las obligaciones vencidas. Puede consultarse: i) VÉLEZ, *Ibidem*, pp.2-3.; y ii) LIÉVANO, J, *El rol preventivo del supervisor*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2019, p.29, Disponible en https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Documents/2019/PONENCIA_SIENA.pdf.

²⁴ VÉLEZ, L, *Ibidem*, pp.3-9

²⁵ La Superintendencia de Sociedades era la entidad que controlaría el “Concordato Preventivo Obligatorio” sobre empresas que: i) por su naturaleza pudiesen afectar el orden público económico; ii) sociedades que debían tener un pasivo externo superior a cinco mil millones; iii) Que tuvieran más de cien trabajadores; y iv) que prestarán servicios públicos. SOTOMONTE, S, *Intermitencias del régimen concursal colombiano*, Revista No. 1 Instituto Colombiano de Derecho Concursal, 2019. pp7-9. Disponible en <https://www.derechoconcursal.org/images/noticias/1-numero-Revista-Actualidad-Concursal.pdf>

Es decir, desde el Decreto 2264 de 1969, la Superintendencia de Sociedades empezó a jugar un rol fundamental en las crisis empresariales colombianas²⁶.

En Colombia, hacia finales de la década de los setenta del siglo pasado, el Decreto 2264 de 1969 empezó a constituir una nueva comprensión de la crisis empresarial²⁷. El Decreto establecía que las sociedades sujetas a “concordato preventivo obligatorio” no podían ser declaradas en “quiebra” sin haber agotado, previa y obligatoriamente, un “arreglo” entre la deudora y sus acreedores. Es decir, se otorgaba una especie de última oportunidad para que deudores y acreedores buscaran, mediante un concordato preventivo obligatorio, negociar directamente entre ellos una forma de arreglo, antes de que interviniera el Estado para que dejara de existir la empresa.

2.2.Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).

Hablar de Derecho Concursal frente al Código de Comercio implica tratar de armonizar, directa e indirectamente, miles de páginas de cientos de sentencias y decenas de doctrinantes que han construido la historia empresarial colombiana. Dentro de estos, la cantidad de documentos relevantes debe ser reducida estratégicamente, para identificar las “instituciones”²⁸ que permitan identificar cuáles están relacionadas con la mayor o menor intervención judicial en procesos concursales.

Así, el Derecho Concursal no ha sido ajeno a las principales discusiones sobre la jurisdicción comercial especializada y, por supuesto, el Código de Comercio de 1971 ha sido uno de los documentos legales que más estudios ha provocado, discutiéndose temas como: a) falta de operadores jurídicos con experiencia y formación en Derecho concursal; b) interpretaciones erróneas de las empresas y sus acreedores sobre las disposiciones del Código en materia concursal; y c) es de especial interés entender cómo se presentaba una combinación entre actuaciones del deudor y los acreedores a instancias o no de la Superintendencia de Sociedades que, finalmente, necesitaban la intervención de los jueces civiles del circuito²⁹.

²⁶ REYES, F, *Nota Editorial*, Revista Derecho Privado de la Universidad de los Andes, No. 34, enero-junio de 2005, Colombia, Disponible en https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=163&lang=es. Y

LIÉVANO, J, *El rol preventivo del supervisor*, Op. Cit., p. 29.

²⁷ ARCILA, C, Blog Centro de Análisis Societario IDEAS, Evolución del Derecho Concursal desde el Código de Comercio p.2, 18 de marzo de 2021, En <https://www.iasocietario.com/post/evoluci%C3%B3n-del-derecho-concursal-desde-el-c%C3%B3digo-de-comercio>

²⁸ NORTH, D, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006.pp11-99.

²⁹El ex Superintendente de Sociedades Juan Pablo Liévano expresa que: “Cabe aclarar que, para aquel momento, la Superintendencia de Sociedades ejercía funciones netamente administrativas y, por tanto, las controversias que se suscitaban sobre existencia, cuantía, naturaleza, garantías, intereses, orden de pago de los créditos, entre otros, eran decididas por el juez civil competente para conocer de la quiebra. Igualmente, procedía cuando se iba a homologar el concordato, ya que la aprobación final era del juez”. LIÉVANO, *Ibidem.*, p.30.

Y, SOTOMONTE, S, “Intermitencias del régimen concursal colombiano”, Op. Cit., p. 8.

Pero, además, había una segunda razón para que el Código de Comercio profundizará los cambios en el Derecho Concursal: la desconfianza que ocasionaba la falta de especialización de los jueces ordinarios frente a las crisis empresariales³⁰, bien fuera para conjurarlas o para proceder con la liquidación de las empresas. El Código estableció que la intervención judicial en los procesos concursales debía darse a través de un operador jurídico especializado, de manera que, por un lado, la norma dio más poderes a la Superintendencia de Sociedades, aumentando sus facultades y, por el otro, se consolidó la administración procesal de los “concordatos preventivos obligatorios”, eliminando la exclusividad en cabeza de los jueces civiles del circuito³¹.

De estas razones se seguía naturalmente que, mientras el sistema concursal se estabilizaba, era inevitable la incertidumbre jurídica relacionada con la intervención judicial en los procesos concursales de un tercero que antes sólo cumplía funciones administrativas. En palabras de Rudy Pereira “(..) reinaba la incertidumbre jurídica sobre la naturaleza jurídica de los actos proferidos por la Superintendencia de Sociedades en desarrollo de la competencia para conocer del concordato preventivo obligatorio”³². En ese momento, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia tenían posiciones diferentes sobre la intervención judicial de la Superintendencia de Sociedades³³. La Corte Suprema de Justicia argumentaba que las actuaciones de la Superintendencia eran de naturaleza administrativa y la competencia para conocer de demandas era de la jurisdicción contencioso-administrativa³⁴. Mientras que el Consejo de Estado afirmaba no tener competencia para conocer de demandas contra actos de la Superintendencia en trámite del concordato preventivo, porque los consideraba de naturaleza jurisdiccional y debían estar en la jurisdicción ordinaria³⁵.

2.3. Decreto 350 de 1989.

A la altura del año 1989, al Derecho Concursal colombiano le interesaba la construcción de una administración de justicia especializada, es decir, con intervención judicial en procesos concursales. Con respecto a la intervención jurisdiccional, mayor o mínima, en el Decreto 350 de 1989 es importante identificar la institución concursal de la “audiencia preliminar”. En la audiencia preliminar el juez resolvía problemas (equivocaciones e inconsistencias en la interpretación de las partes)³⁶ antes de iniciar con el proceso como tal. Aquí, identificamos a un juez concursal gerenciando (*case management*) etapas previas al proceso, como un director judicial³⁷, con el fin de sanear asuntos que podían afectar negativamente el proceso de insolvencia empresarial. Así

³⁰ VÉLEZ, L, *Ibidem*, pp.3-9

³¹ VÉLEZ, L, *Ibidem*, p.5

³² PEREIRA, R, *Derecho Concursal: régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Leyer, 2015. p. 27

³³ PEREIRA, R, *Derecho Concursal: régimen de insolvencia empresarial*, Op. Cito. p. 27

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 18 de agosto de 1981.

³⁵ Consejo de Estado, Sentencia 22 de enero de 1981.

³⁶ SOTOMONTE, S, *Ibidem*. p8.

³⁷ LÓPEZ, D, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, 2004, Escuela Judicial Lara Bonilla, pp.125-173, disponible en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3116>

mismo, la intervención judicial otorgaba la facultad de proponer fórmulas para lograr acuerdos concordatarios.

Para ese entonces, la Superintendencia de Sociedades era mucho más “rápida” en los tiempos empleados para manejar los “concordatos preventivos potestativos” que los jueces civiles del circuito³⁸. Y, al mismo tiempo, también se buscó con esa medida ayudar a descongestionar los despachos y desjudicializar el proceso concursal. De otro lado, pero guardando sentido con la noción de oportunidad en los procesos, encontramos que la “quiebra”³⁹ se mantuvo bajo competencia de los jueces civiles del circuito; sin embargo, ese proceso no se adaptaba a la realidad de la crisis empresarial de la época⁴⁰. El tiempo era y es un elemento fundamental para conjurar una crisis empresarial: bien sea para llegar a un acuerdo de pago o para liquidar los activos y tratar de colocar los mismos en el aparato económico de nuevo. Entonces, desde finales de los años ochenta del siglo pasado, encontramos que la intervención judicial oportuna, con plazos razonables, es determinante en los procesos concursales⁴¹. Finalmente, es importante mencionar que el Decreto 350 de 1989 por primera vez “se le otorga carácter jurisdiccional al concordato que se tramitaba ante la Superintendencia de Sociedades”⁴².

2.4.Ley 222 de 1995

Respecto de lo ocurrido en 1995, se pueden sopesar varias características con ocasión de la intervención judicial en los procesos concursales: la primera, es que la Superintendencia de Sociedades, en el año 1995, ya tenía acumulada experiencia en procesos concursales. Es decir, ya existía una infraestructura económica, contable y financiera especializada⁴³ en cabeza de la Superintendencia para atender los trámites concursales asignados por su competencia judicial⁴⁴. La segunda, es que la Ley 222 tenía una naturaleza predominantemente jurisdiccional⁴⁵. Tanto el concordato como el concurso liquidatorio eran procesos judiciales concursales, con una intervención judicial clara, para que tanto acreedores como deudores defendieran sus intereses.

³⁸ REYES, F, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, 1999, Segunda edición, Temis, 1999, pp. 339-346.

³⁹ Para Luis Guillermo Vélez Cabrera –ex Superintendente de Sociedades–, en la introducción al libro “Régimen de insolvencia empresarial colombiano”, la reforma del Decreto 350 de 1989 únicamente derogó el título 1 del libro VI del Código de Comercio, dejando intacta la institución de la “quiebra.” VÉLEZ, L, *Ibidem*, p.5

⁴⁰ Existen varias razones por las que era la crisis financiera de los años ochenta del siglo pasado era un desafío para los jueces del momento: i) problemas regulatorios con los bancos y corporaciones financieras que no eran vigiladas por la Superintendencia Financiera; ii) intervenciones y liquidaciones de bancos; iii) nacionalización de bancos; iv) excesivo endeudamiento en dólares de las empresas del sector real más importantes que por la devaluación estaban en situación de impago. GONZÁLEZ, A, “El régimen de insolvencia empresarial en tiempos de la pandemia”, *Op. Cit.*, pp.329-330

⁴¹ REYES, F, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, *Op. Cit.*, p. 340.

⁴² VÉLEZ, L, *Ibidem*, p.5

⁴³ REYES, F, *Ibidem*, p. X.

⁴⁴ PEREIRA, R, *Ibidem*, p.19.

⁴⁵ IZASA, Á, y LONDOÑO, Á, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Legis, 2007, p. 3.

En este punto, encontramos que la invención judicial en procesos de insolvencia empresarial de la Ley 222 fue considerada como “rígida y formal”, que quizás era útil en circunstancias de normalidad, pero que era paquidémica cuando se trataba de tramitar centenares de insolvencias al mismo tiempo⁴⁶.

2.5.Ley 550 de 1999

A finales del siglo XX, la economía colombiana se vio afectada por la crisis asiática de finales de la década de los años 90. La integración económica entre las economías del mundo tuvo como efecto la globalización, marco dentro del cual se dio la crisis mencionada, que esparció la incertidumbre, de manera que las economías de muchos países, como Colombia, se desplomaron rápidamente⁴⁷. Era evidente la incapacidad de las normas concursales vigentes, a finales de los noventa, para afrontar una crisis empresarial masiva e inminente⁴⁸. La Ley 222 de 1995 era un procedimiento útil en circunstancias de normalidad, pero era inoportuno cuando se presentaba la posibilidad de tener que afrontar centenares de insolvencias⁴⁹.

La Ley 550 se expidió, de emergencia, en 1999, y contiene varios puntos importantes que sirven para analizar el problema jurídico planteado en este escrito, pues: i) era una norma concursal menos procesalista⁵⁰ y, principalmente, desjudicializada⁵¹; ii) la Ley 550 fue diferente frente a la Ley 222, en razón a que buscaba tener alternativas para los problemas empresariales originados en una crisis imprevista y rápida, con mecanismos de reestructuración de naturaleza contractual temporal⁵²; iii) la Ley 550 creó la figura del “promotor”, un tercero “particular” con funciones de mediador, quien intervenía en el trámite sin ser juez, para facilitar la reorganización o la liquidación⁵³; iv) la Ley 550 de 1999 fue concebida como una norma temporal que sólo tendría vigencia para responder a una crisis sistémica e imprevista; v) la crisis empresarial que debió afrontar la Ley 550 afectó a empresas grandes, medianas y pequeñas, en distintos sectores de la economía colombiana, de manera que la intervención judicial se llevaba a cabo por parte de la Superintendencia de Sociedades, así los nominadores fueran otras superintendencias o cámaras de comercio, lo que evidenció que no se hizo una discriminación por tamaño y características propias de cada empresa; y vi) la Ley 550 tenía una división entre sus mecanismos, pues creó un régimen recuperatorio, de

⁴⁶ VÉLEZ, L, *Ibidem*, pp.7-8

⁴⁷ URRUTIA, M y LLANO, J, *Los actores en la crisis económica de fin siglo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, pp. 5-23.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 1185 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Meza

⁴⁹ VÉLEZ, L, *ibidem* pp. 7-8

⁵⁰ Para Francisco Reyes Villamizar, la Ley 550 de 1999 innovó respecto a la Ley 222 de 1995 sobre aspectos “anclados en las concepciones procesalistas tradicionales. La existencia de demasiadas instancias burocráticas venía convirtiendo al proceso concordatario en un trámite demorado y no siempre útil”. REYES, F, *Nota Editorial*, Op. Cit.

⁵¹ Para el ex Superintendente de Sociedades Vélez Cabrera: “fue la norma concursal que por primera vez desjudicializó por completo el proceso recuperatorio creando el “acuerdo de reestructuración” mediante un acuerdo entre acreedores externos e internos”. VÉLEZ, L, *Ibidem* pp. 8

⁵² PEREIRA, R, *Ibidem*, p.19.

⁵³ Corte Constitucional, Op. Cit. Sentencia C1185 de 2000.

carácter contractual, y dejó con vida el proceso liquidatorio de carácter judicial de la Ley 222 de 1995⁵⁴.

2.6. Ley 1116 de 2016

Lo argumentado hasta hora muestra, sin lugar a dudas, el papel fundamental de la intervención judicial, mayor o menor, en los procesos concursales en Colombia. Este papel, además, no es puramente simbólico ni aspiracional. Las normas concursales han creado varios mecanismos o “instituciones” que, por interés de las partes del concurso (empresarios, acreedores o el Estado), necesitan reglas de juego lo más claras posibles para reducir la incertidumbre e incentivar la interrelación económica entre distintos agentes económicos⁵⁵.

En los últimos años, 2006 a 2021, la doctrina colombiana ha tenido una extensa oportunidad de revisar y analizar la Ley 1116, que expresamente busca, de una manera u otra, proteger el crédito y la recuperación de las empresas como unidad económica y fuente generadora de empleo, en el contexto normativo de la Constitución de 1991, a través de dos procesos: reorganización y liquidación⁵⁶. La mayor parte de los textos analizan tangencialmente la intervención judicial fuerte o mínima en los procesos concursales. La mayoría de los autores conservan, en términos generales, la línea doctrinal que hemos estudiado en las normas previas, respecto al enorme espacio que ha ganado el Derecho Concursal por medio de procesos judiciales dirigidos por un juez autónomo y especializado. El segundo ámbito de desarrollo del Derecho Concursal colombiano está en las sentencias y su fuerza gravitacional para darle coherencia y estabilidad a la Ley 1116. Los esfuerzos de los jueces concursales, en más de quince años, gracias a sentencias de exequibilidad y de tutela de la Corte Constitucional, constituyen en sí mismos la consolidación de las mismas instituciones concursales.

Es importante recordar que la premisa básica de este capítulo es hacer una síntesis, tanto descriptiva como interpretativa, de cómo se ha desarrollado la intervención judicial, en mayor o menor medida, en las normas concursales colombianas en los últimos cincuenta años (1969-2020). Como es obvio, algunas posiciones son benévolas con la intervención judicial en los procesos de reorganización, liquidación y confirmación de acuerdos privados; pero otros, en cambio, han atacado el “procesalismo” de la Ley 1116.

La transición normativa entre la crisis empresarial hacia la Ley 1116 de 2006, estaba antecedida de una dispersión normativa. La nueva norma debía estabilizar y dejaría sin vigencia las normas previas dispersas vigentes. En este punto, hay varios puntos estructurales que debería tener la nueva norma que reemplazaría a la Ley 550: el primero, es que había que mantener el

⁵⁴ RODRÍGUEZ, J, *Nuevo régimen de insolvencia*, Op. Cit., p.69.

⁵⁵ NORTH, D, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, Op. Cit. pp11-99.

⁵⁶ COLOMBIA, Ley 1116 de 2006. Artículo 1.

antiprocesalismo⁵⁷ y desjudicialización⁵⁸; en segunda instancia, debía aumentar el poder jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades⁵⁹.

En este punto es útil, además, identificar varios puntos sobre cómo el estatuto concursal vigente es una norma en la que se busca que la intervención judicial en la insolvencia empresarial armonice los derechos de la empresa, como unidad económica y fuente de empleo, con los derechos de los acreedores y el acceso al crédito en Colombia. Así pues, la Ley 1116 de 2006: a) dotó al país de un régimen concursal con vocación de permanencia⁶⁰; b) judicializó permanentemente los procesos concursales, dado que buscaba eliminar la incertidumbre de que la Superintendencia de Sociedades ejerciera sus funciones en asuntos concursales con naturaleza administrativa y no como un juez⁶¹, a diferencia de la Ley 550 de 1999; c) incorporó el “acuerdo de adjudicación”⁶², entendido como una institución para agilizar la liquidación de empresas inviables, que consiste en que los acreedores pueden determinar las mayorías como van a ser adjudicados los bienes del deudor en un plazo determinado;⁶³ d) estableció la concentración de varias competencias jurisdiccionales en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, para que pueda dirigir judicialmente el proceso (la acción de responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales empleados de las empresas insolventes, acciones revocatorias y de simulación con ocasión de los procesos concursales, y las acciones de responsabilidad de los controlantes en la insolvencia de las empresas)⁶⁴; y e) estableció el control de legalidad en cabeza de la Superintendencia sobre los acuerdos privados suscritos por las partes concursales.

En este sentido, la institución concursal de la “validación judicial de acuerdos extrajudiciales”, consagrada en el artículo 84 de la Ley 1116, implica una mínima intervención judicial, que pone al juez en una posición de cierre y garantía estatal frente a dicha figura⁶⁵. La validación judicial de acuerdos extrajudiciales, pues, nos permite identificar que: i) el acuerdo privado es un ejemplo de

⁵⁷ “(...) Es por ello por lo que resulta muy razonable que la nueva propuesta mantenga una intención “anti-procesal (...), de manera que puedan facilitarse los acuerdos, evitar las prácticas dilatorias y restringir los recursos ante la jurisdicción ordinaria, incluidos los relacionados con las objeciones a los derechos de voto y la impugnación de los propios acuerdos (...)” REYES, F, *Ibidem*, pp2-8

⁵⁸ REYES, F, *Ibidem*, pp. 339-346.

⁵⁹ “Refuerza las facultades jurisdiccionales en cabeza de esa entidad gubernamental, de modo que se continúa una tradición jurídica propia, que ha dado lugar a innegables ventajas en términos de celeridad y eficacia”. REYES, F, *Ibidem*, pp. 2-8

⁶⁰ WILCHES, R, *Ibidem*, p 205.

⁶¹ WILCHES, R, *Ibidem*, 205.

⁶² WILCHES, R, *Ibidem*, 208.

⁶³ Es importante aclarar que esta figura está suspendida mientras estén vigentes los Decretos 560 y 772 de 2020.

⁶⁴ WILCHES, R, *Ibidem*, 208.

⁶⁵ En el texto estudian en profundidad el artículo 84 de la ley 1116 de 2006, que a su vez se reglamentó por el Decreto 1730 de 2009. TALERO, D y WILCHES, R, *Validación judicial de acuerdos privados de reorganización: un ejemplo de la “privatización” del derecho concursal en Colombia*. 2010, Colombia, p.200. disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-90602010000100012&lng=pt&nrm=is&tlng=es

“privatización”⁶⁶; ii) que, en este caso, hay una preponderancia fundamental por la “autonomía de la voluntad privada”, ya que el Estado sólo puede intervenir en situaciones de insolvencia de forma residual, después de que las partes (acreedores y deudor) tengan controversias que no puedan ser resueltas directamente por ellas⁶⁷; y iii) definen el “acuerdo extrajudicial de reorganización” como un contrato a través de mayorías, donde prima la autonomía de la voluntad para conjurar una confrontación sin la intervención activa del Estado por medio de jueces⁶⁸.

En contraposición al caso excepcional de menor intervención judicial, expuesto en el párrafo anterior, es un hecho que la Ley 1116 tiene un fuerte componente de intervención jurisdiccional en los procesos allí regulados. Varios puntos que son relevantes para la pregunta de investigación son: a) el Gobierno Nacional ha ejercido la facultad especial de reglamentación de la ley desde su expedición, durante varios años y con varias normas, con un contenido más procesal que sustancial⁶⁹; b) el régimen concursal de la Ley 1116 es predominantemente de “carácter judicial” porque la ley eliminó la división que establecía “un régimen recuperatorio de carácter contractual y uno liquidatorio de carácter judicial”⁷⁰; y c) La intervención fuerte del juez concursal imprime “seguridad a los acreedores y al deudor (...) genera un ambiente de publicidad y de transparencia que facilita la negociación del acuerdo”⁷¹, porque la norma tiene una visión de mayor intervención judicial en el Derecho Concursal, de manera que requiere autorización judicial incluso la confirmación del acuerdo de reorganización, pese a que ya haya sido votado por las mayorías legales exigidas.

Por último, años después, la intervención judicial del juez concursal en los procesos de insolvencia empresarial está tan arraigada en la práctica jurídica colombiana, que las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades también son objeto de las famosas acciones de tutela contra sentencias⁷² por violaciones a derechos fundamentales en sus fallos⁷³.

⁶⁶ TALERO, D y WILCHES, R, Validación judicial de acuerdos privados de reorganización: un ejemplo de la “privatización” del derecho concursal en Colombia. Op. Cit. p.24.

⁶⁷ TALERO, D y WILCHES, R, Ibidem, p.27.

⁶⁸ TALERO, D y WILCHES, R, Ibidem, p. 31.

⁶⁹ RODRÍGUEZ, J, Ibidem, p.61.

⁷⁰ RODRÍGUEZ, J, Ibidem, p.69.

⁷¹ RODRÍGUEZ, J, Ibidem, p.69.

⁷² QUINCHE, M, *Vías de hecho: acciones de tutela contra providencias*, Bogotá, Novena edición, Temis, 2020.

⁷³ Las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades en materia concursal, pese a estar concebidas como un procedimiento de única instancia, también están sujetas a la reglamentación constitucional de las vías de hecho o “causales genéricas de procedibilidad de acciones de tutela contra sentencia “cuando en el ejercicio de actuaciones jurisdiccionales se violen derechos fundamentales. REYES, F, *Derecho Societario*, Tomo I, Cuarta Edición, Bogotá Temis, 2020, pp.809-846, pp.844-845.

3. El Marco Constitucional Colombiano en el Régimen Concursal Vigente.

Este apartado apunta, en términos generales, a exponer la forma en que la Constitución Política de 1991, dentro del fenómeno de la constitucionalización del Derecho colombiano, también permeó el Derecho Concursal, en lo que a insolvencia empresarial se refiere, dejando por fuera del análisis otros tipos de insolvencias como transfronteriza y de persona natural. El propósito de este apartado, pues, es permitir que el lector tenga, desde el inicio, una orientación sobre el sentido y desarrollo del marco constitucional de la intervención judicial en la insolvencia empresarial, pues la Constitución Política es el referente fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior no nos releva de la obligación de estudiar de manera específica el otro marco de influencia normativa internacional, consignado en los lineamientos de UNCITRAL y el Banco Mundial, que se estudiarán más adelante.

Conviene estudiar, en primer lugar, el Derecho Comercial frente a la Constitución de 1991. Posteriormente, en segundo lugar, la Constitución y su relación con el Derecho Concursal colombiano. Y, finalmente, en tercer lugar, la empresa como un medio para cumplir con los fines de la Constitución.

3.1.El Derecho Comercial frente a la Constitución Política de 1991

Aunque hoy en día se plantea la autonomía del Derecho Concursal frente al Derecho Comercial, es claro el origen del primero dentro del marco del segundo, por lo que nos parece relevante abordar, inicialmente, cuál es la situación del Derecho Comercial colombiana con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991. Aquí, debe señalarse que el Derecho Concursal se deriva del Derecho Comercial en razón a tensión de intereses entre acumulación de riqueza y especulación en la actividad comercial (comerciantes o no)⁷⁴. Entonces, las instituciones del Derecho Concursal es para Douglas North un conjunto reglas de juego que disminuyeran la incertidumbre y aumentara la interacción humana⁷⁵.

En efecto, el Derecho comercial surgió como una forma de regulación entre profesionales, a partir de la cual los usos y las prácticas comerciales necesitaban reglas de comportamiento mercantiles adecuadas para las relaciones mercantiles⁷⁶. De ahí que, hoy por hoy, es innegable el nivel de penetración de las actividades comerciales en las actividades humanas, ante lo cual se plantea el riesgo de que los derechos quedasen sometidos desventajosamente ante un mundo que privilegia la sociedad y economía de mercado por encima de otras esferas⁷⁷.

⁷⁴ MARTÍNEZ, N, *Cátedra de Introducción al Derecho Comercial*, Bogotá, Legis, 2021, p.291.

⁷⁵ NORTH, D, *Ibidem*, pp11-99.

⁷⁶ MARTÍNEZ, N, *Cátedra de Introducción al Derecho Comercial*, Op. Cit., p.41.

⁷⁷ SANDEL, M, *Lo que el dinero no puede comprar: los limites morales del mercado*. Debate, Segunda Edición, 2014, pp.18-23.

En Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento comercial se vio alterado, pues comenzaron a introducirse instituciones que buscan proteger prevalentemente ciertos derechos de rango constitucional⁷⁸. Por ejemplo: reglas para regular relaciones asimétricas entre consumidores y mercados financieros o de valores, protección contra abuso de la posición dominante en contratos comerciales, aplicación de criterios constitucionales en contratos de seguro, y presunciones sobre debida información, entre otros.

La jurisprudencia, principalmente de la Corte Constitucional, ha construido dos criterios para diferenciar asuntos públicos de privados⁷⁹: en el primero, es Derecho público todo aquello que depende de normas imperativas, mientras que es Derecho privado cuando las reglas son dispositivas hacia las partes⁸⁰. El segundo nivel de relevancia para diferenciar si es un asunto privado o público es la conexidad⁸¹ entre un asunto que supere el filtro precedente, pero que tenga una relevancia pública por la conexidad con derechos fundamentales⁸².

⁷⁸ El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado desborda el objeto de esta investigación. Sin embargo, a continuación, presentamos el comentario de Juan Jacobo Calderón por su pertinencia: “(...) Por sistemas judiciales de constitucionalización de derecho mercantil entiendo aquellos cauces a través de los cuales la incidencia del texto constitucional en la definición del alcance y comprensión del derecho mercantil se activa con ocasión del ejercicio de funciones jurisdiccionales (...)”. CALDERÓN, J, *Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia*, Revista Universitas, Bogotá, Universidad del Rosario, Vol. 56 No. 113, 2007, p. 7. Disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14631>

⁷⁹ Juan Jacobo Calderón explica que “el derecho público es el derecho de las normas imperativas en el que la capacidad normativa de los sujetos que intervienen en la relación es restringida,; el derecho privado, por el contrario, es el derecho de las normas supletivas en el que la capacidad normativa de los contratos se encuentra ampliada” CALDERÓN, J, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis y Universidad del Rosario, 2017, pp.13-14

⁸⁰ La Corte Constitucional señala que: “La importancia del contrato en el proceso de intercambio social explica el cuerpo legal - en parte dispositivo - que regula el derecho de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, con lo cual se previene la inestabilidad de los mercados y se estimula el aumento de las transacciones gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que su ordenada y uniforme formulación y ejecución aparejan”. Corte Constitucional, Sentencia T240 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸¹ Los derechos fundamentales “por conexidad” son todos aquellos que en principio no son fundamentales. Pero, se transforman en derechos fundamentales por profunda e inescindible relación con otros derechos fundamentales, arrojando como consecuencia que, si no fueron protegidos en forma inmediata, como derechos fundamentales, se pondrían en riesgo uno o varios derechos fundamentales.

⁸² La Corte Constitucional explica esto así “Las asociaciones que defienden los intereses económicos de los médicos especialistas están constitucionalmente autorizadas para adoptar medidas de disciplina interna que, de ordinario, comportan una restricción de los derechos de sus asociados. Empero, la situación de predominio puede determinar la realización de prácticas arbitrarias que constituyen, entre otros, un abuso del derecho de asociación. En principio, la controversia sobre la legitimidad de estas medidas debe realizarse al amparo del derecho legislado, toda vez que es éste y no el derecho constitucional, el que adscribe derechos y deberes a las personas que constituyen voluntariamente una asociación de derecho privado y, en general, a los agentes que intervienen en el mercado. En suma, los comportamientos presuntamente patológicos de la economía de mercado son, en principio, un problema de orden legal.” Corte Constitucional, Sentencia, T 697 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Constitución colombiana no es neutra en su incidencia en el Derecho privado⁸³, pues establece límites en las relaciones entre los distintos agentes económicos. Se trata, por tanto, de una Constitución que, con la intervención de los jueces, poco a poco, ha constitucionalizado el Derecho Privado a través de “un proceso en virtud del cual las categorías constitucionales y la jurisprudencia constitucional, inciden de diferentes formas y diversos grados, en la forma en que se resuelven los conflictos *pima facie* de derecho privado”⁸⁴. Así, la Constitución propende por la armonía entre el Derecho Privado y ella, porque no fuerza una invasión total de criterios constitucionales y otorga, dentro de los límites que expondremos tangencialmente a continuación, una amplia libertad de decisión para los agentes y las autoridades económicas.

En efecto, Rodrigo Uprimmy y César Rodríguez exponen que la Constitución Política debe buscar un equilibrio, muy difícil, entre dos principios, para darle legitimidad constitucional a las relaciones dentro de la economía colombiana: el principio de soberanía popular y el principio de la inviolabilidad de derechos⁸⁵. El primero, implica que el Estado se sustenta en la voluntad de las decisiones de mayorías que eligen a la rama ejecutiva del poder público (Gobierno); y el segundo, en abogar por medidas y restricciones al poder público, incluso sobre las mismas mayorías, con el fin de proteger los derechos de todos los sujetos de derechos⁸⁶.

La jurisprudencia constitucional en Derecho Privado es amplia, y no se pretende hacer un análisis exhaustivo sobre temas tan amplios y profundos. No obstante, son claramente ilustrativos algunos ejemplos de instituciones constitucionales que afectan relaciones comerciales, como son: derecho a la igualdad⁸⁷, el principio de solidaridad⁸⁸, la protección de los pensionados en insolvencia⁸⁹, las facultades de autoridades administrativas para decidir jurisdiccionalmente temas relacionados con

⁸³ CALDERÓN, J, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Op. Cit.pp.12-13.

⁸⁴ CALDERÓN, J, *Ibíd*em, p.28.

⁸⁵ RODRÍGUEZ, C y UPRIMMY, R “El Modelo Económico de la Constitución de 1991”, en GARCÍA, M y CEBALLOS, (Editores), *Democracia, Justicia y sociedad: diez años de investigación de Dejusticia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2016 p.124

⁸⁶ Se emplea la expresión “sujetos de derechos” con el fin de ampliar el alcance sobre derechos más allá de las discusiones, válidas o no, sobre personas naturales y/o jurídicas.

⁸⁷ La Corte Constitucional en la Sentencia T 102 de 2001, de un lado, estableció que el derecho a la igualdad tenía alcances diferentes entre: autoridades y particulares. En cambio, manifestó que la mayor amplitud del derecho a la libertad en relaciones privadas tiene límites cuando se encuentran condiciones de supuesta igualdad sobre indefensión o subordinación. Corte Constitucional, Sentencia T1042 de 2001, MP Manuel José Cepeda.

⁸⁸ Los jueces pueden intervenir en interpretaciones contractuales entre particulares cuando, por conexidad, se viola un derecho fundamental. Es decir, los jueces pueden intervenir para aplicar el principio de solidaridad cuando: instituciones financieras trataron de ejercer acciones ordinarias por el incumplimiento en obligaciones adquiridas por personas secuestradas. Corte Constitucional, Sentencia T 520 de 2003, MP Rodrigo Escobar Gil. Análisis similares se presentaron con portadores de VIH en la sentencia T 170 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) y con personas desplazadas en la sentencia T 419 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

⁸⁹ Las sentencias SU-1023 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño) y SU 636 de 2003 (MP Jaime Araujo Rentería) establecieron una protección especial, consistente en proteger a los pensionados de sociedades comerciales que, ante su incapacidad de pago, recibieron transitoriamente el pago de tales pensiones por parte de las sociedades matrices, mientras la jurisdicción ordinaria fallaba.

protección al consumidor⁹⁰, y lo que desarrollaremos con detenimiento, a continuación, como son los procesos concursales.

En resumen, es evidente que el ordenamiento comercial colombiano cambió con la Constitución de 1991. De ahí que en la siguiente parte del texto nos vamos a adentrar en el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Concursal.

3.2. La Constitución y el Derecho Concursal colombiano

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991, el sistema jurídico colombiano cambió. En todos los campos de acción del Derecho se produjeron trascendentales cambios, en muchos casos difíciles de entender, precisamente por la complejidad que implicó tratar de armonizar las tradiciones y conceptos de cada disciplina jurídica con la nueva carta política.

La normatividad concursal colombiana es uno de los pilares que sustenta la economía colombiana, en razón a que contiene un conjunto de mecanismos para otorgar reglas de juego cuando existan conflictos entre la empresa y sus acreedores. Sin ese conjunto de reglas se presentaría “(...) una inmensa destrucción de valor (...)”⁹¹. El Derecho Concursal implica una imposibilidad de pago que no respeta las fórmulas ordinarias del mismo, sino que surge como un “remedio” que permite solucionar ordenadamente el incumplimiento colectivo de una empresa⁹². Las partes concursales están interesadas en que “la empresa sea viable, se recupere, para poder ver satisfechos sus intereses y si la empresa no tiene ningún tipo de viabilidad, la misma se liquide lo más rápido y ordenadamente posible”⁹³.

En consecuencia, una de las obligaciones constitucionales del Estado es velar por el mayor equilibrio⁹⁴ posible entre los intereses de las posibles partes de la insolvencia empresarial (socios o accionistas de una empresa, sus acreedores, trabajadores, instituciones estatales, proveedores, entre otros)⁹⁵. El Estado, con sus decisiones, debe garantizar buenas y cada vez mejores condiciones de vida de los ciudadanos⁹⁶. Entonces, el Estado interviene por medio de los jueces

⁹⁰ Encontramos varias sentencias de la Corte Constitucional sobre temas de derecho de consumo: calidad e idoneidad de bienes y servicios (Sentencia C 1141 de 2000, MP Eduardo Cifuentes Muñoz); propaganda comercial y promociones de salud que se incorporan al contrato medicina prepagada (Sentencia T 118 de 2000, MP José Gregorio Hernández); derecho a la salud del consumidor frente al derecho a la ganancia (Sentencia T 333 de 2000, MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁹¹ VELEZ, L “Una segunda edición y dos años de reformas”, Op. Cit., p23.

⁹² POLANIA, N, *Ibidem*, p.613-624 (SIC). p.613-614.

⁹³ WILCHES, R. *Ibidem*, p.201.

⁹⁴ WILCHES, R. *Ibidem*, p.202.

⁹⁵ PÁJARO, N, “El pago anticipado de pequeñas acreencias en el Decreto 560 de 2020”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020, pp78-79.

⁹⁶ Para Rafael Wilches “ es papel fundamental del Estado el de intervenir para velar por que lo anterior se cumpla, pues el hecho de darle prelación al pago del crédito sobre la preservación de empresas viables, terminaría redundando exclusivamente en favor de las entidades financieras, principalmente, y en perjuicio de las empresas del sector real,

para balancear los intereses contrapuestos entre la preservación de empresas viables versus acreedores, porque, en cualquier caso de desequilibrio injustificado, habría consecuencias negativas, bien sea para los empresarios o para los acreedores.

En este punto, reiteramos, el objetivo de este apartado es brindar al lector la narrativa del Derecho Concursal bajo la perspectiva de la intervención de los jueces en el contexto constitucional colombiano, haciendo necesario recordar que el Derecho Concursal afecta la confianza en la economía por varias razones:

- i) Los agentes económicos buscan sistemas de insolvencia que “ofrezcan mayor protección a los inversionistas y a los acreedores, de manera que incentivan el acceso al crédito, la creación de empresas, la innovación y, en últimas, el crecimiento y el bienestar social”⁹⁷.
- ii) Los procesos concursales son especiales ya que, *ex ante* y *ex post*, permiten saber qué suerte correrán las inversiones y créditos dentro de la economía de un país⁹⁸.
- iii) El Derecho Concursal puede ser pensado desde la óptica de la responsabilidad contractual, en donde “la insolvencia como imposibilidad de pago, supone una lesión generalizada a los derechos de crédito de los acreedores, que se soluciona no respetando sus formulaciones iniciales (*pacta sunt servanda*), sino alterando sus contenidos para hacerlos compatibles con las posibilidades de pago del deudor”⁹⁹.
- iv) La insolvencia puede entenderse como una especie de “incumplimiento colectivo” que conlleva a que se relativizan los derechos accesorios de los acreedores, hasta que entre el deudor y los acreedores deciden si optan por acceder a un acuerdo de reorganización o si lo mejor es liquidar el patrimonio del deudor¹⁰⁰.
- v) El acuerdo de reorganización puede entenderse como “(...) una solución de naturaleza contractual a la crisis del deudor (...) el acuerdo es un contrato, formado o no a instancias del juez del concurso, pero en todo caso aprobado por él”¹⁰¹.

mientras que el hecho de darle preferencia a la preservación de las empresas sobre la protección del crédito, independientemente de si las mismas son viables o no, puede conducir a una crisis en cadena o sistémica de las empresas de un país, si las condiciones de acceso a los mecanismos de protección de la insolvencia son demasiado laxas y descendientes con los empresarios insolventes. En consecuencia, es papel del Estado velar por que haya equilibrio entre los intereses en juego, teniendo siempre como norte de sus decisiones garantizar buenas y cada vez mejores condiciones de vida de sus ciudadanos” WILCHES, *Ibidem*, p.202.

⁹⁷ POLANIA, N, *Ibidem*, pp.133-141.

⁹⁸ POLANIA, N, *Ibidem*, pp.133-141

⁹⁹ POLANIA, N, *Ibidem*, pp.613-624 (SIC).

¹⁰⁰ POLANIA, N, *Ibidem*, p.613.

¹⁰¹ POLANIA, N, *Ibidem* p.614.

- vi) Así mismo, el acuerdo de reorganización se perfecciona como contrato con la única voluntad expresada por los acreedores en ejercicio del derecho político de voto, que será controlado por el juez.¹⁰²

Resulta oportuno ahora, luego del camino recorrido hasta ahora en este apartado, entender el marco constitucional en la norma concursal vigente (Ley 1116 de 2006). En efecto, dentro del marco de la Constitución de 1991, las normas concursales deben tener consecuencias en diferentes niveles: i) las disposiciones constitucionales tienen fuerza vinculante frente a todos los operadores jurídicos, incluidos los jueces concursales; ii) el Derecho Concursal es una disciplina del Derecho colombiano, autónoma y transversal, que “reúne y modifica las reglas de otras ramas de derecho (laboral, tributario, de contratos y obligaciones entre otros) para resolver la situación de crisis”¹⁰³; iii) después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cualquier juez que conozca de procesos de insolvencia debe aplicar las normas concursales, teniendo en cuenta los principios, valores, y reglas constitucionales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que sean aplicables¹⁰⁴; y, iv) las actuaciones de los jueces concursales en cualquier etapa, preprocesal o procesal, siempre deben velar por la protección de derechos fundamentales.¹⁰⁵

La intervención del Estado colombiano, a través de jueces, en los procesos concursales, se da en desarrollo de la hegemonía de la Constitución como fuente del Derecho Concursal. Lo anterior es una realidad que se puede entender mejor con base en dos categorías jurídicas planteadas por Juan José Rodríguez, absolutamente relevantes: la primera es la de los denominados “indicadores de constitucionalidad sobre el Derecho Concursal” y la segunda es la de los “métodos de interpretación de la ley concursal”. Entonces, por su pertinencia para responder el problema jurídico planteado en este texto, vamos a realizar una breve exposición de qué implica cada indicador y método de interpretación.

3.2.1. Indicadores de constitucionalidad sobre el Derecho Concursal

- i) *Indicador normativo*¹⁰⁶. Son las estipulaciones expresas que hace la Constitución de 1991 de las reglas de juego que inciden directamente en Derecho Concursal¹⁰⁷. Con

¹⁰² POLANIA, N, *Ibidem* p.614.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, J, *El derecho concursal colombiano a la luz de la constitución*, *Revista @ e-Mercatoria*, Volumen 7, Núm. 2, 2008, Colombia, p.2. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2041>

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ, J, *El derecho concursal colombiano a la luz de la constitución*, *Op. Cit.* p.2.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ, J, p. 2-3.

¹⁰⁶ Hacen parte del indicador normativo: a) normas de protección a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada; b) normas de protección a la propiedad y al derecho de crédito; c) normas de protección a los derechos de los trabajadores; d) normas que consagran un “mínimo vital” a grupos de especial protección; f) normas que protegen el debido proceso; y g) normas que consagran condiciones de igualdad. RODRÍGUEZ, J, pp. 3-13.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ, J, p. 3.

esto llegamos a la conclusión de que la intervención judicial de los jueces en los procedimientos concursales no tiene ninguna consagración, expresa y directa, en la Constitución Política, en lo que a insolvencia empresarial se refiere. El Derecho Concursal es, en ese sentido, una disciplina de Derecho colombiano transversal a muchas ramas del sistema jurídico colombiano que sí tienen regulación precisa y expresa en la Constitución¹⁰⁸.

¿Es posible trasladar la importancia que tienen regulaciones expresas en la Constitución al Derecho Comercial? La respuesta es “sí”, pues la empresa, el crédito, el empleo, la propiedad, y el debido proceso son indicadores normativos estructurales para la interpretación y aplicación de la Constitución de 1991, de manera que la relevancia de cada institución se traslada al Derecho Concursal¹⁰⁹.

Según el “indicador normativo”, son instituciones que tienen incidencia directa sobre el Derecho Concursal, las siguientes¹¹⁰:

- Libertad empresa y libre iniciativa privada.
- Propiedad y derecho de crédito.
- Derechos de los trabajadores.
- Mínimo vital a ciertos grupos de protección.
- Derecho al debido proceso.
- Derecho a la igualdad.

ii) *Indicador jurisprudencial*. El principal objetivo de este indicador consiste en mostrar la incidencia de los argumentos constitucionales en las decisiones de los jueces concursales porque, como operadores jurídicos colombianos que están administrando justicia, a la vez siempre son jueces constitucionales¹¹¹. De hecho, la Corte Constitucional ha proferido muchos tipos de decisiones a lo largo de los años, desde su creación, que han incidido en el Derecho Concursal¹¹². De nuevo, nos encontramos con el fenómeno de que decisiones jurisprudenciales influyen en la interpretación de normas concursales. Y, por ende, deberán hacer parte de la motivación del juez en proceso de insolvencia. Puede hablarse de que el “indicador jurisprudencial” en el Derecho Concursal conlleva una exigencia explícita para que los operadores judiciales tengan en cuenta¹¹³:

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ, J, p. 4.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ, J, p. 4.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ, J, p. 6-12

¹¹¹ RODRÍGUEZ, J, pp. 4,14.

¹¹² RODRÍGUEZ, J, p. 14.

¹¹³ RODRÍGUEZ, J, p. 14.

- Sentencias sobre el derecho al debido proceso en los procesos concursales.
- Sentencias sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales por medio de autoridades administrativas.
- Sentencias sobre protección de grupos de acreedores especiales por su condiciones legales o constitucionales.

iii) *Indicador de mecanismos de protección.* En los indicadores de constitucionalidad en Derecho Concursal normativo y jurisprudencial identificamos elementos fundamentales para la interpretación judicial en procesos de insolvencia empresarial. Es fácil confundirse y pensar que los jueces concursales, por ser muy especializados, no tienen en cuenta los precedentes vinculantes de las altas Cortes¹¹⁴ colombianas, proferidos en sentencias de constitucionalidad y tutela contra fallos en procesos de insolvencia¹¹⁵. Aquí, es importante aclarar que el objeto de investigación no es analizar el fenómeno de los precedentes jurisprudenciales¹¹⁶ en el Derecho Concursal colombiano, aunque es importante señalar que todos los jueces concursales son jueces constitucionales en la medida en que deben dar aplicación, en sus decisiones, a la Constitución Política.

El indicador de constitucionalidad del Derecho Concursal denominado “mecanismos de protección” es el conjunto de alternativas de protección que el juez de insolvencia debe tener en cuenta para garantizar derechos fundamentales en sus diferentes actuaciones¹¹⁷. Para entender este punto, debe quedar claro que la intervención judicial en la insolvencia empresarial también puede darse por la conexidad entre asuntos procesales sin una relevancia constitucional inicial, pero que, aplicando el criterio de conexidad¹¹⁸, adquieren relevancia constitucional¹¹⁹.

Especial atención merecen las acciones de tutela en que se presentan decisiones de la Corte Constitucional en materia concursal, pues son precedentes vinculantes para los jueces de insolvencia en la Superintendencia de Sociedades. El paso histórico que ha dado el sistema jurídico colombiano para hacer vinculantes los precedentes jurisprudenciales, en situaciones con similares patrones fácticos, hace parte del

¹¹⁴ Para revisar en más detalle la historia del precedente en Colombia recomendamos la obra de Diego López Medina, en especial dos textos: i) LÓPEZ, D, *El derecho de los jueces*, 2007, Bogotá, Segunda edición, Legis. Y ii) *Eslabones del derecho: el deber de coherencia con el precedente jurisprudencial*, 2016, Bogotá, Legis.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ, J, pp. 14.

¹¹⁶ Uno de los principales contradictores dentro del debate sobre el precedente jurisprudencial en Colombia es Javier Tamayo Jaramillo. Si se quiere profundizar en su visión puede consultarse TAMAYO, J, *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Bogotá, Ibáñez. 2012.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ, J, p. 4.

¹¹⁸ Puede revisarse la “sentencia hito” sobre el principio de conexidad entre distintos tipos de derechos de la Corte Constitucional, Sentencia T406 de 1992, MP Ciro Angarita Baron.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ, J, p. 18.

indicador “mecanismos de protección”. Lo que implica, casi siempre, que el juez concursal, en sus fallos, tenga una *ratio decidendi* en donde se decida “sin caprichos, sino con base en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces- funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de otras personas”¹²⁰. Aún más importante, las decisiones judiciales en que un juez concursal quiera apartarse de un precedente vinculante requieren un nivel de argumentación mayor para poder desvirtuar el precedente¹²¹. Es decir, el juez deberá demostrar por qué razón la aplicación de la regla jurisprudencial del precedente vinculante no está conforme a la Constitución y/o es contraria a la Constitución y/o al apartarse se garantiza un menor daño constitucional con su decisión.

3.2.2. Métodos de interpretación de la ley concursal.

A lo largo de esta parte del texto hemos propuesto una reflexión como hilo conductor: “la intervención judicial en el Derecho Concursal colombiano siempre estará influenciada por la Constitución de 1991”. Por ello, procedemos a estudiar los que se han propuesto como métodos de interpretación de la ley concursal.

- i) *Interpretación conforme a la Constitución.* Los operadores jurídicos del Derecho Concursal deben tener en cuenta muchas características específicas de la crisis empresarial, como lo son: el tamaño de la empresa, el tipo de proceso (reorganización, liquidación, transnacional, etc.), validación de acuerdos privados, entre muchos otros. En el Derecho Concursal con enfoque constitucional, se requiere, en cambio, la presencia de jueces “letrados” que, cuando afronten incompatibilidad entre una norma concursal y la Constitución, deberán decidir en favor de la carta política¹²². Entonces, bajo este criterio se exige que, para la concreción de los derechos constitucionales, el juez concursal tenga como parámetro de sus decisiones¹²³ la interpretación que desarrolle mejor los principios, valores y reglas de la Constitución de 1991.
- ii) *Interpretación en procura del menor daño constitucional.* Es aquella que se da cuando los jueces concursales se enfrentan a situaciones fácticas especialmente difíciles, en las que, sea cual fuere su interpretación, se afectarán derechos fundamentales. Se dice que en estos casos la interpretación que debe primar es aquella en la que, después de

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU 147 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹²¹ RODRÍGUEZ, J, p. 8.

¹²² RODRÍGUEZ, J, p. 20.

¹²³ CALVINHO, G, *El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder.* 2012, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, p. xiii

ponderar principios y valores constitucionales, se determine cuál es la que menor daño genera¹²⁴.

3.3. La empresa como un medio para cumplir con los fines de la Constitución

De las consideraciones de los renglones anteriores es posible extraer algunas conclusiones que sirven de telón de fondo para la entender la importancia de las empresas para Colombia. Las empresas son fuente de bienestar y desarrollo económico de un país. A su vez, las empresas cumplen una serie de funciones sociales trascendentales para el Estado¹²⁵: i) unidad de producción individual y colectiva; ii) fuente generadora de empleo y competitividad tecnológica; iii) escenario para el ejercicio de derechos fundamentales y protección de las personas y sus familias. Todo esto, no sólo desde la perspectiva de que la empresa es solamente un vehículo de generación de riqueza¹²⁶, sino que también es el escenario a través del cual se desarrolla una propuesta de valor¹²⁷ coexistente con los sueños de las distintas partes interesadas: trabajadores, propietarios, los clientes, los proveedores, el Estado y la comunidad¹²⁸.

En efecto, en Colombia, la micro, pequeña y mediana empresa, en adelante MIPYME, juega un papel fundamental en la estabilidad economía¹²⁹. Las MIPYME representan más del 90% de las empresas del sector productivo¹³⁰ (manufacturero¹³¹, de servicios¹³² y de comercio¹³³), generan el 35% de PIB y el 90% del empleo en Colombia.¹³⁴

¹²⁴ RODRÍGUEZ, J, p. 23.

¹²⁵ MONTIEL, C, *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal*, Op. Cit., p. 122-123.

¹²⁶ GOLDRATT, E, *La meta: un proceso de mejora continua*, Argentina, Granica, 2012.

¹²⁷ OSTERWALDER, A y PIGNEUR, Y, *Generación de modelos de negocio*, Bogotá, Paidós, 2019, p. 22-25.

¹²⁸ GOLDRATT, E, *No es cuestión de suerte: segunda parte de la meta*, Argentina, Granica, 2008.

¹²⁹ Para mayor información puede revisarse la completa investigación de la OCDE sobre el estado de las MIPYMES en Colombia. OCDE, *América Latina y el Caribe 2019: políticas para PYMES competitivas en la alianza del pacífico y países participantes de América del Sur*, pp. 29-44, 337-390. Disponible en

¹³⁰ MINISTERIO DE TRABAJO, “ARANGO, Alicia, *MiPymes representan más de 90 del sector productivo nacional y generan el 80 del empleo en Colombia*” - Ministerio del trabajo (mintrabajo.gov.co). Disponible en <https://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/septiembre/mipymes-representan-mas-de-90-del-sector-productivo-nacional-y-generan-el-80-del-empleo-en-colombia-ministra-alicia-arango>

¹³¹ En el sector manufacturero: i) las microempresas son las que tengan ingresos inferiores o iguales a 23.563 UVT. ii) las pequeñas empresas son las que tengan de ingresos superiores a 23.563 UVT e inferior o igual a 204.995 UVT. Y iii) las medianas empresas son las que tengan ingresos superiores a 204.995 UVT e inferior o igual a 1.736.995 UVT. Decreto 957 de 2019, Artículo 2.2.1.13.2.2.

¹³² En el sector servicios: i) las microempresas son las que tengan ingresos inferiores o iguales a 32.988 UVT. ii) las pequeñas empresas son las que tengan de ingresos superiores a 32.988 UVT e inferior o igual a 131.951 UVT. Y iii) las medianas empresas son las que tengan ingresos superiores a 131.951 UVT e inferior o igual a 483.034 UVT. Decreto 957 de 2019, Op. Cit. Artículo 2.2.1.13.2.2.

¹³³ En el sector servicios: i) las microempresas son las que tengan ingresos inferiores o iguales a 44.769 UVT. ii) las pequeñas empresas son las que tengan de ingresos superiores a 44.769 UVT e inferior o igual a 431.196 UVT. Y iii) las medianas empresas son las que tengan ingresos superiores a 431.196 UVT e inferior o igual a 2.160.692 UVT. Decreto 957 de 2019, Ibídem, Artículo 2.2.1.13.2.2.

¹³⁴ MINISTERIO DE TRABAJO, Op. Cit.

Pero no es suficiente con examinar la regulación constitucional sobre las empresas en Colombia pues aunque las empresas son un pilar de sustento fundamental para una economía de mercado, el Estado también debe intervenir, en ciertas ocasiones, regulando relaciones privadas, para intentar lograr el equilibrio en las mismas¹³⁵, bajo el principio de proporcionalidad¹³⁶: de un lado, garantizando las libertades y decisiones de los agentes económicos y, por el otro, protegiendo los derechos de todos los sujetos de derechos.

En la actualidad, en la mayoría de los países del mundo, los Estados abandonaron una serie de actividades “industriales” y se concentraron en regular y vigilar los mercados de servicios, que fueron ocupados por las empresas¹³⁷. Las empresas, pues, en el contexto constitucional colombiano, se convierten hoy en día en un eslabón fundamental en el cumplimiento de una función social para el Estado. Este cambio en la visión tradicional de un Estado todopoderoso resalta la importancia de que los ordenamientos jurídicos no sólo regulen la actividad empresarial, sino que también tengan medidas de protección empresarial.

Este objetivo surge de que el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, que establece que la empresa es la base del desarrollo económico y, por ende, debe ser estimulada por el Estado. La Corte Constitucional ha señalado que la intervención estatal en las empresas, por medio del Derecho concursal, tiene reglas de juego, que son: “i) debe llevarse a cabo necesariamente por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹³⁸.

Para la Corte Constitucional, en la sentencia C-1143 de 2000, “(...) *En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial, y a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor, para atender el pago ordenado de sus obligaciones*”¹³⁹.

¹³⁵ La doctrina en Colombia ha discutido por años los riesgos de la excesiva o mínima intervención judicial en asuntos de derecho privado en cabeza de la Corte Constitucional, para la estabilidad jurídica y los derechos individuales. Este tema desborda el objeto de esta investigación, pero es importante señalar que tratar de equilibrar es muy difícil.

¹³⁶ La forma como las Altas Cortes Colombianas han tratado de equilibrar los intereses constitucionales se ha ido construyendo con base en criterios de proporcionalidad, por medio de los cuales, se analiza unos supuestos de control estrictos, intermedios y débiles según exigencias particulares. La Corte Constitucional en Sentencia SU 626 de 2015 (MP Mauricio Gonzalez Cuervo) es un referente en este punto.

¹³⁷ MONTIEL, C, *Ibidem*. p. 121.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 137 de 2007. MP. Jaime Araujo Reinteria.

¹³⁹ Sentencia C1143 de 2000, Op. Cit.

El artículo 58 de la Constitución Política garantiza la propiedad privada y los demás derechos inherentes a la propiedad. La Constitución, igualmente, protege el derecho de dominio sobre bienes corporales, así como también, de todos los derechos patrimoniales adquiridos conforme con la normativa civil y comercial del sistema jurídico. En este contexto, como hemos dicho ya, encontramos la voz autorizada de Carlos Mario Montiel Fuentes, quien manifiesta que las empresas son fuente de bienestar y desarrollo económico de un país. La empresa¹⁴⁰ tiene un papel central en el cumplimiento de los fines del Estado, que va más allá de la visión tradicional de generación de renta al propietario, ya que su éxito o fracaso afecta a los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad en general y al Estado¹⁴¹. Son afectados los acreedores, entendidos como sujetos de derecho de especial protección judicial, desde la creación del Código Civil, que de buena fe hacen parte de las distintas cadenas productivas de la industria colombiana. Los potenciales acreedores necesitan reglas de juego claras para saber cómo se honrarán las obligaciones vencidas, en qué orden y en cuánto tiempo¹⁴².

Los procesos de insolvencia empresarial son una variable que permite a distintos agentes del mercado tomar decisiones previendo qué pasaría en el peor de todos los escenarios con sus inversiones. En Colombia, la Ley 1116 es una institución que busca generar confianza en los inversionistas locales y foráneos para estimular el crédito con reglas de juego claras sobre cómo se recupera su dinero, cuánto tiempo podría tomar, cómo se reubican esos activos de forma productiva, y saber cuáles son los derechos y obligaciones de los deudores o los acreedores.

Así, la Ley 1116 de 2006, como régimen concursal general, que cumplió ya más de quince años de expedición, es una normativa que busca varios objetivos concretos, en palabras de la voz autorizada de Juan José Rodríguez Espitia, respecto al marco constitucional antes expuesto, como son:

“(…) 1. Dar seguridad jurídica en el mercado para promover estabilidad y crecimiento económico. 2. Obtener el máximo valor posible de los bienes. 3. Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la liquidación y de la recuperación. 4. Tratar de manera equitativa a los acreedores en circunstancias similares. 5. Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia. 6. Preservar la masa para que se pueda efectuar una distribución equitativa entre los acreedores. 7. Garantizar un régimen transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información. 8. Reconocer los derechos de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos. 9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza. (...)”¹⁴³

¹⁴⁰ Código de Comercio, Artículo 25

¹⁴¹ MONTIEL, C, Ibidem, pp. 120-125

¹⁴² POLANIA, N, Ibidem pp. 133-135.

¹⁴³ RODRÍGUEZ, J, Ibidem, p. 66.

Para darle mayor coherencia al rol de juez concursal en la insolvencia empresarial, de cara al marco constitucional colombiano, encontramos que hay dos principios clave de interpretación judicial: la conservación y protección¹⁴⁴. El primero, es la necesidad de que la empresa supere su crisis para cumplir con los fines del Estado (desarrollo económico, empleo, consumo, impuestos, entre otros). Y el segundo, es entender el crédito como un elemento fundamental para todas las actividades económicas en Colombia¹⁴⁵. Los jueces concursales deben propender, por tanto, con base en el marco constitucional expuesto, porque sus actuaciones estén dirigidas a que las empresas superen la crisis, bien sea porque logran la reorganizar de alguna manera su insolvencia o en razón a que se van a una liquidación que trata de hacer lo mejor con el patrimonio disponible, a la vez que protejan al crédito de la mejor manera posible.

Como conclusión de este apartado, podemos plantear que el Derecho Concursal, al igual que el Derecho Privado, desde 1991 tiene un referente fundamental para cualquier decisión que tome en un proceso de insolvencia empresarial. Aquí, es importante que los jueces de insolvencia siempre midan el impacto de sus decisiones sobre derechos constitucionales. Para ello, creemos que es válido traer la clasificación de Juan Jacobo Calderón, quien plantea que las decisiones de los jueces (jueces concursales, para nuestro caso) pueden clasificarse, según el grado de relevancia constitucional, en decisiones con relevancia intensa, moderada o leve. El primer tipo de decisiones implica que, para el juez decida, es claro que hay un mandato constitucional expreso (Constitución o precedente vinculante). El segundo tipo se daría cuando la decisión pueda adecuarse completamente con lo estipulado por el estatuto concursal vigente (Ley 1116 o de los decretos de emergencia y complementarios), sin que exista conflicto con la Constitución. Y el tercer tipo implica que los efectos de la decisión judicial no son constitucionalmente relevantes¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ISAZA, Á, *Ibidem*. p. xxix.

¹⁴⁵ ISAZA, Á, *Ibidem*, p. xxix.

¹⁴⁶ CALDERON, J, “Constitución y derecho comercial”, en CARDENAS, J, CALDERON, J, y LÓPEZ, J, (Editores académicos), *U Derecho comercial: cuestiones fundamentales*, Bogotá, Legis, 2016, p.55.

4. Las recomendaciones legislativas sobre intervención judicial de UNCITRAL y Banco Mundial.

Para poder analizar correctamente el Derecho Concursal colombiano, especialmente sobre la intervención del Estado como juez en los procesos de insolvencia empresarial, reviste particular importancia estudiar la influencia de las recomendaciones legislativas de UNCITRAL (CNUDMI en español) y el Banco Mundial. Ello, principalmente porque, a pesar de las críticas realizadas contra los trabajos de estas instituciones internacionales sobre el manejo de las crisis financieras¹⁴⁷, los mismos son referente obligado en materia de Derecho Concursal a nivel mundial en materia de crisis empresariales.

Esta parte del texto propende por encontrar cuáles son las recomendaciones normativas emitidas por UNICTRAL y el Banco Mundial, en concreto alrededor del tema de la intervención judicial en la insolvencia empresarial.

Para revisar estas recomendaciones, previamente deseamos realizar unas consideraciones metodológicas básicas sobre los estudios de Derecho Comparado. Y posteriormente, sí estudiaremos las recomendaciones de UNCITRAL y Banco Mundial, de cara al punto de la intervención judicial en los procesos de insolvencia empresarial.

4.1. Consideraciones metodológicas básicas para realizar un estudio de Derecho Comparado

Si bien el presente no es ni mucho menos un estudio de Derecho Comparado, pues precisamente no se busca comparar ordenamientos jurídicos, sí nos parece relevante estudiar una serie de premisas metodológicas críticas y aclarativas de autores que han estudiado y propuesto alternativas para abordar, lo mejor posible, asuntos de Derecho Comparado, pues acudir a documentos de UNCITRAL y Banco Mundial implica salir de la esfera del ordenamiento jurídico colombiano para entender cómo se piensa, desde organismos internacionales, un asunto como el que nos convoca, que no es otro que el rol de los jueces en Derecho Concursal.

Para lograr ese propósito iniciamos esta parte del texto con base en tres premisas (necesidad, curiosidad y política¹⁴⁸), elaboradas por Ran Hirschl, para estudios de Derecho Comparado Constitucional, adaptadas a nuestra pregunta de investigación, como sigue:

¹⁴⁷ Joseph Stiglitz lleva varios años criticando la incidencia de organismos internacionales sobre las crisis económicas, porque para él muchas de las recomendaciones terminan agravando la situación en vez de mejorarla. Para la crisis de finales del siglo XX puede consultarse. STIGLITZ, J, “Lo que aprendí de la crisis económica mundial”, The New Republic, Cuadernos de Economía, 2000, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935000.pdf>. Sobre la crisis financiera de 2008: STIGLITZ, J, *Caida libre*, Bogotá, Punto de Lectura, 2013.

¹⁴⁸ ¿Qué ha impulsado viajes constitucionales comparados a través de las eras? ¿Por qué ciertos pensadores o comunidades en ciertos momentos se han embarcado en ellos, mientras que otros los han rechazado? Ran Hirschl identifica tres patrones comunes que le permiten entender grandes cambios históricos: i) “La necesidad” es la necesidad sistémica que tienen estructuras políticas muy grandes de gobernar efectivamente sus territorios

1. En muchos sistemas jurídicos existe una necesidad de interacción entre agentes de cambio¹⁴⁹ que rodean el Derecho concursal y las disposiciones normativas para afrontar la crisis empresarial. Entonces, las decisiones legislativas sobre intervención judicial pueden llegar a tener las mismas motivaciones iniciales, pero efectos diferentes en distintos países¹⁵⁰. Es posible que la intervención judicial en procesos concursales pueda tener resultados completamente diferentes en distintos países, pese a que sus gobiernos pudieran haber tenido las mismas consideraciones sobre cambios normativos.
2. En el mundo hay una carrera, matizada por intereses políticos, por encontrar cuál es la mejor fórmula de afrontar una problemática común¹⁵¹, y las crisis económicas no son la excepción¹⁵². Es decir, hay una búsqueda de mejores alternativas en el mundo para ayudar con la tensión constante del Derecho Concursal entre subsistencia de la empresa como unidad productiva y fuente generadora de empleo versus los derechos de los acreedores y la importancia del crédito.
3. Es posible que los países que son minoría en escenarios de producción de nuevas reglamentaciones en Derecho Concursal tengan estrategias de aproximación selectiva hacia las normas de países u organismos internacionales poderosos, con el fin de mantener su identidad normativa¹⁵³. No es lo mismo ser un país que tiene un músculo financiero, político y geoestratégico sólido versus un país que no. Por eso, los “agentes de cambio” consciente o inconscientemente son influenciados por la necesidad, la curiosidad y la política.

La cuarta premisa fundamental para abordar correctamente este capítulo es la siguiente: este es un análisis cercano a “legislación comparada”, en vez de un estudio minucioso de “derecho comparado” con conocimiento total sobre fenómenos jurídicos y teóricos sobre las recomendaciones de UNCITRAL y el Banco Mundial. Puesto que hacer eso desborda el objeto y la metodología de la presente investigación tratar de identificar la teoría detrás de las

multinacionales y jurídicamente diversos, o un instinto de supervivencia que tienen los grupos minoritarios para mantener su identidad y se abren a las normas de otros, porque no son centrales para ellos. ii)” La curiosidad” y el deseo de explicar lo desconocido, encontrar la lógica general de las cosas, o de entender el escenario propio con la comparación con otros. iii) “La política” es la comparación como medio de promover una agenda política concreta y una visión del mundo específica, o un concepto sobre qué es una “buena” sociedad, la que puede ser alentada o destruida al evaluar leyes de otros. HIRSCHL, R, *Asuntos comparativos: el renacimiento del derecho constitucional comparado*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 28,148,186.

¹⁴⁹ Son personas con injerencia en la creación normativa que hagan parte de cualquiera de las tres ramas de poder público, consultores expertos, asociaciones privadas, grupos económicos, bancos, etc.

¹⁵⁰ HIRSCHL, R, *Asuntos comparativos: el renacimiento del derecho constitucional comparado*, Op. Cit., p. 21.

¹⁵¹ HIRSCHL, R, *Ibidem*, pp. 21-22, 146.

¹⁵² STIGLITZ, J, “Lo que aprendí de la crisis económica mundial”, Op. Cit., p.248-

¹⁵³ HIRSCHL, R, *Ibidem*, p. 21.

recomendaciones, tanto en UNCITRAL como en el Banco Mundial, sobre la intervención jurisdiccional mayor o menor en la insolvencia empresarial¹⁵⁴.

Con base en esas cuatro premisas, y de cara a estudiar las recomendaciones de UNCITRAL y el Banco Mundial acerca de intervención judicial en procesos de insolvencia, encontramos necesario plantear los siguientes elementos.

En primera instancia, nos preguntamos: ¿es posible trascender el “horizonte cultural” en el cual el investigador está inmerso?¹⁵⁵ Es prácticamente imposible responder categóricamente con un “sí” o un “no”¹⁵⁶. En consecuencia, desde ya, aceptamos que este breve estudio de legislación concursal “Comparada” tiene algún grado de sesgo de “horizonte cultural,” pues el autor es de origen colombiano y ha sido formado en escuelas de Derecho en Colombia.

En segunda instancia, definitivamente es más fácil reconocer el “sesgo propio” en la toma de decisiones cuando se abordan análisis de Derecho Comparado, que identificar “sesgos ajenos” que apartan la racionalidad del proceso de toma de decisiones¹⁵⁷ en las normas de Derecho Concursal Internacional¹⁵⁸. Llamamos la atención en que aceptamos que la escogencia “arbitraria” de los documentos de UNCITRAL y el Banco Mundial como una decisión con sesgos sobre la pertinencia e importancia de esas dos instituciones por encima de otras instituciones y/o ordenamientos jurídicos.

En tercera medida, debemos reconocer, igualmente, que el enfoque de este documento no es establecer cuál es el mejor sistema o fórmula normativa sobre intervención judicial en Derecho Concursal en el mundo. Es decir, nos abstenemos de llegar a conclusiones generalizables para el Derecho en general como discurso o sistema social, así como en relación con otras formas de

¹⁵⁴Diego López Medina señala al respecto que “(...)El derecho comparado ha sido desafortunadamente, ateorico. Su misión principal ha sido, hasta ahora, en parar normas y no las teorías del derecho que sustentan la comprensión de normas en diferentes jurisdicciones. Aunque el enfoque comparativista centrado en normas ha sido definitivamente rebatido desde hace más de un siglo, los abogados insisten en ejecutar un derecho comprado de baja intensidad focalizado en la comparación, a múltiple columna de reglas vigentes de distintas jurisdicciones. LÓPEZ, D, “*Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2009, p.74.

¹⁵⁵ GRAZIADEI, M, “El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas”, en AJANI, G, y GRAZIADEI, M, *Derecho comprado y teoría jurídica*, Buenos Aires, Ibáñez, 2018, p,21.

¹⁵⁶Michele Graziadei responde a la pregunta diciendo que no existe una medida segura para responder “sí o no” y prefiere hablar sobre la metáfora de la “inversión” en el análisis de los sistemas jurídicos. GRAZIADEI, M, “El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas”, Op. Cit., p, 221.

¹⁵⁷ HIDVEGI, S, *Adquisición de empresas en insolvencia*, Revista Actualidad Concursal, Colombia, 2021. p.4, Disponible en https://observatoriofinancieroymbursatil.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/7/2021/09/REVISTA_ICDC_2021_final-.pdf

¹⁵⁸ Todos los seres humanos tenemos prejuicios y “sesgos” que están ligado con la cultura, la política y la sociedad global, Para conocer estos invitamos a leer a Oscar Mejía Quintana. MEJIA, O, *Cultura, política, sociedad, global y alienación*, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

conocimiento de las ciencias sociales¹⁵⁹, pues todo lo anterior desborda el objeto de investigación propuesto.

Y, en cuarta instancia, nos valemos de la analogía con el denominado “análisis de Derecho Comparado Constitucional” para preguntarnos: ¿este estudio comparativo tiene un sesgo de influencia sobre el poder entre generadores de “reglas de juego” con mayor capacidad de imposición de normas versus países más débiles e influenciables?¹⁶⁰. La respuesta es que sí, pues la escogencia de UNCITRAL y el Banco Mundial viene precedida de la necesidad de estandarización y unificación global de reglas de Derecho Concursal, procesos en los que el Norte Global lleva varios años promoviendo esas ideas. Colombia es un país que debe competir en un mundo globalizado en el que los rankings, como por ejemplo *Doing Business del Banco Mundial*, en su componente de seguridad jurídica o riesgo país, pueden ser parte de los factores para recibir más o menos inversión extranjera.

En quinta instancia, debemos abordar la figura de los trasplantes jurídicos. Para efectos de claridad, sobre el problema de investigación que nos ocupa, vale la pena tratar de responder a la pregunta de Michele Graziadei: ¿qué otras lecciones se pueden aprender mediante el estudio de trasplantes jurídicos sobre la intervención judicial en proceso de insolvencia empresarial?¹⁶¹.

Siguiendo la recomendación sobre “inmersión” en Derecho Comparado, vamos a exponer por qué es prácticamente imposible afirmar, como factor principal de cambio en la historia jurídica y comparada colombiana, que la intervención judicial en los procesos de insolvencia empresarial proviene de un trasplante. Varias razones nos asisten:

- a) Establecer si la intención de los “agentes de cambio”¹⁶² normativo en Colombia era hacer del Derecho Concursal mejor según una experiencia exitosa en otra legislación.
- b) Los “agentes de cambio” pudieron producir reglas de intervención judicial en proceso concursales sin ser conscientes de que eran trasplantes¹⁶³.
- c) Políticas públicas sobre insolvencia empresarial podrían parecer trasplantes, sin realmente serlo, porque son creaciones locales¹⁶⁴.

¹⁵⁹ HIRSCHL, R, *Ibidem*, p. 30.

¹⁶⁰ HIRSCHL, R, *Ibidem*, p. 34.

¹⁶¹ GRAZIADEI, M, “Trasplantes jurídicos y las fronteras del conocimiento jurídico”, en AJANI, G, y GRAZIADEI, M, *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis, Derecho comparado y teoría jurídica*, Buenos Aires, Ibáñez, 2018, p,76.

¹⁶² Personas con injerencia en la creación normativa que hagan parte de cualquiera de las tres ramas de poder público, los consultores expertos, la Superintendencia de Sociedades, etc.

¹⁶³ GRAZIADEI, M, “Trasplantes jurídicos y las fronteras del conocimiento jurídico”, *Op. Cit.*, p,83-85.

¹⁶⁴ GRAZIADEI, M, *Ibidem*, p,84

- d) Los “agentes de cambio” pueden decidir voluntariamente, tras negociaciones con otros Estados u organismos internacionales, emprender y llevar a cabo cambios normativos¹⁶⁵, de lo cual son ejemplo, en Colombia, a principios del siglo XXI, los cambios normativos introducidos por el tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América y las modificaciones de años recientes a normas locales con ocasión del ingreso a la OCDE.
- e) Los trasplantes no son ni buenos ni malos. Son herramientas jurídicas que pueden triunfar o fracasar en un ordenamiento jurídicos por muchas causas. En el caso del Derecho Concursal colombiano, hay casos exitosos como el título 3 de la Ley 1116 que regula la insolvencia transfronteriza según recomendaciones normativas de UNCITRAL¹⁶⁶.
- f) No existe una media de tiempo para establecer si una influencia foránea es realmente una institución jurídica¹⁶⁷ que por una recomendación termina asimilándose dentro del Derecho Concursal colombiano.
- g) Acontecimientos históricos, como la pandemia del Coronavirus, pueden tener respuestas similares o diferentes por ordenamientos jurídicos en el mundo. El espejismo de la universalidad puede crear la ficción de que hay una respuesta única a un evento como lo es la crisis empresarial.

Con base en las consideraciones previamente expuestas, sentimos que hemos planteado elementos necesarios para poder analizar las recomendaciones de organismos internacionales como UNCITRAL y Banco Mundial de cara a realizar una investigación académica de Derecho Concursal colombiano sobre la intervención judicial en los procesos de insolvencia en Colombia.

4.2. UNCITRAL y sus recomendaciones legislativas sobre intervención judicial en procesos concursales

Resulta casi obvio señalar que las instituciones creadas en el período de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial no sólo surgieron por necesidad, curiosidad y política¹⁶⁸, sino porque hacían parte de la agenda de liberalización del comercio al inicio de los albores de la globalización futura¹⁶⁹. En los años sesenta del siglo pasado, los efectos negativos de la Segunda Guerra Mundial sobre el intercambio comercial entre países iban cediendo. El comercio mundial comenzó a expandirse de una forma acelerada¹⁷⁰, pero existían barreras jurídicas que afectaban el comercio internacional,

¹⁶⁵ GRAZIADEI, M, *Ibidem*, p, 95

¹⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 008 de 2018, MP: Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁶⁷ GRAZIADEI, M, *Ibidem*, p,87

¹⁶⁸ HIRSCHL, R, *Ibidem*, p. 28.

¹⁶⁹ HARDT, M y NEGRI, A, *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2002, pp.13-19

¹⁷⁰ ESCALANTE, F, *Historia mínima del neoliberalismo: una historia económica, cultural e intelectual de nuestro mundo de 1975 a hoy*, Madrid, Turner Publicaciones, 2016, pp,91-110.

razón por la cual la Organización de Naciones Unidas, en 1966¹⁷¹, creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional “CNUDMI” (UNCITRAL en inglés).

Como es fácil anticipar, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional “CNUDMI”, en adelante UNCITRAL, tiene como objetivo disminuir las controversias entre distintos ordenamientos jurídicos sobre controversias ocasionadas por contratos mercantiles internacionales. Para cumplir con este objetivo, UNCITRAL emplea varias estrategias:

a) Elaboración y promoción de instrumentos legislativos para la armonización e innovación del Derecho Comercial Internacional¹⁷².

b) Estandarización de reglas de juego mediante: i) técnicas legislativas (convenciones y convenios, leyes modelo, guías legislativas y recomendaciones, disposiciones modelo, conclusión y adopción de textos legislativos)¹⁷³; ii) Técnicas contractuales¹⁷⁴; y iii) técnicas explicativas (guías jurídicas, guías de prácticas y de otra información, declaraciones interpretativas)¹⁷⁵.

c) Propender por la interpretación uniforme de textos legislativos. Desde 1988 UNCITRAL contiene un sistema de información, “CLOUT”¹⁷⁶, que puede ser utilizado por jueces, abogados, empresarios, etc. CLOUT es importante para nuestra pregunta de investigación, dado que es una alternativa de consulta, no obligatoria, pero que puede ser relevante cuando un juez de Derecho Concursal colombiano deba decidir asuntos sobre insolvencia empresarial con ocasión de operaciones internacionales.

Desde este punto, exponemos lo que ha dicho UNCITRAL sobre intervención judicial en procesos de insolvencia empresarial. Desde aquí, es necesario manifestar que UNCITRAL no tiene una postura explícita con recomendaciones universales para todas las insolvencias en relación con el tema de una mayor o menor intervención judicial. Sin embargo, UNCITRAL sí busca que la

¹⁷¹ “La Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la Comisión, las Naciones Unidas podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos”. Todo esto mediante la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 1966. Disponibles en https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate_composition y [https://undocs.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2205(XXI))

¹⁷² UNCITRAL, *Guía de CNUDMI: datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Viena, 2013, pp.14-19. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf>

¹⁷³ UNCITRAL, *Guía de CNUDMI: datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Op. Cit. pp. 21-26

¹⁷⁴ UNCITRAL, *Ibidem*. pp. 26-27

¹⁷⁵ UNCITRAL, *Ibidem*. pp. 27-

¹⁷⁶ Los casos del sistema son Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, ley modelo sobre Comercio electrónico, ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, entre otras. UNCITRAL, *Ibidem*, pp.15-22.

insolvencia tenga una autoridad especializada, es decir, procesos con autoridades (no necesariamente “judiciales”) que, según el tamaño y características de la crisis, atiendan la insolvencia¹⁷⁷. Para precisar lo anterior, revisaremos a) la guía legislativa sobre el régimen de insolvencia, b) las leyes modelo de insolvencia y c) las recomendaciones de insolvencia de microempresas.

a) *Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia*

La guía es el despliegue de uno de los mecanismos que tiene UNCITRAL para lograr la unificación, armonización y estandarización normativa sobre el Derecho Concursal. Se trata de construcciones argumentativas, incluidas en un paquete de recomendaciones, para los “agentes de cambio”¹⁷⁸ de un país. Las distintas guías de insolvencia de UNCITRAL¹⁷⁹ han propendido por resolver con la mayor rapidez y eficiencia posibles: i) las dificultades financieras del deudor; ii) los intereses de las diversas partes directamente afectadas por esas dificultades del deudor; y iii) los efectos negativos sobre orden público tales como el empleo y los impuestos¹⁸⁰.

En este punto, es importante tener presente que “No existe ninguna solución universal para elaborar un régimen de la insolvencia”¹⁸¹. En consecuencia, las guías legislativas no pretenden recomendar fórmulas universales para la intervención del Estado en procesos de insolvencia empresarial. Lo cual no significa que no encontremos algunas recomendaciones sobre los fines que debe buscar un régimen concursal frente al rol de los jueces y los procesos, como son:

- a. Los ordenamientos deben propender equilibrar los intereses del Estado, los deudores y los acreedores mediante la redistribución de los riesgos de la insolvencia¹⁸².
- b. Cada ordenamiento jurídico puede decidir si da una mayor protección al acreedor, al deudor, si busca equilibrio, si prefiere liquidaciones de empresas inviables, etc¹⁸³.

¹⁷⁷ En estudio de UNCITRAL encontramos que el capítulo B de la ley modelo para la insolvencia transfronteriza “perspectiva judicial” muestra cómo la recomendación es la intervención judicial fuerte para proteger los intereses superiores, por el riesgo sobre créditos y deudores en muchos países. UNCITRAL, *La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial*, (Actualizada 2013) pp.15-18, Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/judicial-perspective-2013-s.pdf>

¹⁷⁸ Personas con injerencia en la creación normativa que hagan parte de cualquiera de las tres ramas de poder público, los consultores expertos, la Superintendencia de Sociedades, etc.

¹⁷⁹ UNCITRAL ha elaborado guías para insolvencia en varios años: Guía Legislativa para la Insolvencia de 2004 (general parte uno y dos) (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf); Guía Legislativa para la Insolvencia de 2010 (parte tres con grupos empresariales en insolvencia) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf> ; Guía Legislativa para la Insolvencia de 2019 (obligaciones directores en período cercano a insolvencia incluidos grupos empresariales) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-11276-s.pdf>.

¹⁸⁰ UNCITRAL, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia disponible, en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

¹⁸¹ UNCITRAL, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia, Op. Cit., p.32

¹⁸² UNCITRAL, *Ibidem*, pp.27-32

¹⁸³ UNCITRAL, *Ibidem*, p.32

- c. UNCITRAL busca múltiples opciones para los agentes de cambio de cada país decidan cuál es nivel de intervención judicial en los procesos de Derecho Concursal que necesita cada sistema jurídico.
- d. La intervención judicial ayuda a que la intervención del Estado sea imparcialidad y transparente sobre las situaciones de insolvencia¹⁸⁴. Pero, en situaciones mercantiles como préstamos y soluciones el criterio comercial es más importante que la perspectiva litigiosa que puede tener un juez frente a un promotor o representante de insolvencia¹⁸⁵.
- e. UNCITRAL agrupa hay tres grandes alternativas para escoger la propuesta de diseño normativo que cada ordenamiento decida adoptar: negociaciones voluntarias con intervención judicial mínima o nula¹⁸⁶; procesos¹⁸⁷ de reorganización o liquidación donde la intervención judicial es fuerte y trámites administrativos¹⁸⁸.

b) *Leyes modelo en Derecho Concursal de UNCITRAL*

Las leyes modelo de UNCITRAL también son vehículos para armonizar normas, como las guías legislativas, pero se diferencian en que mientras las guías legislativas consisten en recomendaciones, las leyes modelo implican el desarrollo de textos legales elaborados para ser incorporados a los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Hay dos casos relevantes de leyes modelo relacionadas con insolvencia empresarial: la de insolvencia transfronteriza¹⁸⁹ y la de insolvencia de grupos de empresas¹⁹⁰.

De nuevo, en ambas leyes modelo, UNCITRAL no tiene una postura explícita con recomendaciones universales para todas las insolvencias sobre mayor o menor intervención judicial. Pero reviste especial importancia para la pregunta de investigación la denominada “Ley modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial”¹⁹¹. Además, incluye una interesante regla que hace que una autoridad quede exceptuada de aplicar la ley modelo si afecta el “orden interno”, en virtud de

¹⁸⁴ UNCITRAL, *Ibidem*, pp. 14-15.

¹⁸⁵ UNCITRAL, *Ibidem*, pp. 140-141.

¹⁸⁶ UNCITRAL, *Ibidem*, pp. 27-32, 281.

¹⁸⁷ UNCITRAL, *Ibidem*, pp. 33-38.

¹⁸⁸ UNCITRAL, *Ibidem*, pp. 40-41.

¹⁸⁹ UNCITRAL busca que: i) los acreedores pueden ser de diferentes nacionales al país donde se tramita la insolvencia o en las que el deudor tiene bienes en más de un país. Y ii) la “ley modelo” tiene capítulo donde analiza la forma de incorporarla al derecho local. UNCITRAL, *Ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas (2019)*, disponible en <https://uncitral.un.org/es/mlegi>

¹⁹⁰ UNCITRAL determinó que múltiples deudores que pertenecen a un grupo de empresas, requieren reglas de juego especiales para dar estabilidad y seguridad jurídica a los acreedores y estados. UNCITRAL, *Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia de grupos de empresas con guía para su incorporación a derecho interno (2020)*. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349_mloegi_es.pdf

¹⁹¹ UNCITRAL, *Ley modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial (2011)* Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/judicial-perspective-2013-s.pdf>

la cual, si el operador jurídico de insolvencia considera que al aplicar la norma se genera un estado de “medidas manifiestamente contrarias al orden público”, no debe aplicarse¹⁹², concepto que en el sistema jurídico colombiano se parece a la excepción pública de inconstitucionalidad, a la que pueden acudir todos los servidores públicos, pero con especial relevancia para los funcionarios judiciales¹⁹³.

c) *Recomendaciones legislativas de UNCITRAL sobre la insolvencia de microempresas y pequeñas empresas*

La insolvencia empresarial de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) ha motivado trabajos para un “régimen simplificado de insolvencia”¹⁹⁴.

El régimen de insolvencia simplificado que propuso UNCITRAL hace parte del fenómeno de “desjudicialización”, ya que se busca que el juez concursal intervenga mucho menos que en los procesos de grandes insolvencias¹⁹⁵, para que la definición de la crisis empresarial pueda ser más rápida para empresas que, por su tamaño, no tienen tanto tiempo y recursos para afrontar procesos concursales complejos. En el sistema jurídico colombiano encontramos que la pandemia del Covid-19 desencadenó la adopción, transitoria por el momento, de “la negociación de emergencia”¹⁹⁶ y la “reorganización abreviada”¹⁹⁷ como trasplantes jurídicos externos con adaptaciones al Derecho Concursal colombiano. El primero, proviene de la Comunidad Europea de Naciones¹⁹⁸ y el segundo de la recomendación legislativa para MIPYMES de UNCITRAL¹⁹⁹.

4.3. Banco Mundial y su influencia sobre la intervención judicial en los procesos de insolvencia empresarial.

Para estudiar los lineamientos del Banco Mundial en cuanto a intervención judicial en procesos de insolvencia empresarial, expondremos, primero, la importancia del Banco Mundial y su indicador sobre resolución de insolvencia, para luego cerrar con las recomendaciones sobre intervención judicial en procesos concursales empresariales para el “clima de negocios”.

4.3.1. El Banco Mundial y su indicador sobre resolución de insolvencia

¹⁹² En la Ley 1116 contempla la excepción de “orden interno” en el artículo 91 de la Ley 1116.

¹⁹³ Corte Constitucional, Sentencia SU 132 de 2013, MP: Alexei Julio Estrada.

¹⁹⁴ UNCITRAL, Recomendaciones legislativas de la CNUDMI sobre insolvencia de microempresas y pequeñas empresas. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/part_5_sp.pdf

¹⁹⁵ Incluso, si está en una etapa pre procesal, es casi nula su intervención, para intervenir solamente como un control *ex post* al acuerdo o liquidación según corresponda

¹⁹⁶ Colombia, Decreto Legislativo No. 560 de 2020.

¹⁹⁷ Colombia, Decreto Legislativo No. 772 de 2020.

¹⁹⁸ PRIETO, C, “La negociación de emergencia”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020, p.275.

¹⁹⁹ El mecanismo de negociación de emergencia no es un instrumento que surgió únicamente por el Coronavirus en Colombia. Sin embargo, la pandemia aceleró la necesidad de implementarlo en el país y habrá que esperar si el legislador decide mantener vigente el proceso o crear uno que esté basado en las recomendaciones legislativas de la UNCITRAL sobre insolvencia de micro, pequeñas y medianas empresas.

El Banco Mundial, desde su creación después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, y a lo largo de distintas etapas²⁰⁰, ha procurado influir en los países para ayudar en la transición del cambio económico y social de cada uno de ellos. Para lograr esos objetivos, ha prestado dinero, asistido, reconstruido, financiado, etc. a muchos Estados e instituciones a lo largo del planeta. El Banco Mundial incluye, desde 2015, en su clasificación anual sobre el clima de los negocios “*Doing Business*” el indicador sobre resolución de insolvencia.

El indicador de “resolución de insolvencia” evalúa el tiempo, costo y resultado de los procesos concursales que afectan a las empresas de un país²⁰¹. Para establecer las puntuaciones, el indicador emplea una metodología²⁰² para crear un índice sobre un caso común para varios sistemas jurídicos, con cuestionarios que responden abogados expertos en Derecho Concursal de cada país que, a su vez, son comparados con la normas e información pública de cada Estado. Finalmente, todos esos datos son comparados y el Banco Mundial establece una puntuación sobre la facilidad o no de la recuperación de la deuda y la fortaleza de marco regulatorio²⁰³.

Los criterios del índice de resolución de insolvencia se actualizan con base en buenas prácticas de dos fuentes principales: a) informe “*Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*”²⁰⁴, que el Banco Mundial elabora y actualiza; y b) la guía legislativa sobre régimen de insolvencia de UNCITRAL que analizamos hace unos renglones atrás.

4.3.2. Recomendaciones del Banco Mundial sobre intervención judicial procesos concursales para el “clima de negocios”

En este punto, es necesario preguntarse, pues, cuáles son las recomendaciones del Banco Mundial sobre la intervención judicial en procesos de insolvencia empresarial. Y, si las hay, en qué consisten. La respuesta a esta pregunta se encuentra consignada en el documento “*Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*”. Allí, hay dos recomendaciones especiales sobre la pregunta de investigación que nos ocupa: la primera es la intervención judicial mínima; y

²⁰⁰ BANCO MUNDIAL, *Historia el Grupo Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional*, Disponible en <https://www.bancomundial.org/es/about/history>

²⁰¹ BANCO MUNDIAL, *Resolución de la insolvencia*, Disponible en <https://espanol.doingbusiness.org/es/methodology/resolving-insolvency>

²⁰² DJANKOV, S, HART, O, MCLIESH, C y SHLEIFER, A, *Debt Enforcement around the world*, 2008, Journal of Political and Economy, Vol 116, No6, University of Chicago, Disponible en <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Methodology/Supporting-Papers/DB-Methodology-Debt-Enforcement-around-the-World.pdf>

²⁰³ BANCO MUNDIAL, *Resolución de la insolvencia*, Op. Cit.

²⁰⁴ BANCO MUNDIAL, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2021. Disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

la segunda, de nuevo, busca la desjudicialización del proceso concursal, empleando mecanismos alternativos de solución de conflictos.

4.3.2.1. El Banco Mundial y la intervención judicial mínima en insolvencia empresarial

En el año 2004 el Banco Mundial propició una reunión denominada “Reestructuración Corporativa: lecciones desde la experiencia”,²⁰⁵ en palabras de Eric Rodríguez el Banco: “logró agrupar en una sola mesa de discusión a reguladores, jueces de insolvencia, la banca de inversión, la banca multilateral y en general, todo un conjunto de expertos”²⁰⁶. Quienes recomendaron una década antes de la pandemia del coronavirus que la intervención del Estado no puede ser un sistema estandarizado. Así como también, debe ponderarse cómo monitorea o interviniente tempranamente en los casos de riesgo de insolvencia.

El propósito del Banco Mundial, en relación con una intervención judicial mínima en la insolvencia empresarial²⁰⁷ es limitar el poder de los jueces. Esto, sin embargo, es tan difícil de implementar como una receta mágica para todos los casos. Sobre todo, en los casos en que hay controversias sobre derechos entre las partes interesadas en una crisis empresarial. Dicha tendencia se puede rastrear como un trasplante jurídico que lleva varios años intentando persuadir a “agentes de cambio”²⁰⁸ para que:

- i) Modifiquen los sistemas de protección a los deudores, cuando los mismos no tengan mecanismos de cobro efectivos sobre créditos impagados, que consisten en insuficiencia o funcionamiento ineficaz del cobro, e inexistencia de mecanismos de cobro con mínima intervención judicial²⁰⁹. Así, por ejemplo, el Banco Mundial recomendó a Colombia, después de la crisis de finales de los noventa del siglo pasado, incluir en las normas locales unos mecanismos privados de ejecución con mínima intervención judicial²¹⁰.

²⁰⁵ BANCO MUNDIAL, Reestructuración corporativa: lecciones desde la experiencia, 2004, Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/ru/471241468153871043/pdf/344150SPANISH0101OFFICIAL0USE00NLY1.pdf>

²⁰⁶ RODRÍGUEZ, E, *Decreto legislativo 560, una medida importante para la crisis empresarial*, Revista Actualidad Concursal, 2021, p.14.

²⁰⁷ BANCO MUNDIAL, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, Op. Cit. pp. 39-39.

²⁰⁸ Personas con injerencia en la creación normativa que hagan parte de cualquiera de las tres ramas de poder público, los consultores expertos, la Superintendencia de Sociedades, etc.

²⁰⁹ ROUILLON, A, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, 2006, pp.26,29-30, 47. Disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1515/Colombiaderechosdecreditoypromocionconcursales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²¹⁰ ROUILLON, A, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, 2006, Op. Cit., p.5.

- ii) Creen mecánicos extrajudiciales (preconcursoales o paraconcursoales) con la mínima intervención de una autoridad formal²¹¹.

4.3.2.2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos en insolvencia empresarial para hacer más rápidas predecibles la insolvencia

El Derecho Concursal proviene de relaciones entre partes interesadas que han transitado por relaciones comerciales. Por ende, es tentador pensar en que podrían resolverse los problemas de una crisis empresarial sin la necesidad de la intervención de autoridades judiciales. De hecho, el Banco Mundial²¹² tiene como una de sus recomendaciones, para mejorar la seguridad jurídica de un país, el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos extrajudiciales (MASC), es decir, sin la intervención de jueces. Además, el Banco propende, al igual que UNCITRAL, porque se apliquen los MASC en micro, pequeñas y medianas empresas²¹³. El indicador de “resolución de insolvencia” “predice usualmente procesos de insolvencia empresarial demorados,²¹⁴ pero, con mecanismos extraprocesales como los MASC, podría ser mucho más veloz la solución a una posible crisis de insolvencia empresarial.

²¹¹ BANCO MUNDIAL, *Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores*, p. 90

²¹² BANCO MUNDIAL, *Ibidem*, p. 38.

²¹³ BANCO MUNDIAL, *Ibidem*, pp. 14-16.

²¹⁴ BANCO MUNDIAL, *Ibidem*, pp. 17-18.

5. Problemáticas alrededor de la intervención del Estado colombiano a través de la Superintendencia de Sociedades como juez en la insolvencia empresarial

Este capítulo del texto invita al lector a hacer un recorrido, desde la perspectiva de la reorganización empresarial, por uno de los temas más paradigmáticos del Derecho en Colombia durante los últimos 30 años: “el rol del juez frente a la ley y el poder del juez cuando interviene en los procesos judiciales”. Se trata, pues, de un esfuerzo por entender cuáles son las tensiones más relevantes frente este asunto, desde los ojos del Derecho Concursal, donde los lectores pueden tener más insumos para que construyan su propia posición sobre algunas problemáticas generales que pueden existir por la intervención jurisdiccional del Estado a través de los jueces concursales en procesos de insolvencia empresarial.

El Derecho Concursal es una especie de unidad de cuidados intensivos (UCI) para las empresas en crisis²¹⁵. Dependiendo de la gravedad, características y naturaleza propia de cada empresa, puede haber alternativas de intervención jurisdiccional que determinan si el paciente empresarial muere (liquidación) o vive (reorganización). De manera, pues, que este capítulo les dará a los lectores varias herramientas conceptuales para entender las distintas posiciones generales sobre la intervención judicial en Colombia. Esto tiene el indudable valor de construir bases sólidas para entender las posiciones más representativas que se necesitan para analizar debidamente este tema. Pero, además, ofrece al lector la posibilidad de ver los problemas y dilemas que enfrentan los jueces, tanto de la Superintendencia de Sociedades como los Civiles del Circuito en la insolvencia empresarial.

Ahora bien, esta parte del texto no sólo aborda el choque entre posiciones, sino que también busca ayudar a construir un dialogo crítico sobre la necesidad imperante de armonizar las posturas en la reorganización empresarial colombiana. Valiéndose de las recomendaciones foráneas que vimos en el capítulo cuarto²¹⁶, y especialmente, con base en el marco de la Constitución Política de

²¹⁵ Comparar el Derecho Concursal con las unidades de cuidados intensivos es una analogía frecuente para explicar la importancia de la insolvencia para las empresas. A continuación, dejamos algunos ejemplos del uso de dicha comparación, que se intensificó durante la pandemia del Coronavirus, por la conexión entre el riesgo de muerte de las personas y la crisis empresarial. i) URRUÑADA, V, *Interpretación positiva del derecho concursal español y propuestas para una reforma equilibrada*, España, 2021. Disponible en <https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2021/07/FPP2021-08.pdf>. ii) CASTILLO, CASTRILLÓN ABOGADOS. *Preconcurso y concurso de acreedores, las UCI para miles de empresas ante el Coronavirus*, Valencia, 2021. Disponible en <https://castillocastrillonabogados.com/preconcurso-y-concurso-de-acreedores-las-uci-para-miles-de-empresas-ante-el-coronavirus/>. iii) FERRARI, E, *La U.C.I. de tus finanzas*, 2020, Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/la-uci-de-tus-finanzas-enric-mart%C3%AD-ferrari/?originalSubdomain=es.Y>, iv) FERNÁNDEZ, J, *Dopaminas y derecho concursal*, 2021, Disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/11/12/dopaminas-y-derecho-concursal/>

²¹⁶ La principal conclusión del análisis realizado en el capítulo cuarto de es que: por un lado, UNICITRAL no tiene una solución universal para elaborar un régimen de insolvencia. Por lo tanto, tampoco existe una única recomendación internacional sobre la intervención judicial en la insolvencia empresarial. Pero, sí encontramos que, dependiendo de la complejidad de la situación de insolvencia, puede haber casos en que se recomienda menor intervención sobre la crisis empresarial, y otros casos en que, por las dificultades de la crisis, sea absolutamente necesario que se realice

1991²¹⁷. Para cumplir con el objetivo de este capítulo, en un primer apartado se responderá a la pregunta: ¿por qué las instituciones concursales colombianas están ligadas al desarrollo económico del país? En una segunda parte se responde a la pregunta: ¿cuáles son las formas en las que el Estado colombiano otorga funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas? Después, estudiaremos tres visiones sobre la intervención judicial en el sistema jurídico colombiano. Y, por último, vamos a responder a la pregunta: ¿cuáles son los problemas asociados a la intervención jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades como juez de la insolvencia empresarial?

5.1. ¿Por qué las instituciones concursales colombianas están ligadas al desarrollo económico del país?

El Derecho es un instrumento fundamental para estimular o impedir el progreso²¹⁸. Es decir, el Derecho no sólo es un mecanismo de protección de derechos, sino que también está estrechamente ligado a las instituciones y el desarrollo económico de un país²¹⁹. Esta afirmación sirve, a su vez, para entender que el Estado y el desarrollo económico necesitan que el Derecho sea creado y aplicado en condiciones razonables para los distintos sujetos de Derecho en una sociedad. Las normas se crean, se interpretan o se aplican para regular relaciones sociales en distintos momentos

todo ante un juez concursal. Y por el lado del Banco Mundial se recomienda desjudicializar la insolvencia y una menor intervención judicial.

²¹⁷ En el capítulo tercero analizamos cómo la intervención del Estado colombiano, a través de jueces, en los procesos concursales, es una expresión de la hegemonía de la Constitución de 1991 como fuente del Derecho Concursal. Ese poder estatal se materializa en la intervención de jueces concursales en la insolvencia mediante un marco constitucional que responde a dos categorías jurídicas planteadas por Juan José Rodríguez: los “indicadores de constitucionalidad sobre el Derecho Concursal” y los “métodos de interpretación de la ley concursal”.

²¹⁸ Aurelio Gurrea, una de las voces más autorizadas en el mundo del Derecho Concursal en la actualidad, en un artículo de 2018 que realizó con ocasión de una invitación del ex superintendente Francisco Reyes por los 10 años de la expedición de la norma para las sociedades por acciones simplificadas en Colombia, condensa una poderosa idea sobre el Derecho: “el derecho no solo constituye un instrumento de tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino también un poderoso mecanismo para promover o, en su caso, impedir el progreso, la innovación, el crecimiento económico y los avances sociales”. GURREA, A, “La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica”, en Francisco Reyes Villamizar (Coordinador), *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, Bogotá, Legis, 2018, p.155.

²¹⁹ Para profundizar en este apasionante tema, es posible revisar, entre otros, los siguientes autores y textos: i) North, premio Nobel de Economía de 1993, explica las instituciones como “reglas de juego” que afectan la interacción económica y pueden ayudar o no con el desarrollo económico. NORTH, D, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006; ii) Levine analiza cómo el crecimiento económico de un país está fuertemente influenciado por su sistema jurídico, clasificando mejores prácticas para estimular la seguridad jurídica de los agentes del mercado. LEVINE, R, *Law, Finance and Economic Growth*, Journal of Financial Intermediation, Volume 8, 1999. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1042957398902558?via%3Dihub#aep-abstract-id3>. iii) Alexander Popov, en representación del Banco Central Europeo, analiza el desarrollo económico de los países frente al Derecho, desde la confianza y crecimiento sostenido que han tenido los países con mayor estabilidad en la repuesta al crédito. POPOV, A, *Evidence on finance and economic growth*, European Central Bank “Eurosystem”, Working Paper Series, No. 2115, 2017, Disponible <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2115.en.pdf>

históricos²²⁰. Y es en este contexto en el que la innovación en el intercambio e intermediaciones comerciales ha necesitado de instituciones jurídicas²²¹, para el desarrollo de la humanidad²²², tal como lo describe Aurelio Gurrea Martínez:

“(...) Sin la responsabilidad limitada de las sociedades difícilmente habrían podido aglutinarse las grandes cifras de capital que favorecieron la Revolución industrial, o que en la actualidad permiten la expansión y financiación de empresas (...) sin la existencia de patentes, no se habrían producido los principales avances médicos y tecnológicos de los últimos tiempos, o sin las condiciones generales de la contratación los ciudadanos no disfrutaríamos de manera inmediata y gratuita de números bienes y servicios (...)”²²³.

La reorganización empresarial es parte de las instituciones jurídicas colombianas que pueden contribuir, positiva o negativamente, al progreso del país por varias razones. De un lado, la empresa es una realidad económica y jurídica²²⁴, que le importa no sólo al Derecho sino a la sociedad en general y, especialmente, es un vehículo legal que cumple una función social para el desarrollo económico que es promovido y protegido por la Constitución de 1991²²⁵. Y, por el otro lado, cuando las crisis llegan a las empresas, el marco normativo e institucional son “las reglas de juego”²²⁶, mientras que la forma en que deudores y acreedores se comportan, determina los “patrones de acción”²²⁷ sobre cómo se define si se reorganiza o se liquida una empresa, cuánto tiempo se demora en definirse su situación concursal, qué garantías tienen los acreedores frente al deudor, antes, durante y después de la reorganización o liquidación, entre otros asuntos.

En este punto, debemos expresar que las leyes y las instituciones jurídicas tienen el potencial de influir en el comportamiento de los individuos y su bienestar²²⁸. Es decir, las instituciones, como reglas de juego dictadas por el Derecho, pueden llegar a influir en el comportamiento de los

²²⁰ LÓPEZ, D, *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América latina*, 26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Colombia, 2015, p.120 Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

²²¹ North, D, *Ibidem*, pp. 13-97.

²²² GURREA, A, “La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica”, *Op. Cit.* pp.155-157, 165,191.

²²³ GURREA, A, *Ibidem*. p.156.

²²⁴ La empresa es la convergencia de tres elementos: i) objetivo “actividad económica organizada”; ii) subjetivo “empresario mercantil”; y iii) funcional o instrumental “establecimiento de comercio”. CASTRO, M, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, México, Temis, Segunda Edición, 2018, pp.99-108.

²²⁵ CASTRO, M, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, *Op. Cit.*, p.99.

²²⁶ MADRIÑAN, R, “La sociedad por acciones (SAS) y su impacto en el desarrollo: un análisis frente a la inversión extranjera y el emprendimiento”, en Francisco Reyes Villamizar (Coordinador), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, pp.295-297.

²²⁷ MADRIÑAN, R, “La sociedad por acciones (SAS) y su impacto en el desarrollo: un análisis frente a la inversión extranjera y el emprendimiento”, *Op. Cit.* p.297.

²²⁸ GURREA, A, *Ibidem*, pp.177,180,182-183.

humanos frente a incentivos positivos o negativos, que pueden ser económicos o no, y que, de implementarse, pueden lograr que los individuos se comporten lo más parecido a lo que busca una política pública consignada en una norma²²⁹. Entonces, las instituciones colombianas de reorganización empresarial tienen conexiones con el crecimiento y desarrollo económico del país, en la medida en que: i) los potenciales acreedores de las empresas sepan que pueden tener prioridad para que sean atendidas sus deudas, en condiciones razonables; ii) los contratos puedan ser forzados a cumplirse eficientemente; y iii) contar con información financiera fiable para clasificar los niveles de riesgo sobre los sujetos de créditos e inversión²³⁰.

Es necesario señalar que cualquier reforma legal va a tener “ganadores y perdedores”. En palabras de Aurelio Gurrea “(...) para que tenga sentido en materia económica realizar una reforma legal (...) las ganancias de los vencedores deberían resultar superiores a las pérdidas de los perdedores. De esta manera, incluso podría compensarse a los perdedores”²³¹.

De otro lado, para responder a la primera pregunta de este capítulo sobre por qué las instituciones concursales colombianas están ligadas al desarrollo económico del país, debemos tener clara cuál es la importancia de las empresas para Colombia. En efecto, tal como se revisó en el tercer capítulo de este texto, las empresas son fuente de desarrollo económico de un país²³². Eso significa que las empresas no son sólo vehículo de generación de riqueza²³³ para sus propietarios, sino que también son ficciones jurídicas y económicas en las que convergen asuntos fundamentales para cualquier país. Es decir, el potencial incumplimiento generalizado de obligaciones es un asunto tan importante para la economía que no puede dejarse en manos de los agentes económicos más fuertes²³⁴. En el siglo XXI es una ficción creer que un Estado, por sí mismo, sin la intervención de agentes económicos privados, pueda ser capaz de extraer materias primas, realizar todas las cadenas de intermediación y transformación necesarias para todos los bienes y servicios que demandan los consumidores.

Dicha relevancia se hace explícita en el monitoreo periódico que realiza el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) sobre el comportamiento de las empresas desde varias perspectivas relevantes para la economía colombiana, como son:

- i) Principal fuente de empleo en Colombia²³⁵. Las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas (PYMES), son los vehículos para entregar oportunidades laborales y

²²⁹ GURREA, A, *Ibíd.*, p.181.

²³⁰ LEVINE, R, *Law, Finance and Economic Growth*, Journal of Financial Intermediation, Op. Cit, pp. 11-23,32-33.

²³¹ GURREA, A, *Ibíd.*, p.186.

²³² MONTIEL, C, Op. Cit. pp. 122-123.

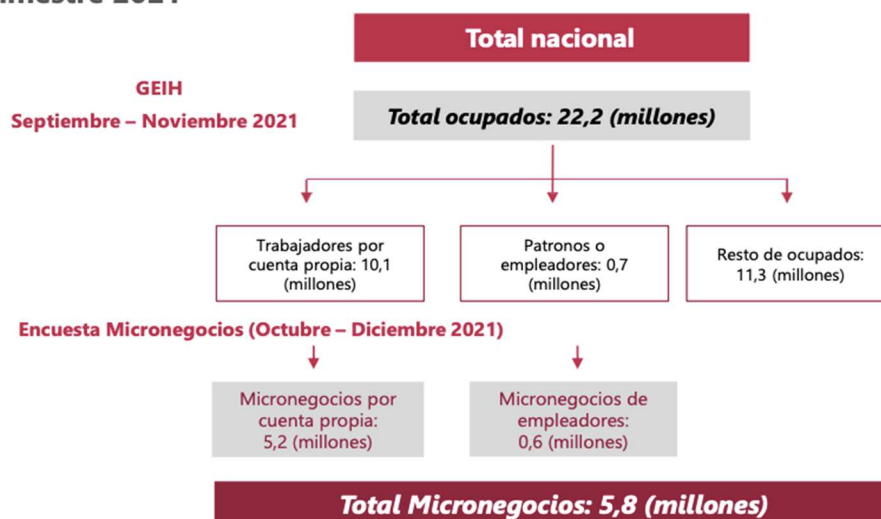
²³³ GOLDRATT, E, *La meta: un proceso de mejora continua*, Op. Cit.

²³⁴ POLANIA, N, “El problema de la solicitud oportuna del concurso”, en Sebastian Salazar Castillo (Director), *Revista Colombiana de Derecho Procesal No 1*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho Procesal (CEDEP), 2022, p.1. Disponible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=493d988bc7664b5f7dd2b6cb8571d1d1>

²³⁵ MINISTERIO DE TRABAJO, *Ibíd.*

riqueza en Colombia. Según el DANE, a finales de 2021²³⁶ las empresas son los grandes empleadores del país, con cerca de 22,2 millones de trabajos distribuidos entre 5,4 y 5,8 millones de micronegocios²³⁷.

Cantidad de micronegocios en el país IV Trimestre 2021



Fuente: DANE-GEIH-EMICRON²³⁸

- ii) Representan la mayoría de las actividades industriales del país. En Colombia, las MIPYMES (micro, pequeñas y medianas empresas) son la mayoría de los negocios que responden por distintas actividades económicas fundamentales para la sociedad²³⁹, como son: servicios, comercio, industria, construcción, agricultura y el resto de actividades.
- iii) Bienestar para la sociedad. Las empresas son un elemento fundamental para que pueda acelerarse el crecimiento y mejorar las condiciones sociales de Colombia. Las empresas

²³⁶ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Encuesta de micronegocios IV trimestre 2021”, p.14, Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/micronegocios>

²³⁷ Un micronegocio en la metodología de análisis del DANE es “una unidad económica con máximo 9 personas ocupadas, que desarrolla una actividad productiva de bienes o servicios, con el objeto de obtener un ingreso, actuando en calidad de propietario o arrendatario de los medios de producción”. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/micro/Pres-micronegocios-2020-ene-oct.pdf>

²³⁸ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Encuesta de micronegocios IV trimestre 2021”, Op. Cit. p.14,

²³⁹ Confederación colombiana de Cámaras (CONFECAMARAS), “Dinámica de creación de empresas en Colombia: enero-diciembre de 2021”, p.5, Disponible en: <https://confecamaras.org.co/phocadownload/2022/Informe%20Din%C3%A1mica%20de%20Creaci%C3%B3n%20de%20Empresas%202021.pdf>

ayudan a satisfacer necesidades de la gente, crean empleos, y mejoran la competitividad del país²⁴⁰.

5.2. ¿Cuáles son las formas en las que el Estado colombiano otorga funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas?

El Estado colombiano tiene un conjunto de herramientas legales y económicas que otorgan poder jurisdiccional a autoridades administrativas, como las superintendencias, para que esas instituciones ayuden a resolver asuntos de manera especializada²⁴¹ y descongestionar los despachos judiciales²⁴². Para poder asignar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas se deben cumplir los siguientes requisitos, con base en el artículo 116 de la Constitución de 1991²⁴³: a) la función jurisdiccional debe ser atribuida por la ley; b) la competencia debe ser atribuida en materias precisas; c) la autoridad administrativa debe ser determinada; d) las funciones no pueden versar sobre procesos sumarios o para juzgar delitos; e) la función jurisdiccional debe ser ejercida con independencia e imparcialidad; y f) fijar las reglas para proteger los derechos de las partes.²⁴⁴

En Colombia existen varias autoridades administrativas a las que se les ha revestido de funciones jurisdiccionales, que de alguna manera se relacionan con la actividad empresarial, en desarrollo del artículo 116 constitucional, como son²⁴⁵:

- i) Superintendencia de Industria y Comercio. El legislador colombiano entregó a dicha Superintendencia, a través del Estatuto del Consumidor, la competencia para conocer de procesos por: violación a los derechos de los consumidores, violaciones a las normas de competencia desleal, y la posible infracción de derechos de propiedad industrial.

²⁴⁰ VIVES, A, "Prologo". en KANTIS, H, (Coordinador), *Desarrollo emprendedor: América Latina y la experiencia internacional*, Bogotá, Banco Interamericano de Desarrollo (Fundes Internacional), 2004, p.5,

²⁴¹ Andrés Parias plantea la importancia de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las superintendencias como un mecanismo efectivo y oportuno para administrar justicia comercial. Con base en esa idea, construimos parte de la relevancia simbólica que tienen las funciones jurisdiccionales sobre la intervención del Estado en ciertos momentos de la empresa. PARIAS, A, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades en el derecho comercial*, Tesis Pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p.14. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/55334/Tesis-08.pdf?sequence=1>

²⁴² Las políticas de apertura y privatización económicas de mediados de los años noventa del siglo pasado, hicieron parte de las modificaciones legislativas en las que se buscó implementar alternativas para disminuir la moratoria en la definición de asuntos judiciales en la jurisdicción ordinaria. Para mayor detalle sobre este fenómeno en Colombia puede consultarse; i) la exposición de motivos de para la expedición de la Ley 446 de 1998; y ii) VASQUE Z, M, *El Código General del Proceso colombiano: entre humanización y eficientísimo*, Barranquilla, Ibañez, 2014, p.83 y ss.

²⁴³ MONTIEL, C, *Ibidem*. p. 149.

²⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C 436 de 2013, MP: Mauricio González Cuervo.

²⁴⁵ Para conocer en más detalle las funciones jurisdiccionales de las superintendencias en Colombia, recomendamos consultar la tesis de doctorado de Nelson Hernández de la Universidad del Norte. HERNÁNDEZ, N, *Análisis de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias en Colombia a partir de la organización de los poderes públicos: poderes ejecutivos y judicial*, 2021, Universidad del Norte, Disponible en: <https://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/9868/Tesis%2072270885.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- ii) Superintendencia Financiera. Tiene competencia, establecida por el artículo 24 del Código General del Proceso, para conocer de los procesos relacionados con controversias de consumidores financieros contra entidades relacionadas con actividades financieras, bursátil, aseguradora, o sobre toda conducta derivada de la captación de recursos del público.
- iii) Dirección Nacional de Derechos de Autor. Es competente para conocer de los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos²⁴⁶.
- iv) Instituto Colombiano Agropecuario. Conoce de los procesos por infracción a los derechos a obtener variedades vegetales²⁴⁷.
- v) Defensores y comisarías de familia. Todos los asuntos relacionados con el Código de Infancia y Adolescencia²⁴⁸.
- vi) Superintendencia de Sociedades. Esta entidad tiene dos grandes tipos de funciones jurisdiccionales: por un lado, encontramos los asuntos relacionados con el Derecho Concursal (reorganización empresarial, insolvencia de personas naturales comerciantes²⁴⁹ y de los procesos creados por la emergencia de la pandemia). Y por el otro, varios asuntos relacionados con el derecho societario colombiano²⁵⁰.

Para completar el panorama sobre cuáles son las formas como el Estado otorga funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, hay varios autores que han identificado patrones en

²⁴⁶ Ley 23 de 1982 y Código General del Proceso, Art 24, No. 3, Lit. b.

²⁴⁷ Decisión 345 del 29 octubre de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, Ley 143 de 1994, Decreto 533 de 1994 y Ley 243 de 1995.

²⁴⁸ Ley 1098 de 2006

²⁴⁹ Código General del Proceso, Art. 19.

²⁵⁰ Delegatura para Asuntos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Guía de litigio societario, disponible en https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Documents/Guia_de_litigio_societario_con_garantias_mobiliarias.pdf Donde encontramos algunas funciones como las siguientes: a) controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos; b) resolver conflictos societarios (Código General del Proceso, Art 24, Num 5, Lit.a.). c) Diferencias entre accionistas, o entre ellos y las sociedades o entre ellos o sus administradores, en desarrollo del contrato social o de un acto unilateral (Código General del Proceso, Art 24, Num 5, Lit.a.). d) La declaración de nulidad de actos defraudatorios y la destinación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, siempre que se usen en fraude de la ley o perjuicio de terceros (Código General del Proceso, Ibidem, Art 24, No. 5, Lit. d.). e) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión (Código General del Proceso, Ibidem, Art 24, No.5, Lit. c.). f) De la indemnización en los casos de abuso de mayoría, como de los de minoría y paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho al voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la empresa o a otros accionistas, o de obtener para sí o para un tercero ventajas injustificadas, o sobre el voto del que pueda resultar el perjuicio para la compañía o para otros accionistas. (Código General del Proceso, Ibidem, Art 24, No. 5, Lit. e.), etc.

respuesta a esta pregunta, que pueden resumirse así²⁵¹: en primer lugar, que las autoridades administrativas buscan proteger el interés general de los actores económicos mediante la inspección, vigilancia y control de algunos entes económicos, asignados a cada entidad estatal. Es decir, hace parte de las instituciones que propenden por garantizar las funciones públicas del Estado. En segundo lugar, el Estado puede otorgar, excepcionalmente, el poder jurisdiccional a autoridades administrativas, para conocer de asuntos muy especializados. Estas funciones de juez competente para conocer de eventuales asuntos litigiosos, que requieren de un proceso judicial en el que se dirima la controversia con una sentencia ejecutoriada y en firme, implican que dicha institución debe actuar con total autonomía, independencia e imparcialidad²⁵². Y, en tercer lugar, constituye punto de absoluta diferenciación entre las funciones administrativas y las judiciales en cabeza de estas autoridades, la fuerza de sus decisiones²⁵³. De ahí que las decisiones judiciales gozan del efecto de cosa juzgada y, por ende, la determinación es definitiva una vez esté ejecutoriada. Mientras que las decisiones administrativas pueden ser revocadas por la misma administración y o vía control judicial²⁵⁴.

Ahora bien, según el artículo 24 del Código General del Proceso, es necesario tener presentes varias reglas que son fundamentales para comprender cuáles son las formas en que el Estado reviste de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas²⁵⁵;

- i) Competencia a prevención (Inc.1, Par.1). Las partes pueden escoger entre iniciar el proceso ante los jueces ordinarios (autoridad legalmente competente) o ante la autoridad administrativa (entidad autorizada para ejercer funciones jurisdiccionales en una materia específica), en el caso en que se permita esa posibilidad.
- ii) Identidad en las vías judiciales (Inc.1, Par.3). Los procesos deben tramitarse mediante las mismas reglas procesales, bien sea que se trate de un juez ordinario o de una autoridad administrativa habilitada para ejercer funciones jurisdiccionales.

²⁵¹ 1. HERNÁNDEZ, N, *Análisis de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias en Colombia a partir de la organización de los poderes públicos: poderes ejecutivos y judicial*, 2021, Universidad del Norte, pp. 219-226. 2. PARIAS, A, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades en el derecho comercial*, Tesis Pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p.14. 3. Diana Carolina Campos en CAMPOS, D, “¿Usurpación de las funciones jurisdiccionales a cargo de las autoridades administrativas?”, en Horacio Cruz Tejada (Coordinador), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Bogotá, Segunda Edición, Universidad de los Andes, 2017. p.112. Y 4. ROBLEDO, P, *Funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas*, Bogotá, 2013. p.62. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/02pablo-feliple-robledo.pdf>

²⁵² CAMPOS, D, “¿Usurpación de las funciones jurisdiccionales a cargo de las autoridades administrativas?”, en Horacio Cruz Tejada (Coordinador), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Op. Cit. p.112.

²⁵³ HERNÁNDEZ, N, *Análisis de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias en Colombia a partir de la organización de los poderes públicos: poderes ejecutivos y judicial*, Op. Cit., p.90.

²⁵⁴ HERNÁNDEZ, N, *Ibidem*, p.90.

²⁵⁵ ROBLEDO, P, *Ibidem*. pp.62-66.

- iii) Inexistencia de control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre las decisiones judiciales tomadas por la autoridad administrativa (Inc.2, Par.3). Cuando una autoridad administrativa tiene competencia jurisdiccional, sus actuaciones judiciales son eso, actos de juez y no actos administrativos. Por eso, el control de los mismos sigue la suerte de los actos judiciales.
- iv) Uniformidad en los medios de impugnación en doble o única instancia (Inc.3, 4 Par.3). Si un proceso tiene dos instancias, o si es de única instancia, la primera o única instancia debe tramitarse ante la autoridad jurisdiccional facultada como juez. Sin embargo, cuando proceda el recurso de apelación, por disposición legal, en contra de las sentencias de la autoridad administrativa, dicho recurso debe ser conocido por el superior funcional del juez desplazado en primera instancia²⁵⁶.

A pesar de todo el andamiaje normativo previamente descrito, es importante señalar una problemática en torno al acceso a información sobre las autoridades administrativas que ejercen funciones judiciales en Colombia. En el ordenamiento jurídico existe un Plan Decenal de Justicia 2017-2027²⁵⁷, en el que se busca, entre muchas cosas, que la información sobre las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales sea estándar y unificada. Pero, fruto de la presente investigación, encontramos que es difícil establecer: i) si se cumple con el propósito del plan de tener coordinación entre la justicia de la rama judicial frente a las autoridades administrativas jurisdiccionales²⁵⁸; ii) cuáles son los fallos, los tiempos, cantidad de sentencias, etc. que las autoridades con funciones jurisdiccionales revisan y deciden en períodos de tiempos procesales anuales; y iii) si bien escapa al objetivo de la presente investigación, es un hecho innegable que sin información confiable es prácticamente imposible establecer si realmente las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales están respondiendo a la descongestión judicial y con la especialidad que se espera de sus actuaciones. En consecuencia, se hace evidente para la administración de justicia colombiana la necesidad imperiosa de contar con un sistema unificado de información que permita entender qué pasa con los procesos y la forma cómo se implementan las decisiones jurisdiccionales de autoridades administrativas²⁵⁹.

²⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 415 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

²⁵⁷ Colombia, Plan Decenal de Justicia 2017-2027. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>

²⁵⁸ Son tres estrategias que buscan mejorar el acceso y participación de la justicia: i) accesibilidad; ii) falta de divulgación de resultados y iii) corrupción. Plan Decenal de Justicia 2017-2027. Op. Cit.

²⁵⁹ Existen tres investigaciones que convergen en resultados similares: la primera, UPRIMMY, R y VILLADIEGO, C, “La gestión del sector jurisdiccional”, en GARCÍA, M y CEBALLOS, M (Editores), *Democracia, Justicia y sociedad: diez años de investigación de Dejusticia*, Op. Cit. p.251-258. La segunda, CORPORACIÓN EXCELENCIA PARA LA JUSTICIA. *Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento*. Bogotá, 2016. p. 23. Disponible en: <http://www.cej.org.co/index.php/publicaciones-categoria/71-reforma-a-la-justicia/241-caracterizacion-de-lajusticia-formal-en-colombia-y-elementos-para-la-construccion-de-un-agenda-estrategica-para-su-mejoramiento>. Y la tercera, es la tesis doctoral de HERNÁNDEZ, N, *Análisis de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias en Colombia a partir de la organización de los poderes públicos: poderes ejecutivos y judicial*. Ibídem.

5.3. Tres visiones sobre la intervención judicial en el sistema jurídico colombiano

Con la Constitución Política de 1991 iniciaron algunas de los debates jurídicos más importantes de los últimos años en Colombia, sobre el poder y papel de la intervención de los jueces en el sistema jurídico colombiano. A nuestro juicio, se han generado tensiones en asuntos muy importantes como, por ejemplo: cuáles son las fuentes de interpretación del derecho²⁶⁰ y la vinculatoriedad o no del precedente jurisprudencial como fuente,²⁶¹ la supremacía de la Corte Constitucional frente a las otras Altas Cortes²⁶² y la acción de tutela contra sentencias²⁶³, entre otras. En este punto, debemos aclarar que, a pesar de las extensas fuentes, esta parte del capítulo no busca de ninguna manera erudición hegemónica sobre la intervención judicial sino, muy por el contrario, analizar una problemática compleja, con el mayor grado de simpleza posible, para que ello permita al lector construir su propia perspectiva. Aquí, se presentan unas ideas y una posición muy clara a favor de que la intervención judicial se dé únicamente cuando las reglas de juego aplicables lo ameriten y los derechos en juego requieran garantías especiales. Pero, en últimas, presentamos ideas para entender la problemática y, de la manera más respetuosa, los principales argumentos para buscar resolverla²⁶⁴.

²⁶⁰ BARRERO, A, *Jurisprudencia constitucional: precedentes de la humanidad, casos y materiales*, Legis, Bogotá, 2018, pp.1-17.

²⁶¹ Existen varios doctrinantes en Colombia que han escrito sobre estos controversiales puntos. Para un análisis de la postura crítica sobre la intervención de los jueces, la ley como única fuente de interpretación y la no vinculatoriedad del precedente, puede consultarse a Javier Tamayo Jaramillo, quien ha publicado varios textos sobre estos asuntos, de los cuales recomendamos dos: TAMAYO, J y JARAMILLO, C, *El precedente en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Ibañez, Bogotá, 2012; y TAMAYO, J, *La decisión judicial: naturaleza hermenéutica, y aplicación del derecho*, Dike, Bogotá, 2013, Tomos I y II. Por otra parte, para estudiar la visión que sí apoya y defiende el denominado derecho “vivo” de la Constitución Política, está la obra de Diego López Medina en LÓPEZ, D, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Primera Edición, Legis, Bogotá, 2000; LÓPEZ, D, *El derecho de los jueces*, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2006; y LÓPEZ, D, *Eslabones del derecho*, Legis, Bogotá, 2016.

²⁶² Frente al choque de trenes entre las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) puede consultarse: HERRERA, W, “Régimen de la rama judicial colombiana (segunda parte)”, en *Revista de Derecho* No 23, Universidad del Norte, 2005, Disponible en: <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2549>; HENAO, R, *Choque de Vanidades: estudio de la acción de tutela en las altas cortes colombianas*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2007; y BOTERO, C y JARAMILLO, J, “Una visión panorámica: el conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”, BOTERO, C, GARCÍA, M, JARAMILLO, J y UPRMNY, R, (Editores), *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Bogotá, DEJUSTICIA, 2006, Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/tutela-contra-sentencias/>.

²⁶³ Para conocer más sobre la acción de tutela contra sentencias, recomendamos los siguientes textos: FIERRO, H, *Tutela y vías de hecho*, Leyer, Bogotá, 2004; ROJAS, M, “La tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, *Serie Documentos No. 2*, Bogotá, 2006; CORREA, J, “Deberes del juez de tutela y el cumplimiento de sus decisiones”, en BERAJANO, R, MORENO, P y RODRÍGUEZ, M, (Editores), *Aspectos procesales de la acción de tutela*, Bogotá, Universidad Externado, 2017; y QUINCHE, M, *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*, Temis, Bogotá, 2020.

²⁶⁴ Desafortunadamente, excede el objeto y metodología de la presente investigación determinar si la intervención judicial del sistema jurídico colombiano, en materia de crisis empresarial, resuelve los conflictos o si los conserva, los transforma, los dilata e, incluso, los agrava.

En este contexto, pues, ahora es necesario que metodológicamente se aclare que, en razón a la amplitud de información disponible sobre “intervención judicial”, no existe una forma universal para organizar las tendencias que se puedan identificar. Entonces, fruto de la consulta de las varias fuentes para esta parte de la investigación, proponemos tres grandes categorías de análisis, las cuales recogen las visiones más representativas a nuestro parecer. Así, clasificamos las principales tensiones que, a nuestro juicio, existen en el ordenamiento jurídico colombiano sobre la intervención de los jueces en los procesos judiciales de forma general, las cuales servirán como contexto para las problemáticas sobre el derecho concursal, que se analizarán en la siguiente parte de este capítulo. En la primera categoría están las principales críticas a la intervención judicial vistas desde algunos riesgos asociados al rol de los jueces. Para la segunda categoría, la intervención judicial es insuficiente para la emancipación ciudadana, y percibe dicha institución como un mecanismo de manipulación social para ayudar a garantizar un *statu quo* injusto para la sociedad. Y, por último, una tercera categoría en la que se encuentran los principales argumentos para defender la intervención jurisdiccional alrededor de la garantía de la Constitución y la ley.

5.3.1. Primera categoría: riesgos asociados a la intervención de los jueces. La premisa base de esta categoría es la desconfianza sobre los jueces y la postura de una intervención jurisdiccional mínima. De nuevo, debe recordarse que la Constitución de 1991 fortaleció el poder los jueces en Colombia, principalmente, por medio de la Corte Constitucional, la acción de tutela y, especialmente, la protección de los derechos fundamentales. Para esta categoría, entonces, la intervención de los jueces en los procesos judiciales parte de la desconfianza general en los jueces en dos asuntos transversales²⁶⁵: la manera cómo se interpretan las normas, y si es posible que los jueces creen normas por fuera la rama legislativa²⁶⁶. Desconfianza que, a nuestro parecer, se materializa en los siguientes riesgos:

5.3.1.1. Riesgos frente a la inversión por inseguridad jurídica.²⁶⁷ Los potenciales inversionistas, locales y foráneos, tratan de prever y mitigar los efectos negativos (riesgos) y positivos (oportunidades) asociados a una actividad económica (inversión) en cualquier país²⁶⁸. Aquí, la baja predictibilidad de los fallos judiciales es percibida como incertidumbre

²⁶⁵ PARRA, N, *Temperamentos interpretativos: interpretación del contrato, la ley y la Constitución*, Legis, Bogotá, 2018, Primera edición, pp.xxx-xxxvi.

²⁶⁶ Constitución Política de 1991, Art, 150- 151.

²⁶⁷ MARTÍNEZ, N, *Ibidem*, p.111.

²⁶⁸ La seguridad jurídica en un ordenamiento jurídico es uno criterios de evaluación más importantes, dentro de las mediciones y comparaciones para clasificar qué tan atractiva es la economía de diferentes países. Por ejemplo, el índice “*Doing Business*” donde, anualmente, el Banco Mundial realiza el estudio para medir la facilidad para hacer negocios en una escala de cero a cien entre distintos países. Disponible en: <https://archive.doingbusiness.org/es/data/doing-business-score>. También están los informes de la OCDE a través de los cuales se revisan puntos problemáticos respecto a garantías legales mínimas de competitividad o gobierno corporativo. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0377>. Y finalmente, hay estudios de entidades particulares para recomendar en mercados específicos para conocer de los riesgos jurídicos asociados a esa actividad económica específica. Puede consultarse. CREMADES, CALVO Y SOTELO ABOGADOS. *Informe sobre la seguridad jurídica y la protección a la inversión en Iberoamérica: una consideración específica de*

sobre las inversiones²⁶⁹. De un lado, la confianza para un inversionista depende, en buena parte, de que existan reglas de juego claras que reduzcan la incertidumbre²⁷⁰, con algún grado de predictibilidad frente a las decisiones judiciales²⁷¹. Y por el otro, que la intervención judicial ocasiona inseguridad jurídica, porque los fallos pueden traer impactos económicos imprevistos a través de fallos impredecibles²⁷². Entonces, puede entenderse que la decisión de inversión en un país pasa por evaluar si la colocación de recursos económicos puede verse afectada por la seguridad jurídica relacionada con la decisiones judiciales.

En este punto, es importante traer a este texto la perspectiva de Javier Tamayo, quien plantea dos críticas estructurales²⁷³:

5.3.1.1.1. La función judicial no puede ser el desarrollo de una actividad política en la que se esconde una pugna por la lucha de clases y sobre ideologías del juez en la interpretación de la ley²⁷⁴. Detrás de la excesiva intervención judicial o “activismo judicial” está el riesgo de violar el principio de legalidad y/o el romper la división de poderes. Así, si la intervención judicial se hace para tratar de ayudar a las clases menos favorecidas, existe el riesgo de que las ideologías propias de los jueces rompan el paradigma de que el juez sólo está sometido al imperio de la ley²⁷⁵.

5.3.1.1.2. La usurpación de la función de hacer leyes al legislador contradice el mandato del constituyente primario²⁷⁶. La crítica en este punto radica en el riesgo de que, si por alguna razón el tribunal constitucional es capturado por un gobierno totalitarista, vía intervención o “activismo”, las decisiones judiciales sean un instrumento de validación de atrocidades²⁷⁷.

5.3.1.2. Riesgos por fallos judiciales decididos por jueces constitucionales por fuera de su especialidad inicial vía acciones de tutela contra sentencias²⁷⁸. A través de la acción de tutela contra sentencias, algunos jueces, ajenos a la especialidad inicial de un litigio, terminan interviniendo en asuntos por fuera de por su formación y experiencia. En Colombia existen

los sectores regulados de la energía y las telecomunicaciones, Madrid, 2017. Disponible en https://www.cremadescalvosotelo.com/sites/default/files/pdf_informe_final_en_espan_ol_13_03_16_.pdf

²⁶⁹ MARTÍNEZ, N, *Ibidem*, p.111.

²⁷⁰ NORTH, D, *Ibidem*, pp11-99. Y TAMAYO, J, *La decisión judicial: naturaleza hermenéutica, y aplicación del derecho*, Op. Cit, pp.130-131.

²⁷¹ MARTÍNEZ, N, *Ibidem*, pp.111-115.

²⁷² OSUNA, N, “El modelo económico de la constitución colombiana y su aplicación judicial”, en BAZÁN, V y FUCHS, M (Editores), *Constitución y economía: justicia constitucional y derechos fundamentales*, Konrad Adenauer Stiftung- Temis, No. 7, Bogotá, 2019, pp. 127-130.

²⁷³ TAMAYO, J, *Ibidem*, pp.5-6, 89-98, 124-137, 140-143.

²⁷⁴ TAMAYO, J, *Ibidem*, pp.5-6, 22-23, 37.

²⁷⁵ TAMAYO, J, *Ibidem* pp. 22-23, 37.

²⁷⁶ TAMAYO, J, *Ibidem*, pp.6-7, 97-99, 106-108.

²⁷⁷ TAMAYO, J, *Ibidem*, p.23.

²⁷⁸ MARTÍNEZ, N, *Ibidem*, p.111.

normas que regulan cada jurisdicción²⁷⁹ y las competencias²⁸⁰ puntuales para los jueces. Pero, además, no debe olvidarse que en Colombia todos los jueces son constitucionales.

En efecto, frente a este riesgo, la acción de tutela contra sentencia inició con las vías de hecho²⁸¹, entendidas como un error grosero de un operador jurídico en contra de los derechos fundamentales de un sujeto de derechos²⁸². Posteriormente, ha evolucionado a la actual construcción jurídica de las causales genéricas y especiales de procedibilidad para acciones de tutela contra sentencias²⁸³. El riesgo que estamos analizando, en concreto, se puede llegar a materializar cuando la decisión de controversias que ya tienen jueces naturales cambia, vía acciones de tutela que, por su competencia constitucional extendida, terminan decidiendo el destino de asuntos por fuera de sus especialidades de base.

5.3.1.3. El riesgo de que los jueces creen normas jurídicas obligatorias para resolver ciertas situaciones jurídicas sin que medie una ley expedida por el Congreso de la República. Se desconoce el principio de separación de poderes entre las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Con esto se viola la cláusula general de competencia²⁸⁴, que determina que únicamente la rama Legislativa del poder público puede crear normas²⁸⁵. Es decir, los fallos judiciales no pueden ser formas de creación de Derecho, en razón a que el activismo judicial puede terminar acolitando regímenes corruptos o totalitarios de izquierda o derecha²⁸⁶.

Esta postura critica el concepto de precedente vinculante²⁸⁷, porque es una manera de decir que sus fallos son obligatorios para los otros jueces²⁸⁸. Con esto, se incurre en el riesgo de que para poder decidir un asunto: primero prevalezcan consideraciones morales casuísticas de un juez, por encima de las normas positivas vigentes²⁸⁹. Y, segundo, se incurre en la utopía de que los jueces intervienen siempre en una sabiduría perpetua que es imposible de lograr²⁹⁰. Para este riesgo al cambiar la norma democrática y legítimamente proferida por el

²⁷⁹ LÓPEZ, H, *Código general del proceso: parte general*, Legis, Bogotá, 2017, Dupré, pp.149-162, 181-229.

²⁸⁰ LÓPEZ, H, *Código general del proceso: parte general*, Op. Cit. pp. 230-261.

²⁸¹ QUINCHE, M, *Ibidem*, pp. 68-112.

²⁸² CORREA, J, “Deberes del juez de tutela y el cumplimiento de sus decisiones”, en BEJARANO, R, MORENO, P y RODRÍGUEZ, M (Editores), *Aspectos procesales de la acción de tutela*, Universidad Externado, Bogotá, 2017, pp. 377-393.

²⁸³ QUINCHE, M, *Ibidem*, pp. 117-134, 137-299.

²⁸⁴ *Ibidem*, Art. 150 y 151

²⁸⁵ Javier Tamayo Jaramillo ha sido unos de los principales opositores a la vinculatoriedad de precedente judicial en Colombia. Sus críticas han quedado consignadas artículos y conferencias, sin embargo, citamos explícitamente la sección tercera “Crítica a la doctrina colombiana que defiende el precedente constitucional obligatorio” por su pertinencia para esta parte de nuestra investigación TAMAYO, J y JARAMILLO, C, *Nuevo El precedente en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Op. Cit., pp. 99-161.

²⁸⁶ TAMAYO, J, *Ibidem* pp. 56-58.

²⁸⁷ LÓPEZ, M, *Interpretación constitucional*, Escuela Judicial Lara bonilla, Bogotá, 2006, pp. 73-109. Disponible en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-16.pdf>

²⁸⁸ BERNAL, C, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado, Bogotá, 2008, pp. 193-215.

²⁸⁹ TAMAYO, J, *Ibidem* p. 87.

²⁹⁰ TAMAYO, J, *Ibidem* p. 89.

legislador, para darle prevalencia a los precedentes judiciales, se crea un formalismo positivista obligatorio para jueces de inferior rango que quedan sometidos a las decisiones de un juez superior²⁹¹, so pena de incurrir en conductas delictivas (prevaricato) y en la causales genéricas o específicas de acción de tutela contra sentencias por desconocimiento del precedente obligatorio²⁹².

Con la obligatoriedad de los precedentes se incurre en el riesgo de que la rama judicial del poder público sea capturada por movimientos políticos antidemocráticos²⁹³, gestándose el riesgo de una dictadura, por vía de precedentes que son más poderosos que los congresistas, y dejando como resultado la destrucción de la separación de poderes en Colombia. Igualmente, con la multiplicidad de precedentes expedidos por los jueces de las altas cortes colombianas, existe el riesgo de que se den contradicciones e incoherencias para los operadores jurídicos²⁹⁴. Por ejemplo, conflictos de reglas de juego aplicables a un mismo caso, que impliquen contradicción entre: a) norma y precedente, b) precedente y precedente, y c) principio constitucional y precedente²⁹⁵. Finalmente, debe señalarse que este riesgo hace evidente la paradoja de que se cree que con los precedentes se rompe el antiformalismo jurídico, pero, al mismo tiempo, se impone la rigurosidad “formal” de que todos los jueces deben conocer todos los precedentes y aplicarlos obligatoriamente²⁹⁶, so pena de cometer el delito de prevaricato.

5.3.2. Segunda categoría: la intervención judicial es insuficiente para la emancipación ciudadana, y concibe dicha institución como un mecanismo de manipulación social para ayuda a garantizar un *statu quo* injusto para la sociedad. La premisa fundamental de esta categoría radica en que la jurisprudencia es un mecanismo de alienación y dominación capitalista, que con la promesa de derechos individuales evita la emancipación total de las personas²⁹⁷. Así pues, consideramos cuatro ejes fundamentales para esta categoría:

5.3.2.1. El Derecho como fetiche. Aquí no encontramos con la crítica marxista al Derecho, según la cual, el legalismo es una fachada para ocultar tanto la violencia como la desigualdad en Colombia²⁹⁸. Dicha postura concibe a los jueces como de figuras de engaño que están capturadas por élites que crean la ilusión de que el ordenamiento jurídico tiene

²⁹¹ TAMAYO, J, Ibidem pp. 125-126.

²⁹² TAMAYO, J, Ibidem p. 10.

²⁹³ TAMAYO, J, Ibidem p. 99.

²⁹⁴ TAMAYO, J, Ibidem pp. 98-99.

²⁹⁵ TAMAYO, J, Ibidem pp. 115, 121,130.

²⁹⁶ TAMAYO, J, Ibidem pp. 133-134.

²⁹⁷ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana*. Pensamiento jurídico, Bogotá, 2009. pp.131,133, 145-151. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36529>

²⁹⁸ RODRÍGUEZ, C, “Prologo. Violencia, legalismo y feticismo: el desciframiento de la paradoja colombiana”, en LAMETTRE, J, *El derecho como conjuro*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Reimpresión 2016, pp. 18-19.

derechos humanos y un Estado de Derecho, que realmente no existen²⁹⁹. En consecuencia, para esta crítica, el sistema jurídico es un artilugio usado para engañar a las mayorías incautas y mantener el *statu quo*³⁰⁰.

5.3.2.2. La Constitución Política de 1991 no es suficiente³⁰¹. Para Oscar Mejía y Lina Mápura la intervención judicial en Colombia es insuficiente para cumplir con el objetivo de emancipar al ciudadano. En esta postura encontramos que “el acuerdo político es excluyente, falaz y hegemónico”³⁰². Además, consideran que la Constitución tiene implícitamente dos tácticas que evitan la emancipación individual³⁰³: i) aparatos ideológicos del Estado (AIE) que evitan negociaciones con otros actores de poder³⁰⁴. Y ii) que el componente “neoliberal” de la carta, es un aparato represivo del Estado (ARE) que crea “espejismos jurídico-políticos” que aumentan la frustración y debilitamiento institucional³⁰⁵.

5.3.2.3 La Corte Constitucional es un mecanismo de manipulación popular. Este tercer nivel argumentativo de la postura se concreta en que, con las decisiones de la Corte, con la excusa de garantizar algunos derechos fundamentales, se manipula a las personas en dos sentidos: por un lado, protege algunos derechos individuales que hacen que los ciudadanos apoyen tales decisiones. Y, por el otro, esa defensa somete a las sociedades a mecanismos de dominación inconsciente que evitan su emancipación³⁰⁶. Así mismo, se plantea que las decisiones de la Corte son arbitrarias, porque sólo atienden su propio criterio, ocurriendo, a su vez, que la Corte Constitucional siempre está supeditada a las posturas dominantes en los magistrados que la componen³⁰⁷. De manera que, para esta postura, la intervención judicial de la Corte Constitucional es insuficiente, ya que carece de instrumentos para identificar a la opinión pública que no dialoga con la sociedad civil antes de sus determinaciones³⁰⁸.

5.3.2.3. La jurisprudencia es un método de dominación. Para esta visión el Derecho es visto como un instrumento de dominación capitalista³⁰⁹. Con esto, la jurisprudencia y el

²⁹⁹ RODRÍGUEZ, C, “Prologo. Violencia, legalismo y fetichismo: el desciframiento de la paradoja colombiana”, Op. Cit. p. 18.

³⁰⁰ RODRÍGUEZ, C, *Ibidem*. p.18.

³⁰¹ MEJÍA, O, *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2017. p.50.

³⁰² MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana*. Op. Cit. p.132

³⁰³ MEJÍA, O, *Cultura, política, sociedad global y alienación*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009. p.359.

³⁰⁴ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Ibidem*. p.132.

³⁰⁵ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Ibidem*. p.132

³⁰⁶ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Ibidem*. pp.145-151.

³⁰⁷ MEJÍA, O, *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*, Op. Cit., p.60.

³⁰⁸ MEJÍA, O, *Ibidem*, p.60.

³⁰⁹ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Ibidem*. p.145.

activismo judicial hacen parte de una estrategia de dominación social³¹⁰, en la medida en que las decisiones judiciales no producen cambios sociales por sí mismas³¹¹. Adicionalmente, la jurisprudencia y la protección de algunos grupos sociales desfavorecidos han ocasionado que se obnuble la crítica a la Corte Constitucional. Sin olvidar que siempre estará el riesgo de que las Altas Cortes puedan ser “capturadas” por grupos de poder autoritarios que impongan visiones hegemónicas a través de sus decisiones judiciales³¹². En este sentido, el (neo)constitucionalismo es también un eslabón dentro del proceso de cosificación de las personas, en la medida en que es cómplice del sometimiento al autoritarismo que busca la globalización neoliberal.³¹³

5.3.3. Tercera categoría: la intervención jurisdiccional alrededor de la garantía de la constitución y la ley. La premisa estructural de la tercera y última categoría es que, desde la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991³¹⁴, la intervención judicial, para garantizar la Constitución y las leyes, se consolidó³¹⁵ como la postura dominante en el sistema jurídico colombiano.

El primer grupo de magistrados de la Corte Constitucional fueron conocidos como “la corte de oro”, haciendo remembranzas a un proceso similar vivido a principios del siglo XX en la Corte Suprema de Justicia³¹⁶. Un contexto de cambio social y jurídico, como lo fue la expedición de una nueva Constitución Política en Colombia, a finales del siglo pasado, nos puede ayudar a entender cómo el poder de los jueces creció exponencialmente en treinta años. La Corte Constitucional se dio cuenta de que había reclamos ciudadanos que no podían ser atendidos por el derecho legislado existente³¹⁷. Entonces, las decisiones judiciales de la Corte Constitucional sobrepasaron el sistema binario de “(correcto-incorrecto o válido- inválido)”³¹⁸. Como prueba de lo anterior, encontramos varios temas cruciales que demuestran el poder de intervención judicial: i) el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en los ciudadanos³¹⁹; ii) el precedente vinculante para

³¹⁰ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Ibidem*. p.146.

³¹¹ MEJÍA, O y MÁPURA, L, *Ibidem*. p.147.

³¹² MEJÍA, O, *Ibidem*, pp.77-78.

³¹³ MEJÍA, O, *Posontológico, posfundacional, posjurídico: más allá del derecho colonial en la sociedad glocal*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2020. pp.13, 49-99.

³¹⁴ LÓPEZ, D, *Ibidem*, pp.50-70.

³¹⁵ LÓPEZ, D, *Ibidem*, pp. 323-326.

³¹⁶ LÓPEZ, D, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2009, p. 435.

³¹⁷ LÓPEZ, D, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Op. Cit. pp. 417, 445.

³¹⁸ VILLATE, A, *Variables extrajudiciales en decisiones judiciales: aproximación para el desarrollo de un modelo desde el pensamiento complejo y las cinco de la complejidad*, Revista Arbitrada del Centro de Investigación y Estudios Gerenciales (Barquisimeto -Venezuela), pp.15, 27. Disponible en: <https://revista.grupocieg.org/wp-content/uploads/2022/08/Ed.5714-31-Villate.pdf>

³¹⁹ CEPEDA, M, *Polémicas constitucionales*, Legis, Bogotá, 2007. pp. 62-66.

operadores jurídicos³²⁰; iii) las codificaciones expedidas por el legislador que reconocen de alguna manera los precedentes³²¹; iv) las acciones de tutela contra sentencias; v) los “test” de proporcionalidad, racionalidad e igualdad que deben aplicar los jueces en casos especiales³²²; vi) el control difuso o concentrado de constitucionalidad³²³; vii) el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado³²⁴; y viii) la aplicación de los principios constitucionales en el Derecho Concursal³²⁵, entre otros.

Así, la tercera categoría que proponemos para este capítulo, que hemos denominado “la intervención jurisdiccional alrededor de la garantía de la Constitución Política y la ley”, se construye de tres maneras. La primera, la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces. La segunda, consiste en retomar los criterios elaborados por de Juan José Rodríguez Espitia como las reglas de juego para la aplicación de la Constitución en el Derecho Concursal. Y, finalmente, revisaremos los principios propios del Derecho Concursal como elementos auxiliares de interpretación.

5.3.3.1. La aplicación directa de la Constitución Política de 1991. La aplicación directa de la Constitución de 1991, que los jueces deben realizar cuando intervienen en procesos judiciales requiere de coherencia sobre las sentencias que establecen reglas de juego específicas³²⁶. De ahí que es pertinente traer a esta parte de la investigación lo expresado por Gustavo Zagrebelsky frente a la responsabilidad de los jueces, así:

“(…) Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del

³²⁰ Debemos aclarar que por la amplitud de información disponible sobre “intervención judicial” en general en Colombia, y porque excede el objeto del presente capítulo, no es posible profundizar en este tema, pues debemos concentrarnos en la intervención judicial en Derecho Concursal. Pero, dejamos a manera de recomendación, entre muchos otros, los siguientes textos. I) El estado del arte sobre la materia que realizó Diego López Medina en el año 2016 sobre la evolución y coherencia sobre precedente jurisprudencial en Colombia, en los periodos 1991 a 2002 y 2010 a 2015. LÓPEZ, D, *Eslabones del derecho*, Op. Cit., pp.17-27,115-154. Y ii) HOYOS, R, *El valor del precedente jurisprudencial*, XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2013. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf>.

³²¹ Por ejemplo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso.

³²² BERNAL, C, *El derecho de los derechos*, Op. Cit., pp. 59-87.

³²³ BARRERO, A, *Jurisprudencia constitucional: precedentes de la humanidad, casos y materiales*, Op. Cit. pp.18-36.

³²⁴ CALDERÓN, J, *Ibidem*, pp.13-14

³²⁵ MONTIEL, M, *Ibidem*, pp. 23-48.

³²⁶ LÓPEZ, M, *Ibidem*, p.182.

*derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno sino que debe ser objeto de cuidado de todos (...)*³²⁷.

La intervención judicial debe buscar la armonización, lo más completa posible, entre la justicia y la seguridad jurídica. En concreto, busca que los jueces den coherencia a sus actuaciones judiciales en el marco normativo colombiano, mediante dos elementos fundamentales: el primero, la convergencia entre la naturaleza propia de su asunto en concordancia con la Constitución³²⁸. Y el segundo, es que la aplicación directa de la Constitución no puede obedecer a consideraciones arbitrarias ajenas a la norma general tratada, ya que debe mediar la debida justificación de por qué sí o no se llega a una decisión.³²⁹ Así mismo, debemos señalar que para lograr el objetivo de coherencia en las actuaciones judiciales también existen los precedentes horizontales y verticales³³⁰.

En Colombia los jueces están en la capacidad de aplicar directamente la Constitución en su ejercicio jurisdiccional. Y la expansión del fenómeno que estamos estudiando y su importancia se puede evidenciar en la manera en que los jueces de los procesos de insolvencia empresarial deben tener en cuenta todo esto.

5.3.3.2. Los criterios jurídicos para aplicar de la Constitución en la insolvencia empresarial. En esta investigación, nuevamente, es fundamental traer a este punto las dos categorías jurídicas planteadas por Juan José Rodríguez, dentro del marco constitucional de la intervención de los jueces delegados para la insolvencia empresarial. La razón es sencilla: son el marco constitucional con base en el cual sus intervenciones tendrán coherencia con la Constitución y los distintos intereses en juego.

La primera categoría son los “indicadores de constitucionalidad sobre el Derecho Concursal”, y la segunda son los “métodos de interpretación de la ley concursal”. Los primeros son: i) indicador normativo³³¹; ii) indicador jurisprudencial³³²; e iii) indicador de mecanismos de protección³³³. Los segundos son: i) “interpretación conforme a la Constitución” e ii) “interpretación en procura del menor daño constitucional”. Todo lo anterior fue expuesto con detalle en el tercer capítulo de este documento pero, en este momento, nos concentramos en resaltar los dos métodos de interpretación de la ley concursal, por la importancia que revisten para la formulación de las ideas de cierre de este capítulo, así:

³²⁷ ZAGREBELSKY, G, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008, p. 153.

³²⁸ LÓPEZ, M, *Ibidem*, p.182.

³²⁹ LÓPEZ, M, *Ibidem*, p.182.

³³⁰ LÓPEZ, D, *Ibidem*, pp-83-90.

³³¹ RODRÍGUEZ, J, p. 4-12.

³³² RODRÍGUEZ, J, p. 12-20.

³³³ RODRÍGUEZ, J, p. 20-27

5.3.3.2.1. *Interpretación conforme a la Constitución.* En el Derecho Concursal con enfoque constitucional, se requiere la presencia de jueces “letrados” que, cuando afronten incompatibilidad entre una norma concursal y la Constitución, deberán decidir en favor de la carta política³³⁴. Por ello, el juez concursal debe tener como parámetro de estructura de sus decisiones³³⁵ la interpretación que desarrolle mejor los principios, valores y reglas de la Constitución de 1991.

5.3.3.2.2. *Interpretación en procura del menor daño constitucional.* Cuando los jueces concursales deban decidir sobre situaciones fácticas especialmente difíciles, en las que es inevitable afectar algún tipo de derechos fundamentales, deben fallar esos casos con la interpretación en que, previa ponderación de principios y valores constitucionales establezca cuál es la que menor daño genera³³⁶.

5.3.3.3. Los principios³³⁷ en el Derecho Concursal. Es necesario resaltar la gran importancia que tienen los principios constitucionales³³⁸ y los principios propios del Derecho Concursal en el ejercicio de los jueces de la insolvencia empresarial. En varios apartes de este texto hemos usado deliberadamente, en aras de la simplicidad, la palabra “principios”. Sin embargo, aquí es fundamental entender que: a) los principios constitucionales pueden distinguirse porque para su interpretación debe usarse la institución de la ponderación³³⁹. Es decir, deberá analizarse cuál principio es más relevante constitucionalmente frente a casos específicos³⁴⁰. b) Los principios legales son aquellos que por su funcionalidad son vistos como criterios de interpretación con un contenido normativo de reglas, mientras que los principios constitucionales tienen la vocación de ser normas que implican mandatos de optimización³⁴¹. Y c) los principios del Derecho Concursal son guías para la interpretación de los jueces concursales, que surgen desde el Derecho Concursal, no desde el Derecho Constitucional, y están específicamente

³³⁴ RODRÍGUEZ, J, p. 20.

³³⁵ CALVINHO, G, *El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder*. 2012, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, p. xiii

³³⁶ RODRÍGUEZ, J, p. 23.

³³⁷ La Corte Constitucional establece cómo los principios generales de derecho son herramientas de interpretación futura, lo que implica que son criterios auxiliares para los jueces y que están en inferior categoría interpretativa sobre los principios constitucionales. Corte Constitucional, Sentencia T- 079 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero. Entonces, la Corte en la sentencia C- 818 de 2005 expone que: “(...) Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico. (...)” Corte Constitucional, Sentencia C- 818 de 2005, MP: Rodrigo Escobar Gil.

³³⁸ MONTIEL, C, *Ibidem*. pp. 44-48.

³³⁹ MONTIEL, C, *Ibidem*. p. 44.

³⁴⁰ MONTIEL, C, *Ibidem*. p. 44.

³⁴¹ MONTIEL, C, *Ibidem*. p. 45.

consignados en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006: (la universalidad, la igualdad, la reciprocidad gobernabilidad económica, etc.)³⁴².

Aquí, debe hacerse claridad en que para la intervención judicial los principios constitucionales existen como un marco general para la interpretación de todos los operadores jurídicos en Colombia. Mientras que los principios específicos del Derecho Concursal, por su parte, existen como una guía puntual para la insolvencia empresarial. Por ello, la intervención judicial se ha consolidado en el sistema jurídico colombiano con el fin de garantizar la Constitución y las leyes.

5.4. ¿Cuáles son las principales problemáticas asociadas a la intervención jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades como juez de la insolvencia empresarial?

A lo largo de este capítulo hemos hecho un recorrido argumentativo para llegar a visitantes sobre el poder del juez en la reorganización empresarial. Hemos buscado entender cuáles son las tensiones más relevantes frente a este conflictivo asunto, con el fin de que el lector tenga más elementos para que construya su visión acerca de este tema. En esta última parte del capítulo vamos a analizar las principales problemáticas que pueden existir por la intervención jurisdiccional del Estado a través de los jueces concursales en procesos de insolvencia empresarial, concentrándonos en la intervención de la Superintendencia de Sociedades como juez concursal.

Las empresas han estado en crisis y van a volver a estarlo en el futuro. Es un deber, tanto de la legislación concursal como de los jueces de la insolvencia empresarial, tratar de reconocer los patrones y antecedentes de las crisis económicas. Con ello, se pueden abordar de mejor manera los riesgos de crisis empresariales futuras y el tratamiento que se dará a ellas. El Estado se involucra en la insolvencia empresarial porque los intereses en juego van más allá de la dinámica acreedor-deudor³⁴³, y el Estado, como juez, es el garante de resolver las tensiones normales entre la empresa deudora con la masa de acreedores³⁴⁴, así como de proteger a la sociedad en general.

La intervención jurisdiccional del Estado Colombiano en la crisis empresarial es una forma en que civilizadamente se busca la resolución correcta de los casos y, especialmente, de los efectos que las decisiones puedan tener sobre las empresas y los deudores. El reto, pues, que subyace en esta parte del capítulo es analizar la intervención judicial desde la perspectiva de la insolvencia empresarial. Para ello, nos apoyamos en las problemáticas identificadas por Nicolás Pájaro

³⁴² MONTIEL, C, *Ibidem*. pp. 46, 96-116.

³⁴³ PÁJARO, N, “Una introducción al régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante”, en CRUZ, H, (Coordinador), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017, Segunda Edición, p.665.

³⁴⁴ POLANIA, N, *Ibidem*, 2021, pp.613,614-624 (SIC).

Moreno³⁴⁵ que afectan la independencia y la autonomía de las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en la insolvencia empresarial³⁴⁶.

5.4.1. Independencia y autonomía del juez del concurso empresarial. Existen varias normas en el sistema jurídico que regulan la independencia y autonomía de los jueces en entidades administrativas, a saber³⁴⁷: i) el artículo 28 de la Constitución de 1991; ii) el bloque de constitucionalidad colombiano que incorpora al sistema jurídico colombiano el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y también el artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y iii) la Corte Constitucional cuando expresa que los funcionarios de entidades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales deben gozar de la independencia e imparcialidad de quienes ejercitan la función judicial³⁴⁸.

En este sentido, por un lado, en las superintendencias debe existir separación total de los funcionarios que desempeñan funciones jurisdiccionales frente a los que se encargan de actuaciones administrativas³⁴⁹. Y, por el otro, el superintendente no puede intervenir sugiriendo a los jueces cómo fallar en los procesos³⁵⁰. En refuerzo de lo anterior, la Corte Constitucional ha construido, en su jurisprudencia, varias reglas para evitar que la supervisión administrativa de los superintendentes obstruya las decisiones jurisdiccionales:

- i) Debe existir competencia previamente asignada por una ley a funcionarios de la superintendencia que vayan a ejercer funciones jurisdiccionales, como jueces de procesos judiciales³⁵¹. En nuestro tema de investigación, tanto para los funcionarios como los ciudadanos, hay claridad sobre qué dependencia tramitaría procesos concursales y cuáles no.
- ii) Las normas que diseñan las superintendencias deben separar la naturaleza, estructura y funciones en su interior³⁵². Es decir, debe quedar cuáles áreas y cuáles son los funcionarios que tienen competencias jurisdiccionales y los que no.
- iii) Un mismo despacho o funcionario de una superintendencia no puede ser juez del mismo caso en el que ejerció funciones administrativas de inspección, vigilancia y

³⁴⁵ Exsuperintendente Delegado para la Insolvencia Empresarial de la Superintendencia de Sociedades y profesor universitario. PÁJARO, N, “Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso”, en INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, *Derecho procesal #nuevas tendencias: XLI Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020, pp.371-384.

³⁴⁶

³⁴⁷ PÁJARO, N, “Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso”, Op. Cit., p.362.

³⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 1641 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

³⁴⁹ PÁJARO, N, *Ibidem*, p.362.

³⁵⁰ PÁJARO, N, *Ibidem*, p.363.

³⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C 1071 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

³⁵² Corte Constitucional, Sentencia C 117 de 2008, MP: Manuel José Cepeda.

control³⁵³. En estos casos, la función jurisdiccional debería ser asignada a una persona diferente, pues no puede existir subordinación (jerárquica o funcional) sobre el proceso judicial bajo su competencia³⁵⁴.

- iv) La norma que cree o regule una superintendencia debe evitar que exista “sujeción jerárquica” sobre los funcionarios con competencias jurisdiccionales, bien sea por confusiones en la estructura funcional o jurisdiccional³⁵⁵.

Ahora bien, lo argumentado hasta este punto muestra, sin duda alguna, el papel preponderante de la Superintendencia de Sociedades, como juez de la insolvencia empresarial³⁵⁶. Esa importancia, además, no es aspiracional. Tal como se presentó en el capítulo primero de este texto, los jueces de la insolvencia empresarial han construido una reputación fundamental para proteger el tejido empresarial del país. Principalmente, porque la insolvencia es un fenómeno mucho más económico que jurídico³⁵⁷.

La independencia y autonomía de los jueces en la insolvencia empresarial en Colombia también se construye sobre el poder que implica la ausencia de control jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa³⁵⁸. La Superintendencia de Sociedades es la institución que ha liderado y llevado la carga de las expectativas sobre sus interpretaciones judiciales en los litigios de insolvencia empresarial. Aunque, las expectativas sobre la intervención de los jueces de la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades en las crisis empresariales, también se traducen en problemáticas inherentes a esa función. Por eso, a continuación, haremos un breve recorrido por esos caminos inciertos y riesgosos de la independencia y autonomía de los jueces en el asunto concreto de la crisis empresarial:

5.4.1.1. Es un juez que no es nombrado por carrera judicial. Los jueces de la insolvencia empresarial no hacen parte de la carrera judicial³⁵⁹, porque son nombrados por el Superintendente de Sociedades³⁶⁰ quien, a su vez, es nombrado por el Presidente de la República. Es decir, no hay un concurso público de méritos y tampoco formación y capacitación obligatorios, de manera previa al nombramiento de los superintendentes

³⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C 649 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

³⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C 649 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

³⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C 156 de 2013, MP: Luís Ernesto Vargas Silva.

³⁵⁶ Función jurisdiccional que ejerce a través de la Delegatura para Procesos de Insolvencia.

³⁵⁷ Juan José Rodríguez Espitia considera que la insolvencia es un problema económico y no jurídico. Por esa razón, expone que el éxito del régimen de la Ley 1116 radica en el “adecuado cruce entre las estructuras judiciales y las negociables. RODRÍGUEZ, J, *Ibidem*, p.70. Nuevamente, invitamos a revisar a varios autores colombianos que concuerdan con una intervención judicial mínima o restringida general: RODRÍGUEZ, J, *Ibidem*. pp. 46-47. ii) WILCHES, R. *Ibidem*. p. 216. Y iii) ISAZA, Á, *Ibidem*, pp.21-23.

³⁵⁸ Código General del Proceso, artículo 24, párrafo 3.

³⁵⁹ Ley 270 de 1996, artículo 130.

³⁶⁰ Ley 909 de 2004, artículo 5 numeral 2 literal a). Decreto Ley 775 de 2005, artículo 7 numeral 7.1. y artículo 10, numeral 10.2.

delegados para procedimientos de insolvencia³⁶¹. Con esto, para Aurelio Gurrea, “(...) los poderes del superintendente y la discrecionalidad en el nombramiento generan desconfianza por la independencia, cualificación y ‘politización’ sobre esos cargos”³⁶². Así mismo, se hace evidente una gran diferencia frente a las reglas de juego para el nombramiento de los jueces civiles del circuito, quienes por regla general sí tienen un protocolo mucho más garantista y público para su selección y nombramiento a partir de la ley de la administración de justicia³⁶³.

5.4.2.2. Riesgo de monitoreo sobre el juez concursal. La importancia de evitar que la supervisión administrativa sobre los superintendentes no obstruya las decisiones jurisdiccionales de los jueces, ya ha sido revisada en estas páginas, pero conviene repetirla ahora frente al Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia. En principio, pareciera que no hay problema por la separación de funciones; sin embargo, sí existe el riesgo de “monitoreo” que pudiese hacer un Superintendente de Sociedades sobre el juez concursal que pudiese llegar a afectar las decisiones jurisdiccionales en casos especiales.

5.4.2.3. Riesgo de inestabilidad jurisdiccional porque no hay vocación de permanencia en el cargo del juez concursal por períodos de carrera judicial. Como no hay vocación de permanencia bajo la carrera judicial, hay varios problemas: i) es posible que un operador judicial concursal no tenga el mismo nivel de libertad para tomar ciertas decisiones. ii) La inestabilidad en el cargo de juez, también puede interferir el hecho de que grandes juristas que lleguen a ser superintendentes delegados para la insolvencia empresarial, solamente puedan aspirar a tener cerca de tres o cuatro años en su cargo. iii) Adicionalmente, pueden llegar jueces que deban declararse impedidos en muchas de sus actuaciones puesto que vienen del sector privado y no de una carrera judicial. iv) Por último, la inestabilidad puede prestarse para que el ser juez de insolvencia empresarial no sea un lugar de llegada, sino un escalón de partida a una nueva vida profesional en el sector privado. Situación que desde una perspectiva individual no es mala, pero, si se analiza desde el interés superior de la función de administración de justicia del estado quizás sería mejor tener una carrera judicial.

5.3.2.4. Riesgo de vetos en el proceso de nombramiento del juez concursal. El nombramiento del juez del concurso puede estar sujeto al riesgo de tener que alinearse con posturas más cercanas a la cabeza de la Rama Ejecutiva del poder público³⁶⁴, que sobre la autonomía e independencia que estudiamos a lo largo de este capítulo en el momento de la búsqueda y nombramiento del nuevo juez de insolvencia en la Superintendencia de Sociedades.

³⁶¹ Ley 270 de 1996, artículo 160.

³⁶² GURREA, A, Ibídem, p.190.

³⁶³ Ley 270 de 1996 y demás normas concordantes.

³⁶⁴ PÁJARO, N, Ibídem, pp.372-373.

5.3.2.5. Riesgos sobre la idoneidad en el análisis de la crisis empresarial cuando hay acciones de tutela contra sentencias en insolvencia empresarial. Por un lado, encontramos que los jueces de la insolvencia empresarial, como cualquier otro juez, también pueden tener que afrontar acciones de tutela contra sus sentencias. Entonces, tal como ocurre con otros procesos en Colombia, son posibles las acciones de tutela por las causales genéricas o especiales de procedibilidad de acciones de tutela contra sentencias de los superintendentes delegados para la insolvencia empresarial. Las tutelas contra sentencias del juez concursal, desde una perspectiva procesal, serán conocidas por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la sede que corresponda³⁶⁵.

Para ir cerrando este apartado del capítulo, debemos expresar que existen varias particularidades del sistema de estructuración de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades que hacen que, desde el punto de vista de asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, se presenten reparos importantes a cómo funcionan actualmente. Lo otro que importa resaltar es que, como ya se ha manifestado de manera reiterada a lo largo de este texto, el asunto de las crisis empresariales y de la insolvencia empresarial en particular es un asunto primordialmente económico, por lo que es importante destacar que los jueces concursales, cuya necesidad creemos que ya quedó en evidencia a lo largo de este texto, no deberían perder de vista nunca esa situación, lo que debe guiar su actuar y decisiones en todo momento, para lo cual pareciera necesario acudir al buen criterio y tino de dichos jueces, con una especial referencia al “juez Hércules” planteado por Ronald Dworkin en sus escritos³⁶⁶.

Las problemáticas derivadas de la intervención del Estado en ejercicio de funciones jurisdiccionales en la insolvencia empresarial constituyen, sin duda, un elemento transcendental para la competitividad de un país. Hablamos no sólo de las normas de insolvencia, que permiten que los inversionistas, como potenciales acreedores, conocer cuáles son las reglas de juego si sus negocios salen mal³⁶⁷, sino también de cómo el juez de la insolvencia empresarial puede ver afectada su independencia y autonomía. Sin plantear una conclusión tajante, creemos que en este capítulo hemos brindado algunas piezas de razonamiento jurídico relevantes para entender mejor las tensiones en torno a la intervención de los jueces de la insolvencia empresarial de la Superintendencia de Sociedades.

Al respecto, este capítulo trata de contribuir a la construcción, desde el Derecho Concursal, sobre el difícil reto de revisar el poder de los jueces en Colombia. En la primera parte del capítulo se

³⁶⁵ Según el párrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia de Sociedades se equipará a un juez civil de circuito de la sede regional donde esté asentado el juez de insolvencia empresarial, por lo que para conocer sobre las acciones de tutela contra sus sentencias debe tenerse en cuenta tal competencia. Código General del Proceso, artículo 24, párrafo 3 y artículo 31, numeral 2. Decreto Único Reglamentario No. 1069 de 2015, artículo 2.2.3.1.2.1 numeral 10, modificado por Decreto 1983 de 2017 en su artículo 1.

³⁶⁶ DWORKIN, R. El imperio de la justicia. Barcelona, Gedisa, 1988.

³⁶⁷ POLANIA, N, Ibidem, pp.133-141.

ilustró sobre cómo las instituciones concursales están íntimamente ligadas al crecimiento económico, de manera que la conexión entre las empresas en crisis y el desarrollo del país es innegable. En la segunda parte del capítulo quedó plasmada la complejidad de la idea de “otorgar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas”. En la tercera parte, presentamos la fuerza con la que chocan varias categorías relacionadas con la intervención judicial en Colombia, con énfasis en los jueces de la insolvencia empresarial. Y, por último, en la cuarta parte de este capítulo rescatamos buena parte de las críticas expuestas por Nicolas Pájaro alrededor de la independencia y autonomía de los jueces concursales en la Superintendencia de Sociedades.

Las empresas han estado en crisis y van a volver a estarlo. El pasado, presente y futuro de las crisis empresariales tienen un patrón común: “excesiva acumulación de deuda (trátese de gobiernos, bancos, empresas o consumidores)”³⁶⁸. Debemos recordar, de nuevo, que la insolvencia empresarial es un asunto económico y no jurídico.³⁶⁹ Hemos tratado de explicar las principales razones por las cuales la intervención del Estado en la insolvencia empresarial es necesaria desde un punto de vista económico para un país. Pero, también es cierto que la intervención judicial desmedida y abrupta no es conveniente para la economía de las naciones. Así como también, debe señalarse que dejar en libertad total la suerte de las crisis empresariales en manos de los particulares es un riesgo para cualquier Estado.

En efecto, este capítulo se ha tratado de prestar la importancia de que el Estado únicamente intervenga en la insolvencia empresarial porque los intereses en juego van más allá de la dinámica acreedor-deudor³⁷⁰. La intervención jurisdiccional en la insolvencia empresarial no es, por tanto, la primera alternativa en la crisis empresarial³⁷¹ sino, más bien, una última medida en la que el ordenamiento jurídico debe involucrarse porque los deudores y acreedores no pudieron ponerse de acuerdo directamente³⁷². Entonces, como idea de cierre planteamos que intervención judicial en materia de insolvencia empresarial se debería dar únicamente cuando las reglas de juego aplicables lo ameriten y los derechos en juego requieran garantías especiales.

³⁶⁸ REINHART, C y ROGOFF, K, *Esta vez es distinto: ochos siglos de necesidad financiera*, Op. Cit., pp.11,14, 30, 42-47.

³⁶⁹ RODRÍGUEZ, J, *Ibidem*, p.70.

³⁷⁰ PÁJARO, N, *Ibidem*, p.665.

³⁷¹ Un ejemplo de la búsqueda de normas que inviten a negociaciones entre deudor y acreedores antes de la entrada de los jueces concursales la encontramos en las nuevas reglas concursales para mejorar las alternativas procesales con menor intervención judicial. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-6.PDF.

³⁷² POLANIA, N, *Ibidem*, 2021, pp.613,614-624 (SIC).

6. La intervención judicial en los Decretos legislativos de emergencia por el Covid-19

Las crisis económicas pueden contagiar y propagar sus nefastos resultados en distintos países. La pandemia del coronavirus tenía el potencial de causar un efecto dominó que llevara a las empresas a insolvencia a escala planetaria, En Colombia se han producido varias crisis empresariales internas como efecto de grandes eventos históricos. Sin embargo, lo que ahora nos interesa es estudiar cómo, desde marzo de 2020, con las primeras medidas de protección del Gobierno Nacional a los ciudadanos con ocasión del virus SARS-CoV-2, el Derecho Concursal se convirtió en una de las estrategias fundamentales del Estado para proteger el tejido empresarial colombiano³⁷³.

Esta nueva crisis tenía características especiales: global, imprevista y con el potencial de afectar gravemente a toda la economía del país. La pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2, en adelante, Covid-19, provocó que las instituciones del Derecho concursal colombiano fueran puestas a prueba para dar respuesta al potencial destructivo de la pandemia sobre las empresas y la economía. Este apartado de la investigación explora cuál fue la respuesta normativa concursal desde la perspectiva de la mayor o menor intervención judicial en la insolvencia empresarial. Para lo cual nos concentramos en los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020³⁷⁴.

Para entender la respuesta normativa colombiana a la pandemia de 2020, el esquema escogido consiste en, un primer momento, estudiar la crisis empresarial ocasionada por el coronavirus. En una segunda parte, se revisará la magnitud del problema normativo para el Derecho concursal y, acto seguido, se revisarán brevemente los procesos antes de la pandemia para, finalmente, analizar por separado, de manera general, las instituciones introducidas en los Decretos de emergencia.

6.1. Una crisis empresarial causada por la pandemia de coronavirus

³⁷³ El Gobierno Nacional, como muchos otros países latinoamericanos, desde el inicio de la pandemia elaboró políticas públicas para proteger a las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) y la competitividad de sus naciones. Dentro de las distintas estrategias de los Estados estaban: liquidez, empleo y apoyo a la producción (financiamiento). HEREDIA, A y DINI, M, *Análisis de las políticas de apoyo a las PYMES para enfrentar la pandemia del Covid-19 en América Latina*, CEPAL, Documento de Proyectos, Santiago, pp.7.16 disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46743-analisis-politicas-apoyo-pymes-enfrentar-la-pandemia-covid-19-america-latina>. Además, el Derecho Concursal, tal como ya se explicó en este escrito, es transversal al Derecho y la Economía, razón por la cual los marcos normativos de muchos Estados debieron reformarse con rapidez para apoyar los sistemas productivos de muchas naciones. GURREA, A, MAHAJAM, P y BRODIE, S, *Global Guide: measures adopted to support distressed business through the covid-19 crisis*, World Bank, Disponible en <https://ccla.smu.edu.sg/sites/cebcla.smu.edu.sg/files/2020-12/SGRI/Insolvency%20Responses%20in%20Times%20of%20COVID19.%20World%20Bank%20and%20INSOL.pdf>

³⁷⁴ Los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020 son normas transitorias especiales que modifican, suspenden o complementan temporalmente el Derecho Concursal colombiano durante dos años, contados a partir de su entrada en vigencia. Ahora bien, es importante señalar que mediante el artículo 136 de la Ley 2159 de 2021 “Presupuesto General de la Nación 2022” el Congreso de la República extendió la vigencia temporal de los decretos legislativos hasta el 31 de diciembre de 2022.

Las sociedades comerciales son el vehículo jurídico a través del cual, a lo largo de mucho tiempo, los proyectos de los empresarios se han materializado en grandes y pequeños negocios. En el mundo de los negocios, el Derecho Concursal prevé reglas de juego claras cuando los derechos patrimoniales de distintos acreedores están en riesgo de perderse. Durante el año 2020, el virus de la Covid-19 rápidamente se esparció por todo el planeta, convirtiéndose en una pandemia. Con la enfermedad del coronavirus se creó una gran paradoja para la salud y la economía, pues las medidas adoptadas por los Estados para afrontar el virus ayudaban a proteger la vida y evitar el contagio, pero, desafortunadamente, esas mismas medidas de restricciones de confinamiento también fueron la fuente principal de una crisis económica sin precedentes.³⁷⁵

Desde marzo del año 2020, las empresas están atravesando una de las crisis empresariales más grandes de la historia económica de Colombia. Por esa razón, el Gobierno Nacional tomó la decisión de modificar el régimen concursal previo a la pandemia, con el fin de establecer normas transitorias y de choque para evitar el colapso de sus industrias. Los procesos concursales existentes en Colombia eran insuficientes ante la magnitud la crisis empresarial que se avecinaba y, por eso, fue necesario que la Presidencia de la República liderara, con el apoyo de la Superintendencia de Sociedades, una reforma temporal de las normas concursales.

Ante este panorama desesperanzador, el Gobierno tenía que reaccionar rápidamente y no podía esperar a que el Congreso de la República modificase el estatuto concursal vigente, porque cada día que pasaba sin que se tomaran medidas para ayudar al sector empresarial, se destruían empleos y empresas. Entonces, ante la posibilidad de una avalancha de empresas en estado de insolvencia, el Presidente de la República, con base en las facultades del artículo 215 de la Constitución Política de 1991, y la Ley 137 de 1994, expidió el Decreto Legislativo 637 de 2020 del 6 de mayo de 2020, por el que se declaró el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en Colombia. En desarrollo de los poderes excepcionales otorgados por tal estado, el Presidente expidió los Decretos Legislativos 560 del 14 de abril de 2020 y 772 del 3 de junio de 2020³⁷⁶.

6.2. La magnitud del problema para el Derecho Concursal

El economista colombiano Juan Carlos Echeverry dijo que el “siglo XXI realmente inicia en el año 2020 con la pandemia del Coronavirus”³⁷⁷. Entonces, los países debían recorrer tres caminos para afrontar el Covid-19: “(...) 1) salvar al sistema de salud y evitar que el virus se salga de control; 2) ayudar a familias que perdieron sus empleos y cuyos ingresos han sufrido; y 3) salvar

³⁷⁵ WORDL BANK GROUP, *Global Economic Perpectis: June 2020*, pp. 1-36. Disponible en <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>

³⁷⁶ Es importante precisar que existen varios decretos reglamentarios que no se estudian en este documento porque desbordan el objeto. Por lo tanto, nos concentramos en los Decreto 560 y 772 de 2020.

³⁷⁷ ECHEVERRY, J, “El siglo XXI empezó en 2020”, *En diez especulaciones sobre el futuro*, Bogotá, Planeta, 2020. p.31.

a las pequeñas, medianas y grandes empresas de la iliquidez y la insolvencia. El problema es que cada esquina de este triángulo se contraponen a las otras dos (...)"³⁷⁸.

En Colombia, el Estado y los empresarios sabían que el Derecho Concursal colombiano tenía una serie de instituciones adecuadas para crisis empresariales locales y con ciertos patrones de normalidad. Por lo tanto, el régimen colombiano de insolvencia empresarial, Ley 1116 de 2006, frente al desafío de pandemia, era insuficiente de cara a una situación extraordinaria de crisis empresarial, por las siguientes razones: 1) tres procesos judiciales³⁷⁹ (reorganización, validación y liquidación³⁸⁰) que no clasificaban el tipo de empresas por tamaño y complejidad. 2) Los instrumentos para la insolvencia empresarial eran robustos porque respetaba las garantías constitucionales³⁸¹ necesarias para proteger los derechos de los empresarios deudores y de sus acreedores, sin embargo, su arquitectura procesalista y formalista no era flexible ante crisis empresariales masivas³⁸², abruptas y sistemáticas³⁸³. 3) La Rama Judicial colombiana estuvo en una suspensión de procesos judiciales desde marzo de 2020 hasta el julio de 2020. Y 4) la Superintendencia de Sociedades, como cualquier otro operador jurídico, no estaba en la capacidad de afrontar el reto de la pandemia con los procesos existentes y sus recursos humanos y financieros previos a la pandemia.

La Superintendencia de Sociedades fue precisa en llamar la atención sobre el riesgo para las empresas y la economía colombiana:

“(...) La desaceleración mundial de la actividad económica causada por la crisis del Covid-19 mundial ha tenido un impacto negativo en las economías de los países desarrollados y los países en desarrollo, incluida Colombia. (...)”

³⁷⁸ ECHEVERRY, J, “El siglo XXI empezó en 2020”, Op. Cit., pp.31-33.

³⁷⁹ Para conocer una visión primigenia y sencilla de qué es un proceso, puede verse la obra de Francesco, CARNELUTTI, F, *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Temis, 2010, p. 59-63. Y, para más información sobre la historia y características del Derecho Procesal Civil colombiano, puede consultarse el libro de Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO, H, *Código general del proceso: parte general*, Bogotá, Dupre, 2017.

³⁸⁰ CUBEROS, G, “Ejecución colectiva y procesos concursales, en *Derecho de las Obligaciones con propuestas de modernización*, Tomo III, Bogotá, Temis, 2018. pp.611-624.

³⁸¹ La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha resaltado la importancia de los procesos concursales como mecanismos de protección de derechos constitucionales; entre varios pronunciamientos encontramos los siguientes: Sentencia C 1143 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C 586 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C 527 de 2013, MP Jorge Iván Palacio; Sentencia T 149 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T 503 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia C 006 de 2018, MP Cristina Pardo Shchlesinger; Sentencia C 145 de 2018, MP Diana Fajardo Rivera.

³⁸² En Colombia, según un informe de CEPAL en junio de 2020 disminuyó la cantidad de ventas de las empresas más o menos así: “(...) el 96% de las empresas tuvieron una caída en sus ventas (el 75% registró una disminución al 50%)” REY, D, “La pandemia de COVID-19 y aspectos reglamentarios en el ámbito del derecho comercial”, en PRIETO, C, REY, D y GARZÓN, O, *La pandemia Covid-19: los desafíos normativos. Tres visones, tres aproximaciones. Laboral y seguridad social. Comercial. Administración de Justicia*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2021. p.114.

³⁸³ IBÁÑEZ, D, “Impacto de la coyuntura del coronavirus en la economía colombiana”, Op.Cit.

(...) La baja competitividad, el bajo nivel de utilización de la capacidad de producción debido a la falta de capital de trabajo, la disminución de la demanda interna y externa, la reducción de la tasa de empleo y la reducción de las exportaciones son solo algunas de las consecuencias del financiamiento global, las cuales están creando una presión en el aumento de la insolvencia de las empresas. (...)

(...) Esto ha llevado a una mayor exposición de las empresas colombiana a un riesgo de quiebra (...).”³⁸⁴

Así, el Estado colombiano reconoció que las herramientas jurídicas contenidas en el régimen de insolvencia empresarial vigente no eran la respuesta adecuada para la crisis del Coronavirus, por sus excesivas ritualidades y demoras. Esto se puede ver con claridad en los argumentos consignados en los apartes considerativos del Decreto Legislativo 560 de 2020:

“(.) Que, en efecto, el régimen de insolvencia empresarial actual supone que el deudor cumpla con numerosos requisitos para acceder al proceso recuperatorio, por lo que la decisión sobre la admisión suele tardar tres meses y, por ello, es la verificación documentos y la verificación de la completitud de los mismos. (...)

(...) Que la duración promedio de un proceso de reorganización ordinario es de 20 meses entre fecha de inicio y la confirmación del acuerdo de reorganización, términos que no resultan apropiados para resolver una situación de emergencia económica como la actual (...).”³⁸⁵.

El Gobierno Nacional decidió conjurar esta problemática mediante la creación de procedimientos expeditos, con una intervención judicial mucho menor, con el objetivo de que los nuevos procedimientos concursales permitieran a los empresarios deudores llegar a celebrar acuerdos de reorganización empresarial en menor tiempo con los acreedores. El Estado colombiano construyó, así, una caja de herramientas normativa y económica para responder a tres objetivos que señala el profesor Aurelio Gurrea Martínez respecto de las normas concursales frente al coronavirus, de la siguiente manera:

“(...) (i) proteger a los consumidores y empleados por la posible pérdida de sus puestos de trabajo como consecuencia del cierre de empresas o la reestructuración de plantillas que tenga lugar en los próximos meses; (ii) proteger a los autónomos y empresas frente a las pérdidas económicas y las necesidades de liquidez que ocasionará la caída de ventas provocada por el virus y las medidas implementadas para la paralización del mismo; y (iii) proteger la estabilidad del sistema financiero como consecuencia de la

³⁸⁴ IBÁÑEZ D, *Ibidem*.

³⁸⁵ COLOMBIA, Decreto Ley 560 de 2020, Considerandos 32 y 33.

falta de confianza y el mayor número de impagos a entidades financieras que probablemente se produzca por parte de numerosos particulares y empresas (...).”³⁸⁶

La Corte Constitucional de Colombia, en las sentencias C- 237 de 2020 y C-378 de 2020³⁸⁷ se pronunció declarando la exequibilidad de los procedimientos y de la mayoría de normas concursales creados por los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020. En este punto, es importante recordar que también la Corte entendió la importancia de la emergencia y el cambio en las herramientas jurídicas para afrontarla, cuando expresa en la sentencia C-237 de 2020 que:

“(...) El riesgo de una crisis empresarial profunda y de graves consecuencias no es una cuestión hipotética o conjetural. En medio del impacto generado por el COVID-19, la preservación de la actividad económica organizada y las múltiples iniciativas privadas a las que se anuda la generación de empleo y riqueza se enfrentan a dilemas agudos. Las causas que motivaron la declaratoria del estado de excepción en el Decreto 417 de 2020 y las medidas implementadas para enfrentarlo han dado lugar a una difícil afectación del flujo de pagos afectando la viabilidad de diversas y numerosas iniciativas empresariales. Ello ha sobresaltado el ordinario funcionamiento de las unidades productivas y ha complicado a aquellas que ya se encontraban en una situación grave (...).”

En este punto, es fundamental tener claro que antes de que iniciara la crisis empresarial de la pandemia, primer trimestre de 2020, la Superintendencia de Sociedades estaba experimentando congestión judicial en los procedimientos de insolvencia empresarial. Este escenario de retraso judicial se puede explicar por dos razones: el aumento en la demanda de procesos de insolvencia (de 378 solicitudes en 2014 a 973 en 2018)³⁸⁸ y el desbalance en el menor crecimiento de funcionarios y recursos frente a la demanda de procesos concursales³⁸⁹.

Ante esa problemática, desde 2019 se estaba revisando una reforma a los procesos de insolvencia que, por ende, afectaría la intervención judicial de distintas maneras³⁹⁰. A continuación, exponemos los asuntos, ligados con este apartado del texto, que la Superintendencia de Sociedades quería reformar desde 2019:

³⁸⁶ GURREA, A, *Disolución de sociedades y concursos de acreedores en tiempos de coronavirus*, 2020, en: <https://www.derechoyfinanzas.org/disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores-en-tiempos-del-coronavirus/>

³⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 237 de 2020, MP José Fernando Ryeas Cuartas y Sentencia C 378 de 2020, MP Diana Fajardo Rivera.

³⁸⁸ LIÉVANO, J, *Ibidem*, p. 36.

³⁸⁹ CUBEROS, G, “Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, pp.131-132, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

³⁹⁰ LIÉVANO, J, *Ibidem*, pp. 44-49.

- a) Modificar el régimen de auxiliares de la justicia³⁹¹. Se buscaba otorgar mayores responsabilidades a los promotores y liquidadores sobre asuntos administrativos y financieros, que a su vez se materializaran en una comunicación más fluida y concreta con el juez concursal. Esto llevaría a una colaboración más armónica que permitiría que el juez dejará de intervenir en esos asuntos y se pudiese concentrar en temas más de fondo que de forma. Es decir, menor intervención formal del juez concursal.
- b) Crear un nuevo proceso de insolvencia para pequeñas empresas³⁹²: atendiendo a las recomendaciones de UNICTRAL que estudiamos en el pasado apartado de este documento, la Superintendencia de Sociedades quería adicionar un nuevo procedimiento concursal, según el tamaño y tipo de empresa. Desde 2019 se identificaba que el 68% de los procesos de insolvencia a cargo de jueces concursales correspondían a MIPYMES. De ahí que: i) querían un proceso menos robusto que la insolvencia ordinaria, que fuese menos lento y exigente; y ii) el juez concursal tendría que especializarse dependiendo de la complejidad, para que, a mayor tamaño de la empresa, hubiera mayor cantidad de medidas procesales y, a menor complejidad, menor intervención judicial.
- c) Un cambio cultural sobre las partes de los procesos de insolvencia empresarial³⁹³. Para nosotros, sin duda alguna, de nada sirven las normas y el efecto casi mágico que puede tener una regla de juego si las distintas partes interesadas en la insolvencia empresarial no cambian. La Superintendencia de Sociedades explícitamente manifestaba que:

“(...) Las propuestas de reforma al régimen concursal deben enfocarse en un proceso menos litigioso, en donde el papel del juez se enfoque en garantizar un escenario para que tanto los acreedores, deudores y auxiliares de justicia, puedan construir una solución o plan de negocios para una verdadera gestión del activo, económica, financiera, organizacional y operativa de las empresas que permita generar valor y seguir operando para mantener el empleo y pagar a los acreedores. Al igual, cuando la empresa no resulte viable se realice la pronta liquidación del activo. En los dos (2) casos, el papel del juez como director del proceso, se debe reducir a las etapas de contradicción respecto a los activos y pasivos y a la terminación, ya sea con la confirmación del acuerdo de reorganización o su reforma, o con la aprobación de la rendición final de cuentas en el proceso de liquidación. (...)”³⁹⁴.

³⁹¹ LIÉVANO, J, Ibidem, p. 45.

³⁹² LIÉVANO, J, Ibidem pp. 45-46.

³⁹³ LIÉVANO, J, Ibidem p. 48.

³⁹⁴ LIÉVANO, J, Ibidem p. 50.

6.3. La intervención judicial del juez concursal en los Decretos de emergencia

Con base los renglones precedentes, puede concluirse que, para la crisis empresarial del coronavirus, el Estado colombiano no tenía herramientas suficientes para conjurar un evento masivo y sistemático de insolvencias empresariales. Ahora bien, el problema que debió enfrentar el Gobierno era si debía entregarle al Derecho Concursal la capacidad de responder apropiadamente ante la crisis empresarial por la pandemia en los Decretos de emergencia, con distintas estrategias³⁹⁵: ampliación de los mecanismos concursales, normas transitorias con alivios financieros y fiscales, reestructuración operativa especializada sobre los jueces concursales de la Superintendencia de Sociedades, aumento en la listas de auxiliares de justicia, implementación de expedientes digitales, etc.

6.3.1. Motivaciones concursales para expedir los Decretos 560 y 772 de 2020

En este punto, manteniendo la conexión con la pregunta de investigación que nos ocupa, vamos a exponer la clasificación elaborada por Álvaro González Briceño sobre los motivos para expedir los Decretos 560 y 772, que son: i) grupo de consideraciones sobre el régimen de insolvencia ordinario; y ii) grupo de consideraciones sobre factores coyunturales adversos y preexistentes a la crisis del Covid-19.

6.3.1.1. Grupo de consideraciones sobre el régimen de insolvencia ordinario.³⁹⁶ Encontramos las siguientes: i) el cumplimiento de números requisitos legales para acceder a los procesos concursales (reorganización y validación judicial de acuerdos extrajudiciales). ii) Las restricciones en la capacidad del deudor para el pago de pequeñas acreencias, enajenación de activos durante etapas de negociación, bien sea de un acuerdo de reorganización o un acuerdo extrajudicial. iii) La carencia de estímulos suficientes para financiamiento del deudor en etapas de negociación. iv) La ausencia de mecanismos jurídicos concursales que ayudaran a evitar la liquidación de empresas viables que tenían problemas de liquidez.

6.3.1.2. Grupo de consideraciones sobre factores coyunturales adversos y preexistentes a la crisis del Covid-19³⁹⁷. son dos: la primera, es que la congestión judicial en los procesos de reorganización que implicaban un promedio de 20 meses de duración. Y la segunda, que la probabilidad de aumento de solicitudes de procesos de reorganización empresarial por el coronavirus que desbordara la capacidad de respuesta de la Superintendencia de Sociedades.

³⁹⁵ Presidencia de la República de Colombia, Coronavirus Colombia, disponible en <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid-19/decretos.html>

³⁹⁶ GONZÁLEZ, A, Ibídem, p.337.

³⁹⁷ GONZÁLEZ, A, Ibídem. p.338.

6.3.2. *Tendencias la sobre intervención judicial en los mecanismos de insolvencia empresarial en los decretos de emergencia*

A esta altura de la investigación, es posible identificar que los decretos de emergencia y sus correspondientes decretos reglamentarios contienen varias medidas para evitar una debacle empresarial. Como hemos visto, el Gobierno quería hacer muchas cosas en muy poco tiempo a través del Derecho Concursal. Sin embargo, es evidente que con la emergencia podría haber una tendencia a limitar la intervención judicial en los nuevos mecanismos concursales. Por ello, primero vamos a identificar cuáles son las medidas generales y después analizaremos si la tendencia a limitar la intervención judicial en la insolvencia empresarial es real.

6.3.2.1. *¿Cuáles son las medidas generales de los decretos de emergencia sobre el Derecho Concursal?*

De manera general, Álvaro Izasa Upegui identifica doce medidas: 1) provienen de una crisis generalizada; 2) la regulación es transitoria y sin vocación de permanencia; 3) son reglas que aplican exclusivamente para empresas afectadas por la pandemia; 4) los decretos no sólo protegen en concreto a las empresas sino que también en abstracto al grueso de la economía y las industrias del país; 5) acceso expedito al proceso de insolvencia³⁹⁸; 6) disminuyen la intervención de los jueces concursales; 7) incentivan los acuerdos directamente entre acreedores; 8) protegen a las empresas como unidades productivas por encima de los administradores y socios; 9) amplían los operadores de la insolvencia sin que fuesen jueces; 10) reducen los términos según el tipo y tamaño de las empresas para decidir la crisis lo más rápido posible; 11) crean mecanismos de ayuda a la recuperación del deudor; 12) aumentan los mecanismos que tiene la empresa en crisis para afrontar su insolvencia³⁹⁹. Y, a nuestro juicio, hay un punto adicional, que consiste en la reestructuración efectuada en la arquitectura administrativa y funcional de la Superintendencia de Sociedades para ayudar con la crisis⁴⁰⁰.

6.3.2.2. *La tendencia a disminuir la intervención judicial en la insolvencia empresarial en los Decretos de emergencia*

En primera instancia, los Decretos 560 y 772 de 2020 tienen una marcada tendencia a dar alternativas a los empresarios de negociación. De un lado, busca que las partes logren directamente conjurar la crisis; y del otro, con una intervención mínima del Estado en las condiciones de esa negociación⁴⁰¹. Como se explicó en el apartado sobre UNCITRAL y el

³⁹⁸ Para acercarse a la problemática de la duración de los procesos en Colombia, puede revisarse la obra de Miguel Rojas, ROJAS, M, “Problemas relativos a la duración de los procesos”, en *XXXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Universidad libre, 2015, p. 271-291. Y, también en ROJAS, M, “*Lecciones de derecho procesal*”, Tomo II, Procedimiento Civil, Bogotá, Esaju, 2013. p. 177-180

³⁹⁹ ISAZA, Á, *Ibidem*, pp. 14-27.

⁴⁰⁰ LIÉVANO, J, *Ibidem*, pp.2-6

⁴⁰¹ RODRÍGUEZ, J, *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*, Op. Cit. pp. 46-47.

Banco Mundial se recomienda a los ordenamientos jurídico que se amplíen las opciones en la insolvencia empresarial con soluciones “no judiciales, rápidas, eficaces y eficientes, y por ello las intervenciones de las autoridades deben estar limitadas a lo estrictamente necesario”⁴⁰².

Así pues, es un hecho que en los considerandos de los Decretos 560 y 772 de 2020 muestran el paso que se dio hacia la desjudicialización de los nuevos mecánicos concursales:

“(...) Que para reducir el término de duración del proceso de reorganización se requiere contar con procesos extra-judiciales, con menos etapas e intervención judicial, en los cuales el deudor, en un término de tres meses, determine con sus acreedores los mecanismos para resolver la situación de insolvencia (...)”⁴⁰³.

“(...) Que es necesario adoptar medidas que agilicen el acceso y trámite de los procesos de insolvencia con el fin de facilitar la protección a deudores en dificultades, o la liquidación del patrimonio del deudor que no tiene la capacidad para seguir desarrollando su objeto social, toda vez que los procesos de reorganización tienen una duración promedio de veinte (20) meses y los de liquidación veintidós (22) meses, lo que dificulta el rescate las empresas y la movilización eficiente y oportuna de los activos en la economía. (...)”⁴⁰⁴.

Así mismo, en las consideraciones del Decreto 772 encontramos la necesidad de descongestionar al juez concursal (Delegatura para Procedimientos de Insolvencia) al prever:

*“(...) Que toda vez que se anticipa un incremento significativo en el número de **procesos de insolvencia**, es necesario adoptar medidas adicionales que permitan tramitar de una manera más expedita los procesos y otros mecanismos que permitan disminuir los trámites y aumentar la capacidad instalada de los auxiliares de la justicia para atender los mismos.*

*(...) Que con el fin atender adecuadamente el volumen de **procesos de insolvencia** y de facilitar la recuperación de las empresas que enfrentarán dificultades con ocasión de la crisis económica sobreviniente como consecuencia de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 es necesario hacer más expedito el acceso y resolución de los procesos y trámites de insolvencia, entre otros, mediante la implementación de herramientas tecnológicas y de inteligencia artificial. (...)”⁴⁰⁵.*
(negrilla fuera del texto)

⁴⁰² RODRÍGUEZ, J, *Ibidem*. p. 42

⁴⁰³ Decreto 560 de 2020. Exposición de motivos.

⁴⁰⁴ Decreto 772 de 2020. Exposición de motivos.

⁴⁰⁵ Decreto 772 de 2020. Exposición de motivos.

En segunda instancia, encontramos la intervención limitada del juez concursal en el nuevo mecanismo de insolvencia empresarial NEAR (negociación de emergencia de acuerdos de reorganización), en adelante NEAR. Es decir, hay una intención expresa para que no se usará como primera opción el “mecanismo ordinario de insolvencia empresarial de la ley 1116”, poniendo en manos del deudor, apoyado por asesores especializados, muy seguramente, un conjunto de reglas de juego para propender por menor litigiosidad⁴⁰⁶ y con el fin de que la intervención judicial se limitase así:

i) El juez debe recibir del deudor el aviso formal para acogerse al NEAR. Aquí, cambia la manera como tradicionalmente intervenía el juez concursal en los procesos robustos de insolvencia. Dado que ya no debía realizar un estudio detallado y pormenorizado sobre los documentos del aviso, sino que si el aviso cumple con los presupuestos legales debe admitir el NEAR.

ii) Transcurridos tres meses desde la admisión, el juez debe conocer de la validación judicial expedita que debe presentar o no el deudor⁴⁰⁷. En este punto, debe quedar claro que es responsabilidad del deudor: convocar a los acreedores, hacer la graduación, calificación de créditos y derechos de voto, conciliar las discrepancias con los acreedores y, lo más importante, celebrar el acuerdo de emergencia de reorganización en un plazo muy rápido.

iii) En la audiencia de validación el juez el juez hará control de legalidad sobre: inconformidades de los acreedores sobre el proyecto de graduación y derechos de voto; escuchar a los acreedores que votaron negativamente el acuerdo; decidir si el acuerdo se ajusta a la ley; y decretar el levantamiento de medidas cautelares y terminación de procesos ejecutivos⁴⁰⁸.

En tercera instancia, encontramos que los procedimientos de recuperación empresarial ante cámaras de comercio constituyen un mecanismo que combina lo extrajudicial y judicial a la vez⁴⁰⁹. En su primera parte, es extraprocesal porque la intervención del juez es nula⁴¹⁰. Y en su segunda parte, es judicial porque implica una intervención mínima para que el juez valide el acuerdo o no⁴¹¹. En tal sentido, se quiso aprovechar la infraestructura y experiencia de las cámaras de comercio del país, con el objetivo de que este mecanismo concursal permitiera a los empresarios de regiones y zonas que no tienen sedes de la Superintendencia de Sociedades

⁴⁰⁶ PRIETO, C, *La negociación de emergencia-un nuevo procedimiento de insolvencia*, Op. Cit., pp.274-275

⁴⁰⁷ Decreto 842 de 2020 Artículo, 13

⁴⁰⁸ Decreto 560 de 2020, Art. 8, Par. 1 y Decreto 842 de 2020, Art.11

⁴⁰⁹ GONZÁLEZ, A, *Ibidem*. p.339.

⁴¹⁰ MORA, J, Arbitraje e insolvencia: el caso colombiano en pandemia, *Revista Actualidad Concursal*, 2021, pp.20-23.

⁴¹¹ MORA, J, Arbitraje e insolvencia: el caso colombiano en pandemia, Op, Cit., pp.25-28.

acceder a alternativas para su crisis⁴¹². No obstante, hay dos posibles problemas: el primero, es que puede que los jueces civiles del circuito que podrían conocer de la segunda fase de estos mecanismos, por su falta de experticia y sobrecarga de trabajo, pudiesen afectar esta alternativa. Y el segundo, es que es muy difícil predecir qué tan exitoso será este mecanismo que combinar el Arbitraje con el Derecho Concursal, solo el tiempo y los fallos presentarán resultados durante la vigencia de los decretos de emergencia⁴¹³.

Finalmente, en cuarta instancia, el Decreto 772 crea los procesos abreviados para pequeñas insolvencias. El nuevo proceso concursal de salvamento es un “proceso de reorganización abreviado”, aplicable para las empresas cuyos activos sean inferiores a 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Mientras que, por el lado de la dirección judicial, el juez lidera la audiencia, tanto de las objeciones al proyecto de graduación de créditos, la fórmula de acuerdo, las mayorías entre otras. Se busca que el deudor y el acreedor puedan construir un acuerdo perdurable en el tiempo o su liquidación. En este caso, estamos de acuerdo con Álvaro Isaza, quien expresa que los procesos abreviados para pequeñas insolvencias del Decreto 772 mantienen un diseño de intervención judicial mínima⁴¹⁴.

En resumen, la crisis del covid-19 fue la ocasión, idónea e imprevista, para que el Gobierno Nacional introdujera al ordenamiento jurídico concursal el estímulo de mecanismos negociales, con una menor intervención judicial, opción que, en principio está temporalmente restringida, pues las normas no tienen vocación de permanencia, así se haya prorrogado la vigencia de los Decretos 560 y 772 de 2020⁴¹⁵. Pero encontramos que estos mecanismos deberían tener una vocación de convertirse en legislación permanente, como se expone a continuación, en el apartado de Conclusiones.

⁴¹² GONZÁLEZ, A, *Ibidem*. p.372.

⁴¹³ MORA, J, *Ibidem*, p.28.

⁴¹⁴ ISAZA, Á, *Ibidem*, p. 23.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ, J, *Ibidem*. pp. 41-43, 46-49.

7. Conclusiones

Esta investigación, como se planteó desde el comienzo, ha intentado presentar al lector un conjunto de argumentos para poder responder la pregunta de investigación: ¿de qué manera la intervención del Estado colombiano, actuando como juez, garantiza en los procesos de insolvencia empresarial el cumplimiento de la Constitución Política de 1991, frente a las recomendaciones de UNCITRAL y el Banco Mundial, para afrontar la crisis empresarial en la legislación de emergencia por el Covid-19?

La insolvencia empresarial es un asunto económico y las empresas han estado en crisis y van a volver a estarlo. Por eso, hemos tratado de explicar las principales razones por las cuales la intervención del Estado en la insolvencia empresarial es necesaria desde un punto de vista económico para un país. Resulta siempre conveniente tratar de recordar que hemos transitado por cinco caminos de argumentación para entender la institución jurídica de la intervención judicial en la insolvencia empresarial en Colombia: la historia concursal, el marco constitucional, la influencia de recomendaciones o trasplantes internacionales, las principales problemáticas sobre la intervención jurisdiccional y la respuesta normativa temporal ante la crisis del Coronavirus.

Esperamos que el lector tenga una mejor comprensión sobre el tema de la intervención judicial en procesos de insolvencia empresarial en Colombia. Así, el ejercicio de investigación para responder el problema de investigación inició con una revisión de los antecedentes históricos, descriptivos e interpretativos, del período “intervencionista” hacia el período “aperturista” (1969-2020). Para identificar cómo se ha desarrollado la intervención judicial de la Superintendencia de Sociedades en insolvencia empresarial a lo largo de la historia del Derecho Concursal Colombiano. En consecuencia, fruto de este interesante ejercicio encontramos que: i) la Superintendencia de Sociedades dejó de ser una institución con funciones completamente administrativas, y transformó una de sus dependencias funcionales en el juez especializado en Derecho Concursal con más experiencia y recursos en sistema jurídico colombiano. Y ii) a lo largo de muchos años y normas, el Derecho Concursal colombiano ha diseñado normas con mayor intervención judicial (tiempos más normales) y de menor intervención judicial (cuando hay crisis imprevistas).

Con el análisis del marco constitucional para la intervención judicial en procesos de insolvencia empresarial, podemos plantear como conclusiones que: i) la Constitución Política de 1991 ha influenciado distintas al Derecho Concursal, pues es evidente, a la fecha, que cualquier juez que conozca de procesos de insolvencia debe aplicar las normas concursales, teniendo en cuenta los principios, valores, y reglas constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que sean pertinentes para proteger derechos fundamentales. Y ii) los jueces de la insolvencia empresarial deben propender por el equilibrio de los derechos de acreedores y deudores, mediante la aplicación de la Constitución y la Ley. Y para eso, siempre debe tener presentes los “indicadores

de constitucionalidad sobre el Derecho Concursal” y los “métodos de interpretación de la ley concursal”.

Ahora, en relación con el estudio de las recomendaciones legislativas de UNCITRAL y Banco Mundial, de cara al tema de la intervención judicial en procesos de insolvencia, podemos concluir que: i) el Derecho Concursal del mundo está influenciado por instituciones internacionales, como UNCITRAL y el Banco mundial, que expresan, fundamentalmente, por medio de recomendaciones normativas, la implementación de políticas públicas a través normas en distintos ordenamientos jurídicos del mundo, para lo cual es necesario tener presente que los trasplantes son herramientas que pueden triunfar o fracasar en cada país por muchas causas. ii) Las recomendaciones normativas de UNCITRAL y el Banco Mundial, estudiadas en abstracto y en concreto, alrededor del tema de la intervención judicial en la insolvencia empresarial, evidencian que no hay una postura única con recomendaciones universales para todo tipo de insolvencia. Aunque, si buscan tener mecanismo de insolvencia diferentes según el tamaño y complejidad de la crisis. Para atender la insolvencia empresarial con mayor o menor intervención judicial. Y iii) el sistema jurídico colombiano han seguido algunas de las guías normativas de instituciones internacionales como son: a) insolvencia transfronteriza (UNCITRAL y Banco Mundial). b) la negociación de emergencia (Comunidad Europea de Naciones). Y c) la reorganización abreviada (MIPYMES de UNCITRAL).

Las problemáticas derivadas de la intervención del Estado en ejercicio de funciones jurisdiccionales en la insolvencia empresarial son un elemento transcendental para la competitividad de un país. En este contexto, con la Constitución Política de 1991 iniciaron algunas de los debates jurídicos más importantes de los últimos años en Colombia, sobre el poder y papel de la intervención de los jueces en el sistema jurídico colombiano. Aquí, se han expuesto unas ideas y una posición muy clara a favor de que la intervención judicial se dé únicamente cuando las reglas de juego aplicables lo ameriten y los derechos en juego requieran garantías especiales. La independencia y autonomía de los jueces en la insolvencia empresarial en Colombia también se construye no solo con la ausencia de control jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino con incorporar las reglas de selección y desarrollo a las mismas de los jueces civiles del circuito dentro de la carrera judicial.

En última instancia, la pandemia del Covid-19 desencadenó la adopción, transitoria por el momento, en los Decretos legislativos de emergencia por el Covid-19 la ampliación de mecanismo concursales para favorecer arreglos directos con menores intervenciones judiciales, sin eliminar de plano los procesos ancla de la Ley 1116 de 2006. Así mismo, los nuevos mecanismos concursales introducidos por los Decretos Legislativos, transitoriamente, incorporan alternativas para que la partes puedan optar por el proceso que más se ajuste a sus necesidades para afrontar su propia crisis. Solamente el tiempo dirá qué herramientas jurídicas de los decretos de emergencia tendrán vocación de permanencia, dado que es necesario pensar en que la normatividad concursal

colombiana debe aprovechar lo vivido en estos años de pandemia, para pensar su presente y futuro, escenarios dentro del cual encontramos útil y necesario mantener abierta la posibilidad de las alternativas introducidas por los Decretos Legislativos mediante adopciones permanentes que amplíen la caja de herramientas para la insolvencia empresarial.

Finalmente, esperamos que lo aquí expuesto sobre los cambios en los mecanismos concursales colombianos, de cara al tema de la intervención judicial del Estado en los mismos, sea un abre bocas para el futuro del Derecho Concursal, dado que encontramos que los mecanismos temporales para la pandemia deberían incorporarse permanentemente al régimen concursal empresarial colombiano, para ampliar las alternativas que permitan abrigar a los empresarios y acreedores en tiempos económicos menos o más tormentosos.

Bibliografía

ARCILA, Carlos, Blog Centro de Análisis Societario IDEAS, Evolución del Derecho Concursal desde el Código de Comercio, 2021, En <https://www.iasocietario.com/post/evoluci%C3%B3n-del-derecho-concursal-desde-el-c%C3%B3digo-de-comercio>

ASAMBLEA GENERAL LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2205 (XXI), 17 de diciembre de 1966. Disponibles en https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate_composition y [https://undocs.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2205(XXI))

BANCO MUNDIAL “*Doing Business*”. Disponible en: <https://archive.doingbusiness.org/es/data/doing-business-score>.

BANCO MUNDIAL, *Historia el Grupo Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional*, Disponible en <https://www.bancomundial.org/es/about/history>

BANCO MUNDIAL, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2021. Disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BANCO MUNDIAL, Reestructuración corporativa: lecciones desde la experiencia, 2004, Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/ru/471241468153871043/pdf/344150SPANISH0101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>

BANCO MUNDIAL, *Resolución de la insolvencia*, Disponible en <https://espanol.doingbusiness.org/es/methodology/resolving-insolvency>

BARRERO, Juan, *Jurisprudencia constitucional: precedentes de la humanidad, casos y materiales*, Legis, Bogotá, 2018.

BERNAL, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado, Bogotá, 2008.

BOTERO, Carolina y JARAMILLO, Juan, “Una visión panorámica: el conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”, BOTERO, C, GARCÍA, M, JARAMILLO, J y UPRMNY, R, (Editores), *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Bogotá, DEJUSTICIA, 2006, Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/tutela-contra-sentencias/>.

BROWN, Kevin, *Approches to the study of law*, 2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3030707.

CALDERÓN, Juan, *Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia*, Revista Vniversitas, Bogotá,

Universidad del Rosario, Vol 56 No. 113, 2007. Disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14631>

CALDERON, Juan, “Constitución y derecho comercial”, en CARDENAS, J, CALDERON, J, y LÓPEZ, J, (Editores académicos), *Derecho comercial: cuestiones fundamentales*, Bogotá, Legis, 2016.

CALDERÓN, Juan, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis y Universidad del Rosario, 2017.

CALVINHO, Gustavo, *El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder*. 2012, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

CAMPOS, Diana, “¿Usurpación de las funciones jurisdiccionales a cargo de las autoridades administrativas?”, en Horacio Cruz Tejada (Coordinador), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Bogotá, Segunda Edición, Universidad de los Andes, 2017.

CASTILLO, CASTRILLÓN ABOGADOS. *Preconcurso y concurso de acreedores, las UCI para miles empresas ante el Coronavirus*, Valencia, 2021. Disponible en <https://castillocastrillonabogados.com/preconcurso-y-concurso-de-acreedores-las-uci-para-miles-de-empresas-ante-el-coronavirus/>.

CARNELUTTI, Francisco, *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Temis, 2010

CEPEDA, Manuel, *Polémicas constitucionales*, Legis, Bogotá, 2007.

CHYNOWETH, Paul, *Legal Research in the built environment: A methodological framework*, Published in 2008. Disponible en: <http://usir.salford.ac.uk/id/eprint/12467/>

CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS (CONFECAMARAS), “Dinámica de creación de empresas en Colombia: enero-diciembre de 2021”, Disponible en: <https://confecamaras.org.co/phocadownload/2022/Informe%20Din%C3%A1mica%20de%20Creaci%C3%B3n%20de%20Empresas%202021.pdf>

CORREA, Jaime, “Deberes del juez de tutela y el cumplimiento de sus decisiones”, en BERAJANO, R, MORENO, P y RODRÍGUEZ, M, (Editores), *Aspectos procesales de la acción de tutela*, Bogotá, Universidad Externado, 2017.

CREMADES, CALVO Y SOTELO ABOGADOS. *Informe sobre la seguridad jurídica y la protección a la inversión en Iberoamérica: una consideración específica de los sectores regulados de la energía y las telecomunicaciones*, Madrid, 2017. Disponible en https://www.cremadescalvosotelo.com/sites/default/files/pdf_informe_final_en_espanol_13_03_16.pdf

CUBEROS, Gustavo, “Ejecución colectiva y procesos concursales, en *Derecho de las Obligaciones con propuestas de modernización*, Tomo III, Bogotá, Temis, 2018.

CUBEROS, Gustavo, “Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Boletín técnico producto interno bruto II trimestre 2020”, Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/bol_PIB_IItrim20_produccion_y_gas_to.pdf,

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Boletín técnico producto interno bruto iv trimestre y año 2020”, Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/cp_PIB_IVtrim20.pdf

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Encuesta de micronegocios IV trimestre 2021”, Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/micronegocios>

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), “Encuesta de micronegocios IV trimestre 2021” Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/micro/Pres-micronegocios-2020-ene-oct.pdf>

DJANKOV, Simeon, HART, Oliver, MCLIESH, Carlee y SHLEIFER, Andrei, *Debt Enforcement around the world*, 2008, Jurnal of Political and Economy, Vol 116, No6, University of Chicago, Disponible en <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Methodology/Supporting-Papers/DB-Methodology-Debt-Enforcement-around-the-World.pdf>

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona, Gedisa, 1988.

ECHEVERRY, Juan, “El siglo XXI empezó en 2020”, *En diez especulaciones sobre el futuro*, Bogotá, Planeta, 2020.

ESCALANTE, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo: una historia económica, cultural e intelectual de nuestro mundo de 1975 a hoy*, Madrid, Turner Publicaciones, 2016.

FERNÁNDEZ, José, *Dopaminas y derecho concursal*, 2021, Disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/11/12/dopaminas-y-derecho-concursal/>

FERRARI, Enrick, *La U.C.I. de tus finanzas*, 2020, Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/la-uci-de-tus-finanzas-enric-mart%C3%AD-ferrari/?originalSubdomain=es>.

FIERRO, Hector, *Tutela y vías de hecho*, Leyer, Bogotá, 2004.

GOLDRATT, Eliyahu, *La meta: un proceso de mejora continua*, Argentina, Granica, 2012.

GOLDRATT, Eliyahu, *No es cuestión de suerte: segunda parte de la meta*, Argentina, Granica, 2008.

GÓMEZ, Ciro, “Los peligros de las decisiones en momentos de crisis”, en MORENO, A y PINZON, C (Editores Académicos), *Dirección empresarial: ¿cómo navegar en tiempos de crisis?*, Bogotá, Universidad de La Sabana e INALDE, 2020.

GONZÁLEZ, Álvaro, “El régimen de insolvencia empresarial en tiempos de la pandemia”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

GRAZIADEI, Michele, “El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas”, en AJANI, G, y GRAZIADEI, M, *Derecho comprado y teoría jurídica*, Buenos Aires, Ibáñez.

GRAZIADEI, Michelle, “Trasplantes jurídicos y las fronteras del conocimiento jurídico”, en AJANI, G, y GRAZIADEI, M, *Derecho comprado y teoría jurídica*, Buenos Aires, Ibáñez, 2018,

GURREA, Aurelio, “Disolución de sociedades y concursos de acreedores en tiempos de coronavirus”, 2020, en: <https://www.derechoyfinanzas.org/disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores-en-tiempos-del-coronavirus/>

GURREA, Aurelio, “La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica”, en Francisco Reyes Villamizar (Coordinador), *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, Bogotá, Legis, 2018.

GURREA, Aurelio, *The Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions: An Economic and Comparative Approach*, en *Chicago- Kent Law Review*, Vol 93, Num, 3, 2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845101

GURREA, Aurelio, *The Treatment of Debtor-in-Possession Financing in Reorganization Procedures: An Economic and Comparative Approach*, Singapore Management University School of Law, Research Paper 3/2022 Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4067966

GURREA, Aurelio, MAHAJAM, Pooja, y BRODIE, Simon, *Global Guide: measures adopted to support distressed business through the covid-19 crisis*, World Bank, 2020. Disponible en <https://ccla.smu.edu.sg/sites/cebcla.smu.edu.sg/files/2020-12/SGRI/Insolvency%20Responses%20in%20Times%20of%20COVID19.%20World%20Bank%20and%20INSOL.pdf>

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, Imperio, Barcelona, Paídos, 2002.

HENSKENS, Alister, *Legal education: black letter, White letter or practical law*, 2006. Disponible en <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/NewLawRw/2006/5.pdf>.

HENAO, Ruben, *Choque de Vanidades: estudio de la acción de tutela en las altas cortes colombianas*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2007

HEREDIA, Andrea y DINI, Marco, “Análisis de las políticas de apoyo a las PYMES para enfrentar la pandemia del Covid-19 en América Latina”, CEPAL, *Documento de Proyectos*, Santiago, 2021. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46743-analisis-politicas-apoyo-pymes-enfrentar-la-pandemia-covid-19-america-latina>

HERNÁNDEZ, Nelsón, *Análisis de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias en Colombia a partir de la organización de los poderes públicos: poderes ejecutivos y judicial*, 2021, Universidad del Norte, Disponible en: <https://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/9868/Tesis%2072270885.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

HERRERA, Camilo, “¿Unos meses cambiarán nuestra manera de consumir?”, *En diez especulaciones sobre el futuro*, Bogotá, Planeta, 2020.

HERRERA, Wilson, “Régimen de la rama judicial colombiana (segunda parte)”, en *Revista de Derecho* No 23, Universidad del Norte, 2005, Disponible en: <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2549>

HIDVEGI, Susana, “Adquisición de empresas en insolvencia”, *Revista Actualidad Concursal*, Colombia, 2021. Disponible en https://observatoriofinancieroybursatil.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/7/2021/09/REVISTA_ICDC_2021_final-.pdf

HIRSCHL, Ran, *Asuntos comparativos: el renacimiento del derecho constitucional comparado*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, Traducción de Kuz Helena Beltran, 2019.

HOYOS, Ricardo, *El valor del precedente jurisprudencial*, XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2013. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf>.

IBÁÑEZ, David, “Impacto de la coyuntura del coronavirus en la economía colombiana”, *Superintendencia de Sociedades*, 2020, en

<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/Impacto-economico-COVID-19-Supersociedades-2020.pdf>, fecha de consulta: 01 de julio de 2020.

ISAZA, Álvaro, *Derecho Concursal de Emergencia: normatividad por covid-19*, Legis, Bogotá, 2021.

IZASA, Álvaro, y LONDOÑO, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Legis, 2007.

LEVINE, Ross, *Law, Finance and Economic Growth*, Journal of Financial Intermediation, Volume 8, 1999. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1042957398902558?via%3Dihub#aep-abstract-id3>

LIÉVANO, Juan, *El rol preventivo del supervisor*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2019. Disponible en https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Documents/2019/PONENCIA_SIENA.pdf.

LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Primera Edición, Legis, Bogotá, 2000.

LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Segunda edición, Legis, 2007.

LÓPEZ, Diego, *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América latina*, 26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Colombia, 2015, Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

LÓPEZ, Diego, *Eslabones del derecho: el deber de coherencia con el precedente jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2016.

LÓPEZ, Diego, *Interpretación constitucional*, Escuela Judicial Lara bonilla, Bogotá, 2006. Disponible en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-16.pdf>

LÓPEZ, Diego, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, 2004, Escuela Judicial Lara Bonilla. Disponible en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3116>

LÓPEZ, Diego, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2009.

LÓPEZ, Hernán, *Código general del proceso: parte general*, Bogotá, Dupre, 2017.

MADRINIÁN, R, “La sociedad por acciones (SAS) y su impacto en el desarrollo: un análisis frente a la inversión extranjera y el emprendimiento”, en Francisco Reyes Villamizar (Coordinador), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

- MARTÍNEZ, Néstor, *Cátedra de Introducción al Derecho Comercial*, Bogotá, Legis, 2021.
- MEJIA, Oscar, *Cultura, política, sociedad, global y alienación*, Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- MEJÍA, Oscar, *Posontológico, posfundacional, posjurídico: más allá del derecho colonial en la sociedad glocal*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2020.
- MEJÍA, Oscar, *Teoría consensual del derecho: el derecho como deliberación pública*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2017.
- MEJÍA, Oscar y MÁPURA, Lina, *Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana*. Pensamiento jurídico, Bogotá, 2009. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36529>
- MINISTERIO DE TRABAJO, “ARANGO, Alicia, *MiPymes representan más de 90 del sector productivo nacional y generan el 80 del empleo en Colombia*” - Ministerio del trabajo (mintrabajo.gov.co). Disponible en <https://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/septiembre/mipymes-representan-mas-de-90-del-sector-productivo-nacional-y-generan-el-80-del-empleo-en-colombia-ministra-alecia-arango>
- MONTIEL, Carlos, *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019.
- MORA, José, *Arbitraje e insolvencia: el caso colombiano en pandemia*, Revista Actualidad Concursal, 2021.
- MORENO, Álvaro, “Causas y consecuencias de las crisis financieras”, en MORENO, A y PINZON, C (Editores Académicos), *Dirección empresarial: ¿cómo navegar en tiempos de crisis?*, Bogotá, Universidad de La Sabana e INALDE, 2020.
- NORTH, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006.
- OCDE, *América Latina y el Caribe 2019: políticas para PYMES competitivas en la alianza del pacífico y países participantes de América del Sur*, 2019, Disponible en <https://www.oecd.org/development/america-latina-y-el-caribe-2019-60745031-es.htm>
- OCDE. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0377> .
- OSTERWALDER, Alexander, y PIGNEUR, Yves, *Generación de modelos de negocio*, Bogotá, Paídos, 2019.

OSUNA, Néstor, “El modelo económico de la constitución colombiana y su aplicación judicial”, en BAZÁN, V y FUCHS, M (Editores), *Constitución y economía: justicia constitucional y derechos fundamentales*, Konrad Adenauer Stiftung- Temis, No. 7, Bogotá, 2019.

PÁJARO, Nicolas, “El pago anticipado de pequeñas acreencias en el Decreto 560 de 2020”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

PÁJARO, Nicolas, “Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso”, en INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, *Derecho procesal #nuevas tendencias: XLI Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020.

PÁJARO, Nicolas, “Una introducción al régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante”, en CRUZ, H, (Coordinador), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017, Segunda Edición.

PARIAS, Andrés, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades en el derecho comercial*, Tesis Pregrado Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/55334/Tesis-08.pdf?sequence=1>

PARRA, Nicolas, *Temperamentos interpretativos: interpretación del contrato, la ley y la Constitución*, Legis, Bogotá, 2018, Primera edición.

PEREIRA, Rudy, *Derecho Concursal: régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Leyer, 2015.

POLANIA, Nicolás, “Comentarios al proyecto de sustitución de los códigos civil y de comercio desde la perspectiva del sistema concursal colombiano”, en Red Colombiana de Profesores de Derecho Privado (editores), *Reflexiones críticas sobre la propuesta de código civil presentado por la universidad nacional*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021, Disponible en https://drive.google.com/file/d/1DsqqR8RTHsf_i8TVNae3bwSRD4bojFe3/view.

POLANIA, Nicolas, “El problema de la solicitud oportuna del concurso”, en Sebastian Salazar Castillo (Director), *Revista Colombiana de Derecho Procesal No 1*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho Procesal (CEDEP), 2022. Disponible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=493d988bc7664b5f7dd2b6cb8571d1d1>

POLANIA, Nicolás, “Los remedios contractuales del acreedor ante la insolvencia del deudor: comentario desde el derecho colombiano”, en CÁRDENAS VILLAREAL, HUGO y REVECO URZÚ, Ricardo (editores), *Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Bogotá, Temis, 2021, pp.613-624 (SIC).

POPOV, Alexander, *Evidence on finance and economic growth*, European Central Bank “Eurosystem”, Working Paper Series, No. 2115, 2017, Disponible <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2115.en.pdf>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Coronavirus Colombia, disponible en <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid-19/decretos.html>

PRIETO, Claudia, “La negociación de emergencia”, en Diana Rivera Andrade (Coordinadora), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020,

QUINCHE, Manuel, *Vías de hecho: acciones de tutela contra providencias*, Bogotá, Novena edición, Temis, 2020.

RAMA JUDICIAL, Colombia, Plan Decenal de Justicia 2017-2027. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>

REINHART, Carmen y ROGOFF, Kenneth, *Esta vez es distinto: ochos siglos de necesidad financiera*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

REY, Diana, “La pandemia de COVID-19 y aspectos reglamentarios en el ámbito del derecho comercial”, en PRIETO, Carlos, REY, Diana y GARZÓN, Oscar, *La pandemia Covid-19: los desafíos normativos. Tres visiones, tres aproximaciones. Laboral y seguridad social. Comercial. Administración de Justicia*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2021.

REYES, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Cuarta Edición, Bogotá Temis, 2020.

REYES, Francisco, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, 1999, Segunda edición, Temis, 1999.

REYES, Francisco, Revista Derecho Privado de la Universidad de los Andes, No. 34, enero-junio de 2005, Colombia, Disponible en https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=163&lang=es.

ROBLEDO, Pablo, *Funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas*, Bogotá, 2013. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/02pablo-feliple-robledo.pdf>

RODRÍGUEZ, Cesar, “Prologo. Violencia, legalismo y fetichismo: el desciframiento de la paradoja colombiana”, en LAMETTRE, J, *El derecho como conjuro*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Reimpresión 2016.

RODRÍGUEZ, Cesar y UPRIMMY, Rodrigo, “El Modelo Económico de la Constitución de 1991”, en GARCÍA, M y CEBALLOS, (Editores), *Democracia, Justicia y sociedad: diez años de investigación de Dejusticia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2016.

RODRÍGUEZ, Eric, *Decreto legislativo 560, una medida importante para la crisis empresarial*, Revista Actualidad Concursal, 2021, p.14.

RODRÍGUEZ, Juan, *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.

RODRÍGUEZ, Juan, *Nuevo régimen de insolvencia*, Segunda edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

ROJAS, Miguel, “Problemas relativos a la duración de los procesos”, en *XXXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Universidad libre, 2015.

ROJAS, Miguel, “*Lecciones de derecho procesal*”, TomoII, Procedimiento Civil, Bogotá, Esaju, 2013.

ROJAS, M, “La tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, *Serie Documentos No. 2*, Bogotá, 2006.

ROUILLON, A, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, 2006, <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1515/Colombiaderechosdecreditoyprocesosconcurales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SANDEL, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar: los limites morales del mercado*. Debate, Segunda Edición, 2014.

SOTOMONTE, Saul, “Intermitencias del régimen concursal colombiano”, Revista No. 1 Instituto Colombiano de Derecho Concursal, 2019. Disponible en <https://www.derechoconcursal.org/images/noticias/1-numero-Revista-Actualidad-Concursal.pdf>

STIGLITZ, Joseph, “Lo que aprendí de la crisis económica mundial”, The New Republic, Cuadernos de Economía, 2000, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935000.pdf>.

STIGLITZ, Joseph, *Caída libre*, Bogotá, Punto de Lectura, 2013.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Delegatura para Asuntos Mercantiles, Guía de litigio societario, disponible en https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Documents/Guia_de_litigio_societario_con_garantias_mobiliarias.pdf

TALERO, Diana y WILCHES, Rafael, *Validación judicial de acuerdos privados de reorganización: un ejemplo de la “privatización” del derecho concursal en Colombia*. 2010, Colombia, disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-90602010000100012&lng=pt&nrm=is&tlng=es

TAMAYO, Javier, *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Bogotá, Ibañez, 2012.

TAMAYO, Javier, *La decisión judicial: naturaleza hermenéutica, y aplicación del derecho*, Dike, Bogotá, 2013, Tomos I y II.

UNCITRAL, *Guía de CNUDMI: datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Viena, 2013, Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf>

UNCITRAL, *Guía Legislativa para la Insolvencia de 2004* (general parte uno y dos) (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf)

UNCITRAL, *Guía Legislativa para la Insolvencia de 2010* (parte tres con grupos empresariales en insolvencia) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf>

UNCITRAL, *Ley modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial (2011)* Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/judicial-perspective-2013-s.pdf>

UNCITRAL, *Guía Legislativa para la Insolvencia de 2019* (obligaciones a directores en período cercano a insolvencia incluidos grupos empresariales) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-11276-s.pdf>.

UNCITRAL, *La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial*, (Actualizada 2013), Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/judicial-perspective-2013-s.pdf>

UNCITRAL, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia* disponible, en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law
UNCITRAL, *Ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas (2019)*, disponible en <https://uncitral.un.org/es/mlegi>

UNCITRAL, *Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia de grupos de empresas con guía para su incorporación a derecho interno (2020)*. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349_mloegi_es.pdf

UNCITRAL, *Recomendaciones legislativas de la CNUDMI sobre insolvencia de microempresas y pequeñas empresas*. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/part_5_sp.pdf

UPRINMY, Rodrigo y VILLADIEGO, Carolina, “La gestión del sector jurisdiccional”, en GARCÍA, M y CEBALLOS, M (Editores), *Democracia, Justicia y sociedad: diez años de investigación de Dejusticia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2016.

URRUÑADA, Benito, *Interpretación positiva del derecho concursal español y propuestas para una reforma equilibrada*, España, 2021. Disponible en <https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2021/07/FPP2021-08.pdf>.

URRUTIA, Miguel y LLANO, Jorge, *Los actores en la crisis económica de fin siglo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

VASQUEZ, Monica, *El Código General del Proceso colombiano: entre humanización y eficientísimo*, Barranquilla, Ibañez, 2014.

VÉLEZ, Luís, Introducción: una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia, 2014, Colombia, pp.3-9
https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf

VELEZ, Luís, “Una segunda edición y dos años de reformas”, *En régimen concursal y de insolvencia colombiano*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2014.

VILLATE, Ángela, *Variables extrajurídicas en decisiones judiciales: aproximación para el desarrollo de un modelo desde el pensamiento complejo y las cincas de la complejidad*, Revista Arbitrada del Centro de Investigación y Estudios Gerenciales (Barquisimeto -Venezuela). Disponible en: <https://revista.grupocieg.org/wp-content/uploads/2022/08/Ed.5714-31-Villate.pdf>

WILCHES, Rafael. *Vacios e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano*. Identificación y propuestas de solución, Colombia, 2008. Disponible en <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/32500>

WORDL BANK GROUP, *Global Economic Perpectis: June 2020*. Disponible en <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008.

COLOMBIA, Constitución Política de 1991.

COLOMBIA, Decreto No. 2264 de 1969.

COLOMBIA, Código de Comercio (Decreto No. 410 de 1971).

COLOMBIA, Decreto No. 350 de 1989

COLOMBIA, Ley 23 de 1982.

COLOMBIA, Decisión 345 del 29 octubre de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones

COLOMBIA, Ley 143 de 1994.

COLOMBIA, Ley 222 de 1995.

COLOMBIA, Ley 243 de 1995.

COLOMBIA, Ley 270 de 1996.

COLOMBIA, Ley 550 de 1999.

COLOMBIA, Ley 909 de 2004.

COLOMBIA, Ley 1098 de 2006

COLOMBIA, Ley 1116 de 2006.

COLOMBIA, Ley 1395 de 2010.

COLOMBIA, Decreto No. 957 de 2019.

COLOMBIA, Decreto Legislativo No. 560 de 2020.

COLOMBIA, Decreto Legislativo No. 772 de 2020.

COLOMBIA, Decreto No. 842 de 2020.

COLOMBIA, Resolución No. 2020-01-286293

COLOMBIA, Ley 2159 de 2021.

COLOMBIA, Código General del Proceso

COLOMBIA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

COLOMBIA, Código General del Proceso.

COLOMBIA, Decreto 533 de 1994

COLOMBIA, Decreto 1983 de 2017.

COLOMBIA, Decreto Único Reglamentario No. 1069 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T406 de 1992, MP Ciro Angarita Baron.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T240 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T- 079 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia, T 697 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 147 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1185 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Meza

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 1641 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1141 de 2000, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C1143 de 2000. MP Carlos Gaviria Diaz

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 118 de 2000, MP José Gregorio Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 333 de 2000, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 1641 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 586 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 649 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1023 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T1042 de 2001, MP Manuel José Cepeda.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 415 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 1071 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 419 de 2003, MP Alfredo Beltran Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 520 de 2003, MP Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 636 de 2003, MP Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 818 de 2005, MP: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 170 de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 137 de 2007. MP. Jaime Araujo Reinteria.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 117 de 2008, MP: Manuel José Cepeda.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 156 de 2013, MP: Luís Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 436 de 2013, MP: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 527 de 2013, MP Jorge Iván Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 132 de 2013, MP: Alexei Julio Estrada.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 626 de 2015, MP Mauricio Gonzalez Cuervo

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 149 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 503 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 006 de 2018, MP Cristina Pardo Shchlesinger.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 008 de 2018, MP: Cristina Pardo Schlesinger.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 145 de 2018, MP Diana Fajardo Rivera.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 237 de 2020, MP José Fernando Ryees Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 378 de 2020, MP Diana Fajardo Rivera.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 22 de enero de 1981.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Familia y Agraria, Sentencia 18 de agosto de 1981.