

Sentencia C-620/12

PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA A TRAVES DE LOS PROCESOS DE REORGANIZACION-Alcance/EMPRESA-Definición

FUNCION SOCIAL DE LA EMPRESA-Se logra como una contrapartida de los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con miras a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general/ACTIVIDAD ECONOMICA DE LAS EMPRESAS-Fundamental para el Estado

EMPRESA-Función que cumple en una sociedad/EMPRESA-Fundamento en la intervención legítima del estado en el marco de un Estado Social de Derecho y de una Economía Social de Mercado

MEDIDAS DE REACTIVACION EMPRESARIAL-Se fundamentan en la competencia constitucional del Estado para intervenir en la economía

DERECHO CONCURSAL-Se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito/DERECHO CONCURSAL-Además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común

El derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa: “El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor -par conditio creditorum-”.

PROCESOS CONCURSALES-Finalidad

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA PARA FAVORECER LA REACTIVACION EMPRESARIAL-Finalidad

REACTIVACION EMPRESARIAL-Constituye una manifestación legítima del Estado en la economía

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Condiciones/INTERVENCION DE ACTIVIDAD ECONOMICA DE PARTICULARES-Límites constitucionales

REGULACION CONCURSAL EN COLOMBIA-Evolución y alcance

REGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL-Finalidad

El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias”.

REGIMEN DE LOS CONCURSOS-Derecho comparado

FACULTADES EXORBITANTES DE CADUCIDAD Y TERMINACION UNILATERAL EN LOS PROCESOS DE CONTRATACION ESTATAL-Contenido/CLAUSULAS EXORBITANTES-Alcance y aplicación según el Consejo de Estado

TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO ESTATAL-Contenido y alcance

CADUCIDAD DE CONTRATO ESTATAL-Jurisprudencia/CADUCIDAD DEL CONTRATO-Prerrogativa del Estado

DERECHO CONCURSAL-Alcance

REGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL-Eventos en los cuales procede la reorganización de aquellos en que debe aplicarse la liquidación

MEDIDAS PARA LA EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACION CON RECURSOS PUBLICOS-Principio de selección objetiva

ESTIPULACIONES CONTRACTUALES-Presupuestos de ineficacia

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y DE IGUALDAD DE LOS PROPONENTES EN LOS PROCESOS DE CONTRATACION PUBLICA-Importancia

IGUALDAD DE ACCESO A LA CONTRATACION PUBLICA-Importancia

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE EMPRESA UNA VEZ HAYA INCIADO EL PROCESO DE REORGANIZACION-Eventos en que puede producir la terminación del contrato

ENTIDADES PUBLICAS-Pueden declarar la caducidad respecto de un contratista que se encuentre en un proceso de reorganización, pero es necesario que se haya presentado un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Cargos que se plantean aparentemente contra la norma atacada no lo son realmente contra ella

PROCESO DE REORGANIZACION DE EMPRESA-Finalidad

PROCESO DE REORGANIZACION DE EMPRESA-Medidas para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inhibición para decidir de fondo sobre la expresión “la iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral” contenida en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 por ineptitud sustantiva de la demanda

Referencia: expediente D- 8955

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 y 17 de la ley 80 de 1993

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D. C., nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo –quien la preside– , María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Adriana Guillén Arango, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes

## 1. ANTECEDENTES

El 27 de enero de 2012, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Camilo Araque Blanco demandó la constitucionalidad parcial de los artículos 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 y 17 de la ley 80 de 1993, por considerar que vulneran los artículos 1, 2, 13, 209 y 366 de la Carta Política. A esta demanda se le asignó la radicación D - 8955.

## 1. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas; se subrayan las partes acusadas:

## “LEY 1116 DE 2006

Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

**ARTÍCULO 16. INEFICACIA DE ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.** Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias.

Las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas por el juez del concurso.

De verificarse la ocurrencia de la ineficacia y haber intentado hacer efectiva la cláusula el acreedor, el pago de los créditos a su favor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos dentro de dicho proceso, y el juez de considerarlo necesario para el logro de los fines del proceso, podrá ordenar la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el deudor o por terceros para caucionar los créditos objeto de la ineficacia.

**ARTÍCULO 21. CONTINUIDAD DE CONTRATOS.** Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8o de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en proceso de ejecución.
2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el

mercado al momento de la terminación. Al momento de la solicitud, el deudor deberá presentar:

a) Un análisis de la relación costo-beneficio para el propósito de la reorganización de llevarse a cabo la terminación, en la cual se tome en cuenta la indemnización a cuyo pago podría verse sujeto el deudor con ocasión de la terminación;

b) En caso que el juez de concurso autorice la terminación del contrato, la indemnización respectiva se tramitará a través del procedimiento abreviado y el monto que resulte de la indemnización se incluirá en el acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda”.

(Octubre 28)

Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993

Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

## 1. DEMANDA

El ciudadano Camilo Araque Blanco considera que los artículos 16 y 21 de la Ley 1116 de 2006 y 17 de la Ley 80 de 1993 vulneran los artículos 1, 2, 13, 209 y 366 de la Carta Política, por las siguientes razones:

1. Señala que el artículo 16 de la Ley 1116 del 2006 vulnera la Constitución, al dar un trato diferente y desproporcionado a las empresas que se sometan a procesos de reorganización, declarando como ineficaces las cláusulas que restrinjan su participación en los procesos de licitación pública:

1.2.1.1. Afirma que la limitación de la participación de una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización se encuentra plenamente justificada en el interés general, pues estas personas jurídicas están en una situación de amenaza económica latente que les puede impedir cumplir con el contrato, perjudicando a la entidad pública contratante y a la comunidad.

1.1.2.2. Aduce que el establecimiento de una cláusula que impida la participación de una empresa que se encuentre en proceso de reorganización está plenamente justificada en la selección objetiva que exige la elección de la mejor oferta, la cual no puede ser presentada por un deudor en crisis, mientras que las empresas que no cuenten en esa contingencia pueden garantizar que el contrato se desarrolle adecuadamente.

1.1.2.3. Agrega que en estos casos debe prevalecer el interés general sobre la función social de la empresa, pues el Estado contratante no puede verse sometido a las contingencias económicas del insolvente, teniendo en cuenta que el desarrollo del contrato estatal busca la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades generales que pueden verse afectadas por la insolvencia del contratista.

1. Manifiesta que el artículo 21 de la Ley 1126 de 2006 impide el ejercicio de la caducidad como cláusula exorbitante del Estado en un contrato de naturaleza pública, trastocando de manera grave y comprobada el interés general, anulado por la protección excesiva que otorga un proceso de reorganización:

1. Señala que el artículo 21 tiene como consecuencia la inaplicación de la caducidad para terminar el contrato, pues fija como uno de los efectos de la apertura del proceso de reorganización empresarial la continuidad de los contratos y la prohibición de decretar la caducidad administrativa.

1. En este sentido, afirma que la aplicación de este artículo afecta la prevalencia del interés general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, pues ante una conducta del contratista que amerite imponer la caducidad, ésta no podría aplicarse en virtud de la norma demandada.

1. Afirma que la norma facilita que los contratistas incumplidos y candidatos a que se les

declare la caducidad del contrato se mantengan en desarrollo del mismo en perjuicio de la colectividad, situación que incluso podría afectar el orden público.

1. Plantea la incoherencia de la norma, pues no permite a la Administración decretar la caducidad pero sí al particular solicitar la terminación de un contrato al establecer que “cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8o de esta ley”:

“Sumado a lo anterior , se observa algo particularmente incoherente, relacionado con que, por una parte el poderoso Estado no puede decretar la caducidad, salvo el caso de haber iniciado su imposición con anterioridad a la apertura del proceso de reorganización, y por el otro, la autorización al deudor en crisis admitido a un trámite de reorganización para buscar la renegociación de mutuo acuerdo de los contratos sucesivo de que fuera parte y en caso que la negociación no fuere posible, solicitar al juez del concurso la terminación del contrato, disposición razonable y plenamente justificable en lo que se refiere a los contratos sometidos al régimen común del Código Civil y Código de Comercio, pero no respecto de los contratos estatales por su especialidad y finalidad colectiva que envuelve el interés general”

1. Manifiesta que el artículo 17 de la ley 80 de 1993 prohíbe la terminación unilateral del contrato estatal celebrado con el deudor en crisis que afronta un proceso de reorganización, pese a demostrarse los elementos para su procedencia, con lo cual se diluiría el interés común y su protección constitucional.

## 1. INTERVENCIONES

### 1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita que se declare la constitucionalidad de las disposiciones demandadas por las siguientes razones:

1. Manifiesta que se formuló indebidamente el cargo de constitucionalidad ante la ausencia del presupuesto de certeza, pues el actor manifiesta que las normas acusadas tienen efectos jurídicos que no poseen, los cuales derivan de meras apreciaciones subjetivas del demandante.

1. Considera que el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006 no vulnera el interés general, pues la sola autorización para participar en las licitaciones públicas no garantiza la selección del proponente y por lo mismo no se pone en riesgo a la administración pública.

1. Señala que el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 en ningún momento elimina la posibilidad de hacer uso de la caducidad ante el incumplimiento del contratista, simplemente señala que el sólo inicio del proceso de reestructuración no es causal suficiente para la declaratoria de la caducidad del contrato, lo por cual ésta puede declararse si se presenta un incumplimiento grave de las obligaciones del contratista.

1. Plantea que el artículo 17 de la ley 80 de 1993 tampoco impide la posibilidad de hacer uso de la terminación unilateral ante el incumplimiento del contratista, simplemente señala que el sólo inicio del proceso de reestructuración no es causa suficiente para su terminación.

1. Señala que se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda respecto de los cargos en los cuales se aduce la vulneración del principio de igualdad, por cuanto no se han analizado los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y arbitrariedad exigidos por esta Corporación respecto de los cargos formulados contra este derecho.

1. Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

La apoderada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicita que se declaren exequibles las normas demandadas por las siguientes razones:

1. Manifiesta que las normas tienen una finalidad constitucional inspirada en que el propósito del proceso de reorganización es preservar las empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias mediante la reestructuración operacional administrativa de sus activos y pasivos. Este evento sería distinto a la liquidación judicial, que persigue simplemente la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

1. Afirma que el propósito de la licitación pública es seleccionar la oferta más favorable a la entidad, por lo cual solamente una vez evaluadas las propuestas podrá establecerse cuál mejor financiera y jurídicamente. En este sentido, la selección del contratista está sujeta al resultado de la evaluación de las ofertas, lo cual explica la razón por la cual no tiene sentido impedir que el deudor participe en una licitación pública.

1. Considera que la entidad pública puede declarar la caducidad frente a empresas que se encuentren en un proceso de reorganización, cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecten de manera grave e inminente la ejecución del contrato y evidencien que pueda conducir a su paralización, tal como autoriza el Estatuto de la Contratación Pública.

1. Señala que el último inciso del artículo 17 de la ley 80 de 1993 es coherente con la prohibición de terminar unilateralmente el contrato con el deudor por el solo hecho del inicio del proceso de reorganización. En este sentido, agrega que esta norma prevé que la ejecución del contrato se haga con sujeción a las normas sobre administración del deudor en concordato y la entidad debe adoptar las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto del contrato e impedir la paralización del servicio.

1. Intervención del ciudadano Jaime Humberto Ramírez Bonilla

El ciudadano Jaime Humberto Ramírez Bonilla considera que las normas acusadas deben ser declaradas constitucionales por las siguientes razones:

1. Señala que el simple hecho de que se permita la participación de un deudor en un proceso de licitación no implica que se le vaya a adjudicar el contrato, pues ello depende de criterios de selección objetiva contemplados en el Estatuto Contractual, al cual está sometida la administración pública en virtud del principio de igualdad.

1. Recuerda que debe tenerse en cuenta que en las licitaciones públicas pueden participar todas las personas naturales y jurídicas, consorcios y uniones temporales que cumplan con las condiciones de idoneidad técnica, jurídica y financiera, en igualdad de condiciones y en aplicación del principio de libertad de concurrencia, por lo cual cualquier disposición en el pliego de condiciones dirigida a impedir o dificultar la participación del deudor en estos procedimientos de selección del contratista es inconstitucional.

1. Afirma que la inaplicabilidad de la caducidad puede conducir a que los contratistas puedan iniciar un acuerdo de reorganización para efectos de continuar con el desarrollo del contrato a pesar de su incumplimiento, lo cual podría generar graves consecuencias para la colectividad.

1. Agrega que lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual la

iniciación del trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral tiene por objeto “la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”.

#### 1. Intervención del Departamento Nacional de Planeación

El apoderado del Departamento Nacional de Planeación solicita que se declaren exequibles las normas demandadas por las siguientes razones:

1. Considera que las disposiciones demandadas buscan tutelar la empresa, no por un interés particular, sino por la función que cumple en la sociedad. En este sentido, la protección de la empresa no se puede entender como una medida aislada frente a una sociedad que solamente encarna intereses particulares, sino que se aplica en virtud de la multiplicidad de relaciones con otras empresas y personas que le otorgan una dimensión superior.

1. Afirma que para alcanzar la finalidad perseguida con la reorganización de la empresa es conducente y pertinente que se le permita a una empresa continuar con su actividad comercial, la cual puede incluir también la celebración de contratos con el Estado, pues para ciertas empresas puede resultar dramática su exclusión de procesos de contratación o de la ejecución de contratos estatales.

1. Señala que la Ley 1116 de 2006 no pretendió modificar sustancialmente las normas de contratación pública, por lo cual si se presenta una causal específica para decretar la caducidad o la terminación del contrato frente a una empresa en proceso de reorganización el Estado puede aplicar estas medidas. En este sentido, las normas demandadas imposibilitan la aplicación de estas figuras por el solo hecho de que la empresa esté en un proceso de reorganización, pero no impiden que se aplique si se dan las demás circunstancias señaladas en la ley.

1. Concluye que las normas no sobreponen el interés particular sobre el general, sino que ponderan con claridad escenarios de interés general dentro de la racionalidad del proceso de reorganización que requiere del apoyo y de la promoción del Estado.

#### 1. Intervención de la Superintendencia de Sociedades

La apoderada de la Superintendencia de Sociedades solicita que las normas sean declaradas constitucionales por las siguientes razones:

1. Manifiesta que la sociedad que se encuentra en un proceso de reorganización es una persona habilitada para desarrollar su actividad comercial sin restricción alguna y sin un riesgo inherente al trámite de reestructuración. En este sentido, señala que el trámite de reorganización no está instituido para empresas en quiebra, sino para empresas viables y no implica la parálisis de la actividad empresarial:

“En consecuencia, este trámite de insolvencia está instituido para empresas viables, habilitadas para desarrollar su actividad comercial con normalidad, pero que afronta problemas de liquidez transitoria que afecta la posibilidad de atender el pago de sus obligaciones de manera inmediata, pero que encuentra en el trámite de insolvencia la solución a los incumplimiento en un plazo muy corto, con el acuerdo de sus acreedores y bajo reglas claras y previamente establecidas.

El trámite de reorganización descarta, cualquier posibilidad de parálisis de la actividad empresarial, y por el contrario, su esquema fue diseñado para una negociación en la que acreedores, representante legal, promotores y accionistas, unan sus esfuerzos y equilibren sus intereses en un trámite que garantiza una dirección general definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr próitos de pago y reactivación empresarial”

1. Señala que es totalmente constitucional que se prohíba terminar en forma unilateral un contrato con el Estado por el sólo hecho de la admisión a un proceso de reorganización.

1. Considera que la restricción de la posibilidad de aplicar la caducidad no impide que si la empresa incurre en un incumplimiento grave e injustificado de obligaciones derivadas del contrato posteriores a la fecha de iniciación de la negociación se pueda declarar la caducidad del contrato. En este sentido, recordó la doctrina de la Superintendencia de Sociedades sobre el alcance de la prohibición de decretar la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y las empresas en reestructuración:

“Ahora bien, esto no significa que por el hecho de haber comenzado a negociar un acuerdo de reestructuración, el empresario contratista pueda incumplir injustificadamente las obligaciones derivadas del contrato que celebró con la entidad estatal causadas con posterioridad a la iniciación de la promoción, las cuales, conforme a lo ordenado por los artículos 17 y 19 de la ley 550 de 1999 se consideran gastos administrativos que deben ser atendidos de manera preferente en la medida en que se vayan causadno. Si bien es cierto que la caducidad administrativa no es viable por las razones que se acaban de exponer, el

empresario tiene el deber de continuar con la ejecución del contrato, máxime si el cumplimiento de las obligaciones que nacen del mismo hace parte del giro ordinario de los negocios de la empresa. Por consiguiente, si por alguna razón el empresario incumple de forma grave e injustificada obligaciones derivadas del contrato posteriores a la fecha de iniciación de la negociación se hará responsable frente a la entidad contratante y la administración podrá hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 18 de la ley 80 de 1993 y decretar la caducidad del respectivo contrato”1.

1. Afirma que el régimen concursal es garantista de los derechos colectivos reflejados en todos los contratos al ser el escenario que privilegia la ejecución de las prestaciones y tiene como presupuesto que la empresa no cese su actividad comercial, sancionándose drásticamente el incumplimiento incluso con la liquidación de la persona jurídica.

En este sentido, afirma que el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 autoriza la terminación del contrato por el solo incumplimiento, por lo cual resulta una regulación que da más garantías que la propia Ley 80 de 1993.

1. Finalmente concluye: “como se ve los artículos 16 y 21 de la Ley 1116 de 2006, así como el artículo 17 de la ley 80 de 1993 se constituyen en verdaderos defensores de los intereses colectivos y del bien común”.

#### 1. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

El doctor Camilo Enrique Cubillos Garzón, en calidad de profesor titular de la Universidad Externado de Colombia solicita que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas por los siguientes motivos:

1. Considera que las disposiciones demandadas expresan la discrecionalidad del legislador cuando regula la intervención del Estado en la economía, no desconocen el interés general ni la igualdad con otras empresas, ni atentan contra la administración pública.

1. Manifiesta que el régimen de insolvencia de un país, es un mecanismo que busca solucionar el problema generalizado que implica para el mercado el incumplimiento masivo de las obligaciones del empresario.

1. Señala que las normas demandadas no vulneran los artículos 1, 2, 13, 209 y 366 de la Constitución Política, pues la institución concursal busca intervenir en la economía para dar

una solución al incumplimiento en pie de igualdad, buscando dar aplicación a lo señalado en el artículo 333 de la Constitución.

2. Afirma que las leyes de insolvencia no son únicamente aplicables a los particulares en sus relaciones contractuales, pues en muchas ocasiones involucran derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas alrededor del concepto de empresa.

1. Concluye que no se afecta la igualdad por el hecho de que se permita continuar con la actividad empresarial y considera que la posibilidad de vulnerar los derechos de otras empresas que no se encuentren en una situación en crisis en lugar de ésta es un argumento etéreo, indefinido e hipotético.

1. Intervención del ciudadano Nicolás Iván González Guevara

1. Considera que si se declara inconstitucional la norma acusada se vulneraría el núcleo esencial de la libertad de empresa, pues si mediante un acuerdo convencional suscrito por la empresa con otra persona se le limita la posibilidad de participar en una licitación pública, el efecto sería contrario a la idea de obtener el sustento económico suficiente para lograr la liquidez que necesita para evitar que la empresa se liquide, que es lo que la Constitución quiere evitar.

1. Manifiesta que el accionante yerra en su argumentación ya que “objetivamente el hecho de que una empresa inicie trámite de reorganización no implica per se que haya un incumplimiento de las obligaciones contractuales que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que en últimas vaya a ocasionar su paralización, lo que hace que el aparte acusado vaya en plena concordancia con los lineamientos jurídicos sobre caducidad administrativa”.

1. Agrega que no es meramente potestativo del deudor sometido a proceso de organización la terminación del contrato, sino que debe mediar autorización judicial.

1. Señala que declarar la terminación unilateral del contrato estatal por el hecho de que el deudor se acoja a un trámite concursal va en contravía del núcleo esencial de la libertad de empresa.

1. Intervención de la ANDI

La ANDI considera que las normas demandadas no solamente no vulneran los artículos constitucionales que el demandante señala como afectados por estas disposiciones, sino que los desarrollan:

1. Señala que las normas demandadas no se fundan en intereses individuales o mezquinos, sino, por el contrario, en intereses sociales vinculados a la actividad empresarial, considerando a la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. En este sentido, agrega que los procesos de reestructuración buscan que los comerciantes continúen con el desarrollo de sus actividades y por ello no podría pensarse que genera que se dejen de cumplir las obligaciones adquiridas o por adquirir.

1. Manifiesta que proceder en el sentido señalado por el demandante sería contrario al principio de igualdad, pues las empresas que se encuentran en procesos de reorganización son viables y pretenden su preservación y la normalización de sus relaciones crediticias.

1. Agrega que el ejercicio de las facultades exorbitantes de la contratación estatal debe obedecer a causales inherentes al desarrollo del objeto contractual y no a condiciones del sujeto contratista que no inciden directamente en el cumplimiento de las relaciones contractuales.

#### 1. Intervención de la Cámara Colombiana de Infraestructura

El representante de la Cámara Colombiana de Infraestructura solicita que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas por las siguientes razones:

1. Considera que el cargo formulado contra el artículo 16 de la ley 1116 de 2006 no cumple con las exigencias mínimas para realizar un juicio de igualdad, pues no hace referencia a cuáles son los grupos discriminados, por qué razones ambos grupos deberían tener el mismo trato y por qué la norma resulta discriminatoria.

1. Agrega que el artículo 16 de la Ley 1116 de 2006, lejos de vulnerar el principio de igualdad, permite su cumplimiento, pues las empresas que se acogen a un proceso de reorganización no están quebradas ni tienen una imposibilidad absoluta de pagar. Por el contrario, estas empresas son viables y cuentan con la idoneidad técnica y financiera para ejecutar adecuadamente un contrato estatal. En este sentido, impedir que estas empresas participen en procesos de licitación pública implicaría vulnerar su derecho a la igualdad.

1. En relación con el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, manifiesta que el accionante tiene un error en la adecuada interpretación de la norma, pues la misma no prohíbe la declaración de la caducidad de un contrato estatal, sino que “se declare la caducidad de un contrato estatal por el sólo hecho de que una empresa se encuentre en un proceso de reorganización”.

1. En relación con el artículo 17 de la ley 80 de 1993 señala que la norma no prohíbe que se declare la terminación unilateral de los contratos de las personas que se encuentran en un proceso de reorganización, sino que se declare la terminación por esta sola causa.

1. Considera que las normas demandadas apuntan a darle el verdadero sentido a los procesos de reorganización empresarial, evitando que se hagan generalizaciones injustas y forzando a la entidad a que realice un trabajo juicioso en la selección de la mejor oferta.

1. Intervención de la Cámara de Comercio de Bogotá

La Cámara de Comercio de Bogotá considera que las normas acusadas son constitucionales por las siguientes razones:

1. Las disposiciones demandadas toman en cuenta situaciones especiales en las cuales se puede ver sumida una empresa y que deben ser evaluadas en virtud de los principios de solidaridad, coordinación y colaboración.

1. La participación en el proceso de selección es distinta a la celebración del contrato, por lo cual permitir que el deudor participe en un proceso de licitación no implica que se le adjudique el contrato.

1. Es discriminatorio tratar al deudor insolvente como un factor patológico e impedirle su participación en los procesos licitatorios y la celebración de un eventual de un contrato estatal por esta simple causa. En este sentido, los regímenes de insolvencia draconianos que vinculaban la crisis económicas con el fraude, el dolo y la mala fe de los empresarios fueron superados hace mucho tiempo con las leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006.

1. La participación del deudor insolvente que se encuentra en un proceso de reorganización en un proceso licitatorio es un derecho derivado de la libre concurrencia, razón por la cual, las cláusulas que lo impidan deben ser ineficaces. Adicionalmente, la participación en una licitación no implica la adjudicación y además las entidades pueden establecer las condiciones mínimas de liquidez en los pliegos de condiciones, por lo cual, si el proponente que está en un proceso de reorganización logra ser adjudicatario de un proceso estatal es porque ha cumplido con el requisito de solvencia financiera.

1. Considera que no se puede considerar que el solo hecho de que el deudor entre en un proceso de reorganización implique per se el incumplimiento del contrato estatal. En todo caso, solicita a la Corte que aclare que la caducidad y la terminación unilateral del contrato no proceden por el solo inicio del proceso de reorganización pero que sí pueden ser declaradas en caso de incumplimiento si se configuran los presupuestos consagrados en los artículos 17 y 18 de la ley 80 de 1993.

#### 1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación solicita que se declare la exequibilidad de las expresiones demandadas de los artículos 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 y 17 de la ley 80 de 1993 y la expresión “tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha” y que la Corte Constitucional se inhiba de pronunciarse sobre la expresión “cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo” contenida en el artículo 21 de la ley 1116 de 2006, por las siguientes razones:

1. Considera que la competencia de los oferentes en un proceso de licitación debe presentarse en igualdad de circunstancias y si una persona que se encuentra en un proceso de reestructuración es capaz de cumplir con los requisitos exigidos en la licitación debe competir en igualdad de circunstancias. Por lo anterior, consagrar la ineficacia de las cláusulas que impidan la participación de las empresas que se encuentren en estas circunstancias es constitucionalmente válido y constituye un instrumento idóneo y proporcional al fin exigido por el legislador.

1. Señala que la ley puede prever un trato especial a los actores económicos en los procesos de contratación estatal, tal como se ha reconocido en la sentencia C - 1551 de 2000 de la Corte Constitucional.

1. Manifiesta que una ley de reactivación empresarial precisamente tiene por objeto darle oportunidades al empresario y no cerrar la posibilidad de su recuperación.

1. Afirma que permitir la participación de un proponente en un proceso de licitación no implica que se le vaya a adjudicar el contrato, para lo cual habría que tomar en cuenta todo tipo de valoraciones y en especial el principio de selección objetiva.

1. Considera que las cláusulas de caducidad y terminación unilateral no son inexorables y que no pueden ejercerse de manera arbitraria ni caprichosa y que en todo caso al establecerse que la terminación unilateral del contrato no procede por el sólo hecho de estar en un proceso de reorganización se fija una excepción a la misma.

1. Señala que en el evento del incumplimiento de las obligaciones contractuales distintas a las que son objeto del proceso de recuperación el artículo 21 de la ley 1116 de 2006 prevé la posibilidad de solicitar su terminación, con lo cual se salvaguardaría el interés general.

## 1. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra los artículos 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 y 17 de la ley 80 de 1993.

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

El accionante señala que las normas demandadas vulneran los artículos 1, 2, 13, 209 y 366 de la Carta Política, por cuando otorgan un tratamiento especial e injustificado a empresas que se encuentren en un proceso de reorganización, declarando ineficaces las cláusulas que impiden que participen en licitaciones públicas y prohibiendo que se declare la caducidad y la liquidación unilateral en los contratos que celebren ante la administración pública. En este sentido, considera que estas medidas afectan el interés general y el derecho a la igualdad, pues colocan en grave riesgo los contratos que celebran estas empresas con el Estado en detrimento de otros empresarios que sí se encuentran en una situación de solvencia financiera a los cuales deberían adjudicarse estos contratos en virtud del principio de selección objetiva.

Para abordar este problema jurídico esta Corporación analizará: (i) el alcance de la

protección constitucional de la empresa a través de los procesos de reorganización, (ii) La evolución y el alcance de la regulación concursal en Colombia, (iii) El régimen de los concursos en el derecho comparado, (iv) Las cláusulas exorbitantes de caducidad y terminación unilateral y por último (iv) Las normas demandas.

## 1. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN

La empresa es la base del desarrollo<sup>2</sup>, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad<sup>3</sup>, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad<sup>4</sup>, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes<sup>5</sup>.

Por lo anterior, le corresponde al Estado, no solamente exigir el cumplimiento de esta función, sino también estimular el desarrollo empresarial<sup>6</sup> y promover su reactivación en aquellos eventos en los cuales la empresa se encuentre en una situación especial<sup>7</sup>.

La actividad económica de las empresas es fundamental para el Estado y por ello éste puede establecer legítimamente políticas de estímulo y protección de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas:

“El resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas - créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc. -, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica. Cabe concluir que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con vistas a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general.”<sup>8</sup>

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sinnúmero de intervenciones legítimas del Estado<sup>9</sup>, dentro del marco de un Estado social de Derecho y de una economía social de mercado:

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 334 de la Carta Política, al Estado le corresponde la dirección general de la economía y, en tal virtud, el legislador se encuentra autorizado para dictar normas de intervención en ella que garanticen que la actividad económica se desarrolle sin menoscabo de los principios y valores adoptados por el Constituyente de 1991.

Ello significa, entonces, que ha de preservarse la organización democrática de las empresas, el cumplimiento de la función social de éstas, el fomento del empleo, el respeto a los derechos fundamentales, el derecho de participación en todas sus manifestaciones, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la igualdad de oportunidades y el estímulo a las actividades empresariales, dentro del marco de un Estado social de Derecho y una economía social de mercado”<sup>10</sup>.

En este marco surgen las medidas de reactivación empresarial, las cuales se fundamentan en la competencia constitucional del Estado para intervenir en la economía, a fin de lograr la reactivación de las empresas, en atención a que desde la óptica constitucional son consideradas como la base del desarrollo, según lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Carta Política<sup>11</sup>.

Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad<sup>12</sup>.

La finalidad perseguida por la ley al establecer estas condiciones especiales que faciliten la reactivación y viabilidad de la empresa no es otra que la de preservarla como fuente de empleo y de desarrollo en virtud de lo prescrito por el artículo 333 superior<sup>13</sup>.

En este sentido, el derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa:

“El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum-“<sup>14</sup>.

Por lo anterior, la intervención del Estado en la economía para favorecer la reactivación empresarial busca conciliar los intereses privados con el interés general en la preservación de la empresa como promotor del desarrollo:

“Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar

los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general”<sup>15</sup>.

En este marco, la intervención estatal en el ámbito socioeconómico tiene por finalidad “conseguir e mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”, entre otros propósitos<sup>16</sup> “dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como ‘función social’ (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la ‘función social’ de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la ‘distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo’ (artículo 334 C.P.)”<sup>17</sup>.

En todo caso, esta intervención debe cumplir con una serie de pautas señaladas por esta Corporación: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>18</sup><sup>19</sup>.

La intervención del Estado en la reactivación empresarial cumple con estas pautas pues: (i) Se lleva a cabo en virtud de la ley: Ley 1116 de 2006; (ii) No afecta el núcleo esencial de la empresa, pues por el contrario, busca preservar su existencia; (iii) Obedece a motivos adecuados y suficientes como son la preservación de la empresa como promotora del desarrollo y fuente de empleo; (iv) Responde al principio de solidaridad, pues atiende al mismo para establecer un régimen especial que busca apoyar a la empresa y a sus trabajadores en una situación especial y; (v) Cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no desconoce los derechos de los acreedores de la empresa ni del Estado, sino que establece un régimen especial para el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

En este sentido, esta Corporación ha reconocido que la legislación sobre reactivación empresarial constituye una manifestación legítima del Estado en la economía que tiene por finalidad la preservación del interés general a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad:

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 334 de la Carta Política, al Estado le corresponde la dirección general de la economía y, en tal virtud, el legislador se encuentra autorizado para dictar normas de intervención en ella que garanticen que la actividad económica se desarrolle sin menoscabo de los principios y valores adoptados por el Constituyente de 1991. Ello significa, entonces, que ha de preservarse la organización democrática de las empresas, el cumplimiento de la función social de éstas, el fomento del empleo, el respeto a los derechos fundamentales, el derecho de participación en todas sus manifestaciones, el

mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la igualdad de oportunidades y el estímulo a las actividades empresariales, dentro del marco de un Estado social de Derecho y una economía social de mercado.

Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad”<sup>20</sup>.

## 1. EVOLUCIÓN Y ALCANCE DE LA REGULACIÓN CONCURSAL EN COLOMBIA

1. El Código Civil consagraba la figura del concurso de acreedores de acuerdo con la cual, “[l]os acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 167721, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue.”<sup>22</sup>

Esta regulación estaba inspirada en la protección de los acreedores y no del deudor y establecía simplemente un régimen de prelación de créditos con el objeto de realizar el pago ordenado de los pasivos del deudor<sup>23</sup>.

1. El Decreto Ley 750 de 1940, expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 54 de 1939, estableció que el comerciante estaba obligado a poner en conocimiento del juez su estado de insolvencia, so pena de que fuera tenido por culpable de su situación de quiebra. Acto seguido, el juez declaraba el estado de quiebra, separaba al comerciante de la administración de sus bienes, decidía el embargo y secuestro de éstos y convocaba a todos los acreedores. Luego se abría una etapa probatoria y, finalmente, se dictaba la sentencia, mediante la cual el juez procedía a reconocer a los acreedores y a calificar sus créditos<sup>24</sup>.

El Decreto Ley 750 de 1940 también preveía la posibilidad de que el juez ordenara en cualquier momento del proceso, con base en la solicitud que formularan el síndico o los acreedores que representaran más del 51% del pasivo, convocar una reunión general para buscar convenios amigables. Si más de la mitad de los acreedores presentes votaba favorablemente esos acuerdos y estos acreedores representaban el 80% del pasivo, se podía

celebrar un concordato – el denominado concordato resolutivo -, que exigía la aprobación del juez y cuyos términos eran de obligatorio cumplimiento para el deudor y los titulares de los créditos.

Adicionalmente, este decreto consideraba la quiebra como delito al disponer:

“El juez en el mismo auto que declara el estado de quiebra decretará la captura y detención preventiva del quebrado dando aplicación a los artículos 379 y concordantes del Código de Procedimiento Penal y para los fines de los arts. 419 y siguientes del Código Penal. Asimismo deberá proceder en cualquier etapa del juicio”<sup>25</sup>.

De esta manera, este decreto conservó una orientación de los procesos concursales hacia la protección de los acreedores incluyendo simplemente la posibilidad de realizar convenios amigables, aunque los mismos ni siquiera procedían por solicitud del deudor sino de los acreedores o del síndico.

1. El Decreto 2464 de 1969 introdujo la institución del concordato preventivo – potestativo y obligatorio para los comerciantes. El objetivo de esta figura era evitar la situación de quiebra, que conduce a la liquidación del patrimonio del fallido, pero, para mantener el propósito de preservar la confianza en el crédito y evitar que los procesos concursales se usasen como mecanismo para defraudar a los acreedores, se dispuso que a ese mecanismo sólo tuviesen acceso los comerciantes que acreditasen tener bienes suficientes para el pago de todas sus acreencias o que estuviesen en condiciones de ofrecer garantías reales o personales satisfactorias.<sup>26</sup><sup>27</sup>

1. El Código de Comercio de 1971 reguló los concordatos preventivos en el título I del libro 6 y la quiebra en el título II del mismo libro:

1. El Concordato preventivo se presentaba en los eventos en los cuales el deudor se encontrara en una situación de insolvencia y podía tener por objeto las siguientes medidas: “1ª. La simple espera de los acreedores o el pago escalonado de sus créditos; 2ª. La aceptación de abonos parciales a los créditos actualmente exigibles o de inmediata exigibilidad; 3ª. La concesión de quitas de las deudas; 5ª. La enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato; y 6ª. Cualquiera otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de éste con sus acreedores”<sup>28</sup>.

1. Por su parte, se consideraba en estado de quiebra “al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales”<sup>29</sup>. La quiebra tenía los siguientes efectos: “1º. La separación del quebrado de la administración de sus bienes embargables y su inhabilitación para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena; 2º. La

exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas; 3º. Respecto de una sociedad, su disolución y la suspensión de sus administradores en el ejercicio de sus cargos o funciones y la inhabilitación de ellos para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena; 4º. La formación de la masa de bienes de la quiebra, y 5º. La acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado. Con tal fin se librarán las comunicaciones del caso. Los jueces que estén conociendo de ellos los remitirán de oficio y sin dilación al juez de la quiebra, en el estado en que se hallen, pero las apelaciones que se hayan concedido contra providencias de aquellos jueces seguirán su trámite legal hasta ser resueltas por sus respectivos superiores”<sup>30</sup>.

De esta manera, el Código de Comercio de 1971 presentó un avance hacia la protección de la empresa permitiendo la celebración de un concordato preventivo en el cual se facilitara el pago de las obligaciones a cargo del deudor sin que ello implicara la liquidación de la empresa.

1. El Decreto 350 de 1989, expedido en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 51 de 1988, modificó el Código de Comercio, consagrando los concordatos potestativos y obligatorios: el primero “tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito”<sup>31</sup>; mientras que el concordato obligatorio es aplicable a las sociedades comerciales sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y que tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de los activos<sup>32</sup>.

2. La Ley 222 de 1995 “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones” estableció el régimen de los procesos concursales, consagrando dos (2) modalidades de los mismos: el concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor y el concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor<sup>33</sup>.

Esta Ley otorgó competencia a la Superintendencia de Sociedades para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas y a los jueces civiles respecto de los procedimientos concursales de las personas naturales<sup>34</sup>. En este sentido se restringió la admisión del trámite concursal a dos eventos: en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones y si se teme razonablemente que se llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores<sup>35</sup>.

Al contrario de lo sucedido en leyes anteriores, en la Ley 222 de 1995, el concordato “tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito”<sup>36</sup>, situación que varía completamente la dirección y finalidades de los procesos concursales en Colombia, pues en adelante los mismos no podrían ser considerados como meros mecanismos para el pago del pasivo de la empresa, sino como verdaderos instrumentos de protección a través de mecanismos que permitan que continúe ejerciendo sus actividades económicas para garantizar su subsistencia.

En este sentido, al contrario de lo sucedido en las leyes anteriores, la ley 222 de 1995 tiene una clara inclinación a la protección de la sociedad, permitiendo que los órganos sociales continuarán funcionando, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al contralor, a la junta provisional de acreedores y al representante legal<sup>37</sup> y estableciendo una serie de medidas especiales para la tutela de la empresa como: la preferencia del concordato respecto de cualquier otro proceso<sup>38</sup>, la continuación de los procesos ejecutivos en donde existen otros demandados<sup>39</sup>, la interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad<sup>40</sup>, la continuidad de los contratos de tracto sucesivo<sup>41</sup> y de los servicios públicos prestados al deudor<sup>42</sup> y la cancelación y restablecimiento de gravámenes<sup>43</sup>.

Por su parte, la liquidación obligatoria tiene por objeto realizar los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo<sup>44</sup> y tenía los siguientes efectos: “1. La separación de los administradores de la entidad deudora, en los casos previstos en la presente Ley. 2. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo. 3. La disolución de la persona jurídica, en tal caso para todos los efectos legales, ésta deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación obligatoria”, salvo que dentro del trámite se pacte su continuación, caso en el cual tal medida queda sin efecto. 4. La formación de los activos que componen el patrimonio a liquidar. 5. La remisión e incorporación al trámite de la liquidación de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor. Con tal fin se oficiará a los jueces que puedan conocer de procesos ejecutivos contra el deudor, y 6. La preferencia del trámite liquidatorio, para lo cual se aplicarán las reglas previstas en el concordato para tal efecto”<sup>45</sup>.

1. El Decreto 1080 de 1996 reglamentó la Ley 222 de 1995 y estableció reglas relacionadas con la competencia concursal<sup>46</sup>, el control y ejercicio de las funciones<sup>47</sup>, la práctica de la inspección<sup>48</sup> y los eventos subsecuentes en el trámite concursal<sup>49</sup>.

1. La Ley 550 de 1999 “por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”, creó los acuerdos de reestructuración, los cuales se definieron como “la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo”<sup>50</sup>.

Esta ley amplió los efectos de reestructuración con el objeto de aumentar las garantías de las empresas y garantizar su recuperación, estableciendo medidas a favor de la empresa tales como: la vigilancia de la enajenación de los bienes de la entidad, el levantamiento de las medidas cautelares vigentes, con excepción de las practicadas por la DIAN, la suspensión, durante la vigencia del acuerdo, de la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, la reducción pedida por el empresario o por cualquier acreedor de la cobertura de cualquier garantía real o fiduciaria ya constituida, la rebaja, disminución de intereses y

concesión de plazos o prórrogas, la continuidad de los contratos<sup>51</sup> y de la prestación de servicios públicos domiciliarios<sup>52</sup>, entre otros.

“El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

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

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias”<sup>53</sup>.

Los acuerdos de reestructuración se aplican ante la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente<sup>54</sup> y tienen múltiples efectos a favor de la empresa, tales como: la imposibilidad de admitir o continuar la demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor<sup>55</sup>, la continuidad de los contratos<sup>56</sup>, la suspensión de la causal de disolución por pérdidas<sup>57</sup>, la flexibilización de las condiciones de aportes al capital<sup>58</sup>, la conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias<sup>59</sup>, entre otras.

Por su parte, el proceso de liquidación se inicia por incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999 y las causales de liquidación judicial inmediata<sup>60</sup> y establece una serie de efectos para terminar las actividades de la empresa y pagar ordenadamente a los acreedores<sup>61</sup>.

De esta manera, puede concluirse que la legislación concursal ha pasado de ser un mero instrumento para el pago ordenado de los pasivos del deudor a convertirse en una herramienta para la protección de la empresa que se encuentra en una situación de insolvencia y que busca su preservación, permitiéndole continuar con el ejercicio de sus actividades económicas.

## 1. EL RÉGIMEN DE LOS CONCURSOS EN EL DERECHO COMPARADO

### 1. El régimen de insolvencia en Alemania

En Alemania, el 1º de Enero de 1999 se promulgó el Nuevo Código de Insolvencia

(Insolvenzordnung = “InsO”), el cual reemplazó al antiguo Código de Quiebra (Konkursordnung = “KO”) y al Código de Reorganización (Vergleichsordnung = “VerglO”)62.

El Código de Insolvencia Alemán tiene por objeto que las obligaciones del deudor sean satisfechas con la distribución de los bienes del deudor o la realización de un plan de insolvencia que le imponga reglas específicas a las empresas63.

Esta ley puede aplicarse en tres eventos: la insolvencia (Zahlungsunfähigkeit) en los casos que no se puede cumplir con sus obligaciones de pago64; el sobreendeudamiento (Überschuldung) es decir, cuando las obligaciones no pueden ser cubiertas por su patrimonio de manera verosímil según las circunstancias65 y la amenaza de insolvencia (Drohende Zahlungsunfähigkeit)66.

Los procesos de insolvencia generan una serie de garantías para el deudor como: la ejecución del deudor por fuera del proceso de insolvencia67, la continuidad de los contratos de arrendamiento68 y la compensación de los intereses69.

El proceso puede terminar con la liquidación de la empresa o con la celebración de un Plan de insolvencia con sus acreedores que busca el cumplimiento de las obligaciones de la empresa garantizando su conservación mediante el cumplimiento de normas estrictas70.

## 1. El régimen de insolvencia en los Estados Unidos

En los Estados Unidos, los concursos estuvieron regulados en la Ley de Quiebras de 1898 (Bankruptcy Act), el cual fue reemplazado en el año 1978 por el Código de Quiebras (Bankruptcy Code), que se encuentra establecido en el Título 11 del Código de Estados Unidos, modificado en el año 2005 por la “Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act” (BAPCPA).

Dentro de esta ley se establecen diversos procesos concursales con reglas específicas como la liquidación71, el ajuste de deudas de las municipalidades72, la reorganización73, el ajuste de deudas de una familia agraria o pescadores con un ingreso regular74, el ajuste de deudas de una familia agraria o pescadores con un ingreso regular75 y otros procesos especiales76. Dentro de cualquiera de estos procedimientos se genera la “bankruptcy assistance” con el propósito de proveer información consejo, preparación o diligenciamiento de documentos y atención para las reuniones con los acreedores o la actuación en los procedimiento o la representación legal en los procedimientos regulados77.

Concretamente este Código permite al “trustee” la posibilidad de continuar o terminar los contratos pendientes de ejecución (executory contracts) o arrendamientos no expirados (unexpired leases)78

El Capítulo 11 del Código de Quiebras se denomina “Reorganización”, y permite al deudor conservar la propiedad y el control de sus activos, pasando a ser denominado “deudor en posesión”. Comúnmente, es utilizado por empresas comerciales que desean continuar operando su negocio y rembolsar a sus acreedores simultáneamente, a través de un plan de reorganización aprobado por el tribunal.

En definitiva, “es el tribunal quien aprueba o desaprueba el plan de reorganización, previa votación favorable de la mayoría de los acreedores o, en su defecto, una vez satisfechos determinados requisitos. En el marco del plan aprobado, el deudor puede reducir sus deudas reembolsando una parte de sus obligaciones y liberándose de otras. También, puede terminar contratos y arrendamientos gravosos, recuperar activos, y volver a operar para ser rentable nuevamente. Bajo este procedimiento, el deudor usualmente atraviesa un periodo de consolidación y emerge con una carga reducida de deudas y un negocio reorganizado.”<sup>82</sup>.

## 1. El régimen de insolvencia en el Reino Unido

En el Reino Unido existen tres (3) procedimientos aplicables a la insolvencia de sociedades mercantiles: la administración judicial, que es un procedimiento ideado para salvar a la empresa o lograr para los acreedores un mejor resultado que el que se obtendría con su liquidación; la administrative receivership, en la cual el titular de un crédito con una garantía indeterminada (floating charge) sobre una parte o conjunto sustancial de los activos de la empresa, nombra un profesional en insolvencias denominado administrative receiver (con la condición de que la garantía sea ejecutiva); y la liquidación, que consiste en la realización y distribución del patrimonio de una empresa, e implica generalmente su cierre<sup>83</sup>.

Así mismo existen tres (3) alternativas a la quiebra: a) El auto de administración que es un procedimiento ante el tribunal en virtud del cual el deudor realiza pagos periódicos al tribunal como contribución de lo debido a sus acreedores; b) el acuerdo informal o “acuerdo familiar”, de acuerdo con el cual si el deudor sabe que no puede pagar todas sus deudas, puede comunicarse con sus acreedores individualmente, para tratar de alcanzar un compromiso y c) los acuerdos individuales voluntarios (IVA) que corresponden a la versión formal de los acuerdos recién descritos.<sup>84</sup>

## 1. El régimen de insolvencia en México

El 21 de mayo de 2000 fue promulgada la Ley de Concursos de México que regula el concurso mercantil para aquellos eventos en los cuales el comerciante incumpla generalizadamente el pago de sus obligaciones<sup>85</sup>. Esta ley reconoce que “es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios”<sup>86</sup>.

El concurso mercantil consta de dos (2) etapas sucesivas: la conciliación, cuya finalidad es lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos; y la quiebra, que tiene por objeto la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los acreedores reconocidos<sup>87</sup>.

La sentencia de concurso mercantil tiene efectos tales como: la suspensión de los procedimientos de ejecución<sup>88</sup>, la separación de bienes que se encuentren en posesión del

comerciante<sup>89</sup>, la conservación de la administración de la empresa en el comerciante<sup>90</sup>, la continuidad de los contratos pendientes<sup>91</sup> en especial el de arrendamiento de inmuebles<sup>92</sup>, de prestación de servicios<sup>93</sup> y de seguros<sup>94</sup>.

Por su parte, el Comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando: i. El propio Comerciante así lo solicite; ii. Transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en esta Ley, o; iii. El conciliador solicite la declaración de quiebra y el juez la conceda en los términos previstos en el artículo 150 de esta Ley.

La quiebra implica la remoción de plano del comerciante en la administración de su empresa<sup>95</sup>, la ocupación de los bienes, documentos y papeles del comerciante<sup>96</sup> y la enajenación del activo, graduación de créditos y del pago a los acreedores reconocidos<sup>97</sup>.

## 1. El régimen de insolvencia en Argentina

En Argentina, los concursos son regulados en la Ley 24522 (Ley de Concursos y Quiebras), en la cual se establecen los procedimientos de concurso preventivo y quiebra. El concurso preventivo procede por la cesación de pagos<sup>98</sup> y la quiebra cuando se presentan hechos reveladores como: 1) El reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; 2) La mora en el cumplimiento de una obligación; 3) La ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones. 4) La clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad; 5) La venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago; 6) La revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores y; 7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos<sup>99</sup>.

El concurso preventivo produce diversos efectos para la protección de los derechos del empresario: el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico<sup>100</sup>; la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca<sup>101</sup>; la continuidad de los contratos en curso de ejecución<sup>102</sup>; la imposibilidad de suspensión de los servicios públicos que se presten al deudor por deudas con origen en fecha anterior a la de la apertura del concurso<sup>103</sup>; la radicación ante el juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado<sup>104</sup>; y la suspensión de remates y medidas precautorias.<sup>105</sup>

La quiebra por su parte, produce el desapoderamiento de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación<sup>106</sup> y que todos los acreedores sólo puedan ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en forma prevista en la misma<sup>107</sup>, entre todos.

## 1. El régimen de Insolvencia en Perú

En Perú, el régimen de los concursos está contemplado en la ley 27809 del 5 de agosto de 2002, cuyo objetivo es “la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis”<sup>108</sup>.

Dentro del proceso concursal se puede llegar a un acuerdo de reestructuración o a un convenio de disolución y liquidación: el acuerdo de reestructuración se rige por un plan de reestructuración con el objeto de continuar con las actividades de la empresa, pagar los pasivos y buscar la refinanciación de la empresa<sup>109</sup>; por su parte, la disolución se rige por un acuerdo de disolución y liquidación que implica la entrega de bienes y acervo documentario<sup>110</sup>, la venta y adjudicación de activos del deudor<sup>111</sup>, el pago de créditos garantizados<sup>112</sup> y la designación de un liquidador encargado de la administración temporal de la empresa<sup>113</sup>.

## 1. El régimen de Insolvencia en España

En España, el régimen concursal está contemplado en la ley 22 de 2003. La iniciación del trámite concursal tiene diversos efectos tales como: la conservación de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio<sup>114</sup>, la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial<sup>115</sup>, la integración de la masa pasiva, la continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes<sup>116</sup>, la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas<sup>117</sup>, la prohibición de compensación<sup>118</sup>, la suspensión del devengo de intereses<sup>119</sup> y del derecho de retención<sup>120</sup>, la interrupción de la prescripción<sup>121</sup>, la rehabilitación de créditos<sup>122</sup>, la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado<sup>123</sup>, la enervación del desahucio en arrendamientos urbanos<sup>124</sup> y la continuidad de los contratos con obligaciones recíprocas<sup>125</sup>, entre otras. En este sentido, cabe destacar que existe una disposición especial que garantiza la continuidad de los contratos celebrados con el Estado:

“Contratos con Administraciones públicas.

1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley”<sup>126</sup>.

Por su parte, durante el proceso se puede llegar a la suscripción de un convenio con los acreedores para continuar con la empresa o a la liquidación de la misma, la cual genera: la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio<sup>127</sup> y el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la

conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones para proceder al pago de los mismos<sup>128</sup>.

De esta manera, puede concluirse que en el derecho comparado: (i) se distingue una modalidad de proceso concursal dirigida a la reestructuración de la empresa en la cual se busca la continuidad de su actividad económica sin ninguna discriminación respecto de otras empresas de una modalidad dirigida a la disolución y liquidación de la empresa para el pago de la masa pasiva; (ii) se establece un régimen especial que protege a la empresa en proceso de reestructuración y le otorga garantías especiales tales como la continuidad de su actividad y de los contratos que se encuentran en ejecución, la reducción de los intereses y la suspensión de los procesos vigentes.

## 1. LAS FACULTADES EXORBITANTES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado<sup>129</sup>. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado<sup>130</sup>.

Al respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican “el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”<sup>131</sup>.

En pronunciamiento previo de esta Corte, al estudiarse la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 80 de 1993, se avaló este criterio, de la siguiente manera:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”<sup>132</sup>. (Subraya la Sala).

Sobre el alcance y la aplicación de estas cláusulas el Consejo de Estado ha señalado:

“En lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. Así, el legislador exigió su imposición

en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. De igual forma, la normativa facultó a la administración para pactar dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Así mismo, la norma establece que las entidades podrán prescindir de la utilización de estipulaciones excepcionales en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos interadministrativos, de empréstito, de donación, de arrendamiento y de aquellos que tengan por objeto actividades comerciales, industriales, científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales”133.

## 1. La terminación unilateral

El artículo 17 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la Administración a dar por terminado unilateralmente el contrato estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, y por razones que sobrevengan durante la ejecución del mismo, en la medida en que el servicio público lo requiera o el orden público lo imponga o por causas atinentes al contratista, que dificulten su ejecución<sup>134</sup>.

Esta cláusula no tiene un carácter punitivo sino que constituye un medio de control para la interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público:

“La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria”<sup>135</sup>.

En todo caso esta potestad solamente puede ejercerse con el cumplimiento de unos presupuestos y en los eventos expresamente señalados por el legislador:

“En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto. Y en lo que tiene que ver con los eventos, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2) Por muerte o

incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista. 4) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. En los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º del mencionado artículo 17, la entidad pública contratante podrá continuar la ejecución del contrato con el garante de la obligación. La misma norma autoriza a la entidad para disponer medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”136.

## 1. La cláusula de caducidad

La caducidad del contrato es una potestad que se le reconoce al Estado como parte en él, para darlo por terminado cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual:

“Primero, porque la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general.

Es decir, la caducidad del contrato es una potestad que se le reconoce al Estado como parte en él, para darlo por terminado”137.

De esta manera, la caducidad se aplica a aquellos eventos en los cuales el contratista no se encuentra en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato:

“La institución de la caducidad, constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, incurso en alguna de las situaciones o conductas descritas, no esté en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato. Al declarar la caducidad, la administración queda libre de la atadura del vínculo contractual y en libertad para escoger a otro contratista, cuyas calidades le garanticen a la administración el cumplimiento de los mencionados fines”138.

La caducidad tiene una larga evolución en el Derecho administrativo colombiano que comenzó con la Ley 53 de 1909, cuyo artículo 5º establecía la posibilidad de que fuera declarada por los Ministerios en los contratos de obra en caso de incumplimiento139. Posteriormente, el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) señaló la obligatoriedad de establecer la cláusula de caducidad en los contratos de obra y de prestación de servicios, tal como hizo también la Ley 167 de 1941, la cual agregó su estipulación en los contratos de

explotación de bienes del Estado<sup>140</sup>.

La Ley 80 de 1993 define la caducidad como “la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”<sup>141</sup>.

Complementariamente, la Ley 80 de 1993 señala que “La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar”<sup>142</sup>.

En todo caso, “si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley”<sup>143</sup>. En materia de seguros, “la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”<sup>144</sup>.

Es importante destacar que la jurisprudencia ha establecido que la administración no puede declarar la caducidad ante el mero incumplimiento parcial, sino en aquellos eventos en los cuales se evidencie que el contratista no podrá cumplir con el objeto del contrato, poniendo en peligro la continuidad del servicio público<sup>145</sup>.

## 1. ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEMANDADAS

El actor afirma que las normas demandadas otorgan un tratamiento especial e injustificado a empresas que se encuentren en un proceso de reorganización, declarando ineficaces las cláusulas que impiden que participen en licitaciones públicas y prohibiendo que se declare la caducidad y la liquidación unilateral en los contratos que celebren ante la administración pública, por lo cual considera que vulneran los artículos 1, 2, 13, 209 y 366 de la Constitución. Por lo anterior, a continuación se analizarán puntualmente cada una de las normas demandadas con el objeto de establecer la certeza de los cargos formulados por el demandante y la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

### 1. Artículo 16 de la Ley 1116 de 2006

El artículo 16 de la Ley 1116 de 2006 consagra la ineficacia de las estipulaciones contractuales que impidan o dificulten la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias. Según el actor esta norma vulnera los artículos 1, 2 y 366 de la Constitución Política al hacer prevalecer el interés particular del empresario sobre el interés general que tiene la sociedad en que se cumpla un contrato estatal, argumento que no comparte esta Corporación por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, la protección que se otorga a la empresa en el artículo 16 de la ley

1116 de 2006 no se funda en su simple condición de persona jurídica, sino en la salvaguarda de la función que cumple en la sociedad como base del desarrollo, fuente de empleo y soporte de la economía<sup>146</sup>; por lo cual contribuye al bienestar de toda la sociedad y su disolución afecta a sus trabajadores, a los intermediarios del comercio que tienen relaciones contractuales con la misma, a los consumidores y en general a toda la economía, por lo cual esta disposición no desconoce sino que se funda en el interés general.

En este sentido, esta Corporación ha señalado claramente que la protección que se otorga a la empresa a través del derecho concursal se funda en la sujeción de los intereses particulares al bien común:

“El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común”<sup>147</sup>.

En otra sentencia, la Corte Constitucional señaló sobre este aspecto que lo que cede en los procesos concursales no es interés general, sino que por el contrario lo que se pondera es el interés particular de los acreedores con el interés general de la sociedad en que las empresas superen sus dificultades transitorias:

“Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad”<sup>148</sup>.

i. En segundo lugar, las empresas que se encuentran en proceso de reorganización no ponen en peligro el interés general ni el cumplimiento de sus contratos, pues son sociedades viables económicamente que simplemente se encuentran en una situación de incumplimiento de algunos de sus pasivos.

Una sociedad que se encuentra en un proceso de reorganización no está en quiebra y por ello el Estado le permite seguir desarrollando sus actividades económicas, situación que no solamente se presenta en Colombia sino en otras legislaciones como la española, la alemana, la inglesa, la mexicana, la argentina y la peruana, pues la continuidad de los contratos y de la actividad económica del deudor es un principio del derecho concursal.

En este sentido, la Ley 1116 de 2006 distingue muy claramente los eventos en los cuales procede la reorganización de aquellos en los cuales debe aplicarse la liquidación:

Liquidación

Reorganización

ARTÍCULO 47. INICIO. El proceso de liquidación judicial iniciará por:

1. Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999.
2. Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la presente ley.

ARTÍCULO 49. APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL INMEDIATA. Procederá de manera inmediata en los siguientes casos:

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

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

ARTÍCULO 9o. SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos

(2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

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

PARÁGRAFO. En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas.

Como puede apreciarse las hipótesis que dan lugar a un acuerdo de reorganización y a una liquidación obligatoria son muy distintas, pues mientras en el primer caso el empresario se encuentra apenas en una situación de incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, en el caso de la liquidación obligatoria se requiere un incumplimiento grave de las obligaciones o incluso el abandono del deudor de sus negocios.

A lo anterior cabe agregar que tal como lo señalan algunos de los intervinientes, permitir a una empresa participar en un proceso de adjudicación no implica necesariamente que se le vaya a adjudicar el contrato, sino que puede participar en igualdad de condiciones con el resto de candidatos para buscar obtener la adjudicación. Adicionalmente, tal como señala la Cámara de Comercio, uno de los aspectos que debe evaluarse en los procesos de licitación es la solvencia financiera, por lo cual si finalmente se adjudica un contrato a una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización es porque la entidad pública ha concluido, luego de analizar las finanzas de la sociedad, que ésta tiene la solvencia financiera suficiente para cumplir con el contrato.

En este sentido, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, al analizar el principio de selección objetiva, señaló que la capacidad financiera será objeto de verificación por la entidad contratante como requisito habilitante para la participación en el proceso de selección :

“De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como

requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. (...)”149.

Por lo anterior, en cada caso, las entidades públicas deberán valorar si las empresas tienen la capacidad financiera suficiente para el cumplimiento del contrato, pero no podrá existir una imposibilidad absoluta de que una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización participe en un proceso de licitación pública.

i. En tercer lugar, permitir la existencia de cláusulas que impidan a un deudor participar en un proceso de licitación sí vulneraría gravemente el principio de igualdad, por cuanto el Estado sería el único que podría establecer esta discriminación, mientras que los particulares no podrían contemplar este tipo de cláusulas.

En este sentido, carecería de toda coherencia legislativa y económica que el Estado sea el único que no confíe en la viabilidad y éxito de los procesos de reorganización cuando él mismo como titular de la dirección de la economía tenga el deber de preservar a la empresa como base del desarrollo.

Esta Corporación ha señalado en este sentido la importancia del principio de imparcialidad y de la igualdad de los proponentes en los procesos de contratación pública:

“El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable”150.

En la misma sentencia, esta Corporación señaló la necesidad de garantizar la igualdad en el acceso a la contratación pública como un elemento fundamental de los procesos de licitación<sup>151</sup>, la cual se afectaría si se establece la imposibilidad absoluta de que una empresa no pueda participar en un proceso de contratación ante la presunción ilegítima de que toda empresa que se encuentra en un proceso de reorganización no puede cumplir con un contrato estatal.

Por lo anterior, esta Corporación declarará la constitucionalidad del artículo 16 de la ley 1116 de 2006, por cuanto la misma no vulnera los artículos 1, 2 ni 366 de la Constitución, pues por el contrario, la disposición busca preservar el interés general que tiene el Estado en la

recuperación de una empresa viable que se encuentra en una situación especial para salvaguardar su función social y en especial su carácter de base del desarrollo y fuente de empleo y bienestar para la sociedad.

## 1. Artículo 21 de la ley 1116 de 2006

El artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 consagra en Colombia el principio de continuidad de los contratos y señala una premisa general que establece que “por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato”.

Así mismo, al final del inciso primero de esta norma se señala la posibilidad de aplicar la anterior regla también a los contratos estatales, por lo cual por el simple hecho del inicio del proceso de reorganización tampoco podrá decretarse la caducidad del contrato salvo que el proceso de declaratoria de caducidad sea anterior:

“Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha”.

De esta manera, para la protección de la empresa que se encuentra en una situación especial se establece que el sólo hecho del inicio del proceso de reorganización no puede ocasionar la terminación de los contratos privados o administrativos que haya suscrito el deudor.

Sin embargo, esta norma no impide la terminación de los contratos del deudor, por una razón distinta al hecho del inicio del proceso de reorganización, tal como sucedería con el incumplimiento grave de las obligaciones consagradas en los mismos, pues el inciso segundo de la disposición señala:

“Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales”.

Lo anterior implica que el incumplimiento de las obligaciones de la empresa una vez se haya iniciado el proceso de reorganización sí puede producir la terminación del contrato en los siguientes eventos:

i. Cuando según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 21 de la ley 1116 de 2006, el proceso de declaratoria de la caducidad haya sido iniciado con anterioridad al inicio del proceso de reorganización, tal como autoriza la propia expresión demandada, lo cual evitará el evento hipotético de fraude señalado por el accionante en el que un contratista que se entere de que en su contra se inició un proceso para la declaratoria de la caducidad inicie un proceso de reorganización para evitar que se termine el contrato.

ii. Cuando de acuerdo a lo señalado en el inciso tercero del artículo 21 de la ley 1116 de 2006, después de la iniciación del proceso de reorganización se haya generado un incumplimiento grave de las obligaciones del contratista.

De esta forma, tal como han señalado las Superintendencias de Sociedades y de Industria y Comercio, las entidades públicas sí pueden declarar la caducidad respecto de un contratista que se encuentre en un proceso de reorganización pero no por esa sola causa, sino que además es necesario que se haya presentado un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado claramente este criterio al interpretar el artículo 15 de la ley 550 que también señalaba que “por el hecho de la promoción o iniciación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario”:

“En consecuencia, esta Superintendencia concluye que la prohibición de decretar la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario en reestructuración contenida en el artículo 15 de la ley 550 de 1999, impide que la administración declare tal caducidad con posterioridad a la iniciación de la negociación si la causa es el incumplimiento de obligaciones contractuales que sean objeto de reestructuración en el acuerdo que se pretende celebrar. Lo contrario obstaculizaría la efectiva recuperación de la empresa.

Ahora bien, esto no significa que por el hecho de haber comenzado a negociar un acuerdo de reestructuración, el empresario contratista pueda incumplir injustificadamente las obligaciones derivadas del contrato que celebró con la entidad estatal causadas con posterioridad a la iniciación de la promoción, las cuales, conforme a lo ordenado por los artículos 17 y 19 de la ley 550 de 1999 se consideran gastos administrativos que deben ser atendidos de manera preferente en la medida en que se vayan causando. Si bien es cierto que la caducidad administrativa no es viable por las razones que se acaban de exponer, el empresario tiene el deber de continuar con la ejecución del contrato, máxime si el cumplimiento de las obligaciones que nacen del mismo hace parte del giro ordinario de los negocios de la empresa. Por consiguiente, si por alguna razón el empresario incumple de forma grave e injustificada obligaciones derivadas del contrato posteriores a la fecha de iniciación de la negociación se hará responsable frente a la entidad contratante y la administración podrá hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 18 de la ley 80 de 1993 y decretar la caducidad del respectivo contrato”<sup>152</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la administración sí puede decretar la caducidad de un contrato ante la existencia de un incumplimiento grave de una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización, el cargo formulado por el actor carece de certeza y por ello la Corte Constitucional deberá declararse inhibida para fallar sobre la constitucionalidad de la expresión: “Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha” contenida en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006.

Que las razones sean ciertas “significa que la demanda recaiga sobre una proposición

jurídica real y existente<sup>153</sup> “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita”<sup>154</sup> e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda<sup>155</sup>. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”<sup>156</sup>.”<sup>157</sup>

Sobre la certeza de las razones, la Corte también ha explicado:

“La certeza del cargo hace alusión a que el mismo debe recaer sobre una norma real, existente, no sobre una norma ficticia, supuesta por el demandante<sup>158</sup>, o sobre una norma distinta a la acusada, que no ha sido objeto de censura o sobre una norma que no es objeto concreto de la demanda<sup>159</sup>. La certeza del cargo exige que la acusación recaiga sobre la hipótesis contenida en la norma, no sobre una interpretación o una práctica de la autoridad encargada de aplicarla. En suma, un cargo es cierto si permite la confrontación entre la Constitución y la norma legal a partir de contenidos normativos verificables, derivados del texto de las normas acusadas”<sup>160</sup>.

En este sentido, el cargo formulado respecto de la expresión “por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato” contemplada artículo 21 de la ley 1116 de 2006 carece de certeza, pues no recae sobre una norma real, existente, sino sobre una norma ficticia, supuesta por el demandante

En relación con la inconstitucionalidad de la expresión; “cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo” el demandante señala su inconveniencia pero no explica las razones por las cuales considera que es inconstitucional:

En este sentido, el actor en ningún momento señala las normas constitucionales que esta expresión vulnera, por lo cual esta Corporación debe declararse inhibida para fallar sobre la constitucionalidad de esta expresión por lo cual este cargo carece de pertinencia constitucional.

El requisito de la pertinencia de las razones “quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales<sup>161</sup> y doctrinarias<sup>162</sup>, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”<sup>163</sup>; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia<sup>164</sup>, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa”<sup>165</sup> a partir de una valoración parcial de sus efectos.”<sup>166</sup>

Utilizando otras palabras, la Corte ha explicado la pertinencia del cargo así:

“...la pertinencia del cargo se ha entendido como la jerarquía constitucional de la oposición. Un cargo es pertinente si plantea una contradicción entre el texto de la Constitución y el texto de la norma legal. En otros términos, la jurisprudencia entiende que el cargo de constitucionalidad debe ser pertinente en el sentido de que debe formular una verdadera oposición normativa entre el texto de la ley y el texto de la norma constitucional que se considera vulnerado”<sup>167</sup>.

En este sentido es claro que al ni siquiera señalarse la norma constitucional presuntamente afectada el cargo formulado sobre la expresión “cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo”, carece de pertinencia constitucional.

### 1. Artículo 17 de la ley 80 de 1993

El artículo 17 de la ley 80 de 1993 establece que “La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral”, a partir de lo cual el actor deduce que esta norma prohíbe la terminación unilateral del contrato estatal celebrado con el deudor en crisis que afronta un proceso recuperatorio, con lo cual se diluiría el interés común y su protección constitucional.

La interpretación del accionante resulta errada, pues señalar que la administración nunca puede declarar la terminación unilateral de los contratos administrativos cuando exista un trámite concordatario dejaría completamente inocuo lo señalado en el numeral 4º del artículo 17 de la ley 80 de 1993 de acuerdo con el cual “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: (...) 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato”.

Los procesos de reorganización son modalidades de procesos concursales y además según lo dispuesto en el numeral primero del artículo noveno de la ley 1116 de 2006 se generan por la cesación de pagos<sup>168</sup>, por ello el numeral cuarto carecería de todo sentido si en ningún caso se permitiera la terminación del contrato cuando el contratista se encuentre en un proceso de reorganización.

Por lo anterior, ambos incisos del artículo 17 de la ley 80 de 1993 solamente permiten una interpretación correcta de acuerdo con la cual según el último inciso de la norma la administración no puede declarar la terminación unilateral del contrato exclusivamente por la iniciación de trámite concordatario, pero en virtud de lo señalado en el numeral 4º sí podrá hacerlo cuando además se afecte de manera grave el cumplimiento del contrato.

En este sentido, la interpretación incorrecta del actor se funda en su error de considerar que una empresa que se encuentra en un proceso de reorganización es una empresa en quiebra que como él lo expresa padece de una “patología”, lo cual es incorrecto, pues estas empresas son completamente viables por cuanto de lo contrario se procedería a utilizar el otro procedimiento concursal aplicable que es la liquidación. En este sentido, el artículo 1º de la ley señala: “El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar

empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos” (negrillas y subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, el sólo hecho de que una empresa se encuentre en un proceso de reorganización no implica que genere un riesgo económico, situación que sí se consumaría cuando afecte concretamente de manera grave el cumplimiento del contrato, hipótesis en la cual sí será posible su terminación unilateral.

La interpretación correcta de la norma exige también agregar que para aquellos eventos en los cuales el contratista esté en un proceso de reorganización pero el mismo no ponga en peligro el cumplimiento del contrato “La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”, tal como dispone la parte final del artículo 17 de la ley 80 de 1993.

En este sentido, dentro del propio proceso de reorganización existen diversas formas para exigir el cumplimiento, distintas a que la propia administración pueda declarar la terminación unilateral del contrato:

i. En primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones no subsanado en audiencia da lugar a la terminación del acuerdo de reorganización<sup>169</sup> e incluso a la liquidación judicial de la empresa:

“El proceso de liquidación judicial iniciará por:

1. Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999.

2. Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la presente ley”<sup>170</sup>.

i. En segundo lugar, la ley 1116 de 2006 establece que “El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte” en caso contrario se iniciará el incidente contemplado en el artículo 8 de esta ley, de acuerdo con el cual:

“Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso del proceso de insolvencia se resolverán siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 135 a 139 del Código de Procedimiento Civil.

Los actos de trámite que deban surtirse dentro del proceso de insolvencia y que correspondan a actuaciones que no deben ser controvertidas por las demás partes del proceso, tales como expedición de copias, archivo y desglose de documentos, comunicación al promotor o liquidador de su designación como tal, entre otros, no requerirán la expedición de providencia judicial que así lo ordene o decrete y para su perfeccionamiento bastará con

el hecho de dejar constancia en el expediente de lo actuado, lo cual tampoco requerirá notificación”171.

i. En tercer lugar, cuando se inicia un proceso de reorganización, se designa un juez del concurso, el cual queda investido de una serie de facultades para controlar la actividad del deudor y evitar fraudes como los señalados por el actor:

“Para los efectos de la presente ley, el juez del concurso, según lo establecido en el artículo siguiente de esta ley, tendrá las siguientes facultades y atribuciones, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones:

1. Solicitar u obtener, en la forma que estime conveniente, la información que requiera para la adecuada orientación del proceso de insolvencia.

2. Ordenar las medidas pertinentes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor, incluyendo la revocatoria de los actos y/o contratos efectuados en perjuicio de los acreedores, con excepción de:

a) Aquellas transacciones sobre valores u otros derechos de naturaleza negociable que hayan recibido una orden de transferencia aceptada por el sistema de compensación y liquidación de que tratan los artículos 2o, 10 y 11 de la Ley 964 de 2005;

b) Los actos y contratos que tengan como objeto o por efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia.

3. Objetar los nombramientos o contratos hechos por el liquidador, cuando afecten el patrimonio del deudor o los intereses de los acreedores.

4. Decretar la inhabilidad hasta por diez (10) años para ejercer el comercio en los términos previstos en la presente ley. Los administradores objeto de la inhabilidad podrán solicitar al juez del régimen de insolvencia la disminución del tiempo de inhabilidad, cuando el deudor haya pagado la totalidad del pasivo externo calificado y graduado.

5. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

6. Actuar como conciliador en el curso del proceso.

7. Con base en la información presentada por el deudor en la solicitud, reconocer y graduar las acreencias objeto del proceso de insolvencia, de conformidad con lo establecido sobre prelación de créditos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen o adicionen, y resolver las objeciones presentadas, cuando haya lugar a ello.

8. Decretar la sustitución, de oficio o a petición de parte, de los auxiliares de la justicia, durante todo el proceso de insolvencia, con ocasión del incumplimiento de las funciones

previstas en la ley o de las órdenes del juez del concurso, mediante providencia motivada en la cual designará su reemplazo.

9. Ordenar la remoción de los administradores y del revisor fiscal, según sea el caso, por incumplimiento de las órdenes del juez del concurso o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de acreedor, mediante providencia motivada en la cual designará su reemplazo.

10. Reconocer, de oficio o a petición de parte, los presupuestos de ineficacia previstos en esta ley.

11. En general, tendrá atribuciones suficientes para dirigir el proceso y lograr que se cumplan las finalidades del mismo”172.

En este sentido, la administración podrá solicitar al juez que utilice estas facultades para buscar el cumplimiento del contrato o sancionar a los administradores de la empresa.

i. Por último, en el evento hipotético de fraude señalado por el accionante en el cual un contratista inicie un proceso de reorganización simplemente para evitar que se declare la caducidad del contrato, esta situación podrá ser sancionada con inhabilidad para ejercer el comercio tal como señala la propia ley 1116 de 2006<sup>173</sup> o incluso penalmente siempre y cuando se actúe dolosamente por los delitos de fraude procesal o falsedad documental.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la administración sí puede declarar la terminación unilateral del contrato cuando estando en un proceso de reorganización afecte de manera grave el cumplimiento del contrato, esta Corporación considera que el cargo formulado por el actor carece de certeza y por ello se declarará inhibida para fallar sobre la constitucionalidad de la expresión demandada del artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

## DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 16 de la ley 1116 de 2006.

SEGUNDO.- Declararse INHIBIDA para decidir de fondo, en relación con las expresiones “Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha” y “Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo” contempladas en el artículo 21 de la ley 1116 de 2006, por ineptitud sustantiva de la demanda.

TERCERO.- Declararse INHIBIDA para decidir de fondo, sobre la constitucionalidad de la expresión “La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de

terminación unilateral” contemplada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA GUILLÉN ARANGO (E)

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

LUIS CARLOS MARIN PULGARIN

Secretario Ad-Hoc

1 Oficio de la Superintendencia de Sociedades No. 155-052689 del 17 de octubre de 2002.

2 Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-645 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-823 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

- 3 Sentencia de la Corte Constitucional C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentarúa.
- 4 Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.
- 5 Sentencia de la Corte Constitucional C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentarúa.
- 6 Sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 7 Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 8 Sentencias de la Corte Constitucional C-254 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y; C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- 9 Sentencias de la Corte Constitucional C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- 10 Sentencia C - 854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 11 Sentencia de la Corte Constitucional C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- 12 Sentencia de la Corte Constitucional C-854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 14 Sentencia de la Corte Constitucional C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- 15 Sentencia de la Corte Constitucional C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 16 Sentencia de la Corte Constitucional C-1041 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 17 Sentencia de la Corte Constitucional C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-854 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 18 Sentencia de la Corte Constitucional C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 19 Sentencia de la Corte Constitucional C-639 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 20 Sentencia de la Corte Constitucional C-854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 21 Este artículo contiene la relación de los bienes inembargables.
- 22 Artículo 2492 del Código Civil.
- 23 Contemplado en el título XL del libro X del Código Civil.
- 24 Sentencia de la Corte Constitucional C-015 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 25 Artículo 17 Decreto Ley 750 de 1940.

26 Dice así el artículo 2.222 el Decreto 2464 de 1969: Artículo 2.222: “El comerciante que haya suspendido o vaya a suspender el pago corriente de sus obligaciones podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores si concurren en su favor las siguientes condiciones: // 1. Tener activos por valor del doble, por lo menos, del total de sus deudas, o si es inferior el valor de tales activos, ofrecer garantías reales o personales satisfactorias para asegurar el pago íntegro de sus obligaciones, o estar coadyuvada la petición por no menos de la tercera parte de los acreedores relacionados en el inventario que debe presentar el deudor, siempre que dicha mayoría represente el ochenta por ciento de los créditos, por lo menos. // 2. No haber sido sancionado por delitos, contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial. // 3. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro público de comercio y a la contabilidad de sus negocios // 4. No haber sido declarado anteriormente en quiebra, o habiéndolo sido, haber sido legalmente rehabilitado. // 5. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente”.

27 Sentencia de la Corte Constitucional C-699 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

28 Artículo 1911 del Decreto 410 de 1971.

29 Artículo 1937 del Decreto 410 de 1971.

30 Artículo 1945 Decreto 410 de 1971.

31 Artículo 2 Decreto 350 de 1989: “El concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito.

En procura de los anteriores objetivos, sus estipulaciones podrán adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas:

1º La administración del patrimonio y los negocios de la empresa por un establecimiento de crédito o una sociedad fiduciaria debidamente autorizados por la Superintendencia Bancaria;

2º La vigilancia permanente de la administración ejercida por el empresario deudor;

3º La constitución de una sociedad en la que participen los acreedores como asociados, siendo entendido que quienes no ingresen a la compañía deberán aceptar el pago de sus créditos conforme se disponga en el acuerdo concordatario;

4º El aumento del capital social y la conversión de créditos a cargo de la sociedad en partes de interés, cuotas o acciones en la cantidad en que dicho aumento no sea cubierto por los asociados;

5º Cuando se trate de sociedad, su transformación o la fusión con otra u otras compañías;

7º La cesión parcial o total de las partes de interés, cuotas o acciones en que esté distribuido el capital social;

8º La dación en pago o la cesión de bienes a los acreedores para extinguir total o parcialmente las deudas, siempre que cualquiera de tales negocios jurídicos no paralice o afecte la marcha normal de la empresa;

9º La venta, permuta, arrendamiento o cesión de elementos del activo, o de uno o más de los establecimientos de comercio siempre que su enajenación se realice en estado de unidad económica en plena explotación;

10. La venta de maquinaria o equipo obsoleto para su sustitución;

11. La cesación de determinadas actividades, o el desarrollo de otras nuevas;

12. La aprobación de planes de refinanciación de la empresa;

13. El cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder al crédito de fomento o beneficios especiales establecidos para la defensa o recuperación de empresas en crítica situación económica;

14. Y cualesquiera otras que resulten útiles para los fines indicados en el primer inciso de este artículo”.

32 Artículo 48 del Decreto 350 de 1989: “Estarán sometidas al trámite del concordato preventivo obligatorio:

1º Las sociedades comerciales sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y que tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de los activos, incluidas las valorizaciones, o más de cien trabajadores permanentes a su servicio;

No obstante, cuando se trate de sociedades comerciales que se encuentren sometidas a dicha inspección y vigilancia exclusivamente por voluntad de sus socios o accionistas, además de las condiciones exigidas en el precedente inciso, será necesario que hayan estado en tal situación durante todo el año anterior a la solicitud del concordato;

2º Las sociedades de economía mixta con aportes estatales superiores al cincuenta por ciento del capital social;

3º Las empresas industriales y comerciales del Estado.

Las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado a que se refiere este artículo, no podrán ser declaradas en quiebra. Cuando no pueda celebrarse concordato, o éste no sea aprobado o no se cumpla, serán disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades conforme a las reglas previstas en el Código de Comercio para la liquidación de sociedades por acciones”.

33 Artículo 89 de la Ley 222 de 1995.

34 Artículo 90 de la Ley 222 de 1995.

35 Artículo 91 de la Ley 222 de 1995.

36 Artículo 94 de la Ley 222 de 1995.

37 Artículo 116 de la Ley 222 de 1995.

38 Artículo 99 de la Ley 222 de 1995: “Preferencia del concordato. A partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido, ni proceso de ejecución singular o de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora.

La Superintendencia de Sociedades librára oficio a los jueces y funcionarios administrativos competentes para conocer de procesos judiciales o de cualquier procedimiento o actuación administrativa de carácter patrimonial contra el deudor, para que le informen la naturaleza y estado de la actuación, en la forma y con el detalle que ella indique.

Tratándose de procesos ejecutivos o de ejecución coactiva, dentro de los tres días siguientes al recibo de oficio, el juez o funcionario ordenará remitir el expediente a la superintendencia de Sociedades. Una vez ordenada la remisión, se procederá a efectuarla dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que la ordene.

El Juez o funcionario declarará de plano la nulidad de las actuaciones que se surtan en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta, salvo que pruebe causa justificativa.

Los procesos, demandas ejecutivas y los de ejecución coactiva, se tendrán por incorporados al concordato y estarán sujetos a la suerte de aquél. Los créditos que en ellos se cobren se tendrán por presentados oportunamente, siempre y cuando tal incorporación se surta antes del traslado de créditos.

Cuando se remita un proceso ejecutivo en el que no se hubieren decidido de manera definitiva las excepciones de mérito propuestas, éstas se considerarán objeciones, y serán decididas como tales. Las pruebas recaudadas en el proceso remitido serán apreciadas en el trámite de la objeción.

Si en los referidos procesos se hubieren propuesto como excepciones de mérito las de nulidad relativa, simulación o lesión enorme, el Juez remitirá copia del expediente, conservando el original para resolver las referidas excepciones y cualquier otra que se hubiere propuesto junto con éstas”.

39 Artículo 100 de la Ley 222 de 1995: “Continuación de los procesos ejecutivos en donde existen otros demandados. En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o de cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el Juez dentro de los tres días siguientes al recibo del oficio de solicitud de envío de expedientes, mediante auto lo pondrá en conocimiento del demandante, a fin de que en el término de su ejecutoria manifieste si prescinde de cobrar su crédito a cargo de los demás demandados, evento en el cual, se

procederá como se dispone en el artículo anterior.

Si se hubiesen decretado medidas cautelares sobre los bienes de los codeudores del deudor en concordato, éstas se liberarán una vez manifieste el acreedor que prescinde de cobrar el crédito a estos codeudores.

Si el demandante no prescindiera de la actuación contra los otros deudores, deberá hacerse parte al igual que los demás acreedores, indicando el estado actual del proceso y las circunstancias a que hubiere lugar, para lo cual deberá acompañar la certificación de la existencia y estado del proceso, así como copia de los títulos base de la ejecución. No obstante, cuando el solicitante no hubiere obtenido dichos documentos, así lo manifestará bajo la gravedad de juramento, en cuyo caso, la Superintendencia de Sociedades oficiará al Juez respectivo para que los expida y remita. Los procesos ejecutivos en cuestión, continuarán respecto de los otros deudores.

En el evento que al acreedor demandante se le satisfaga su acreencia o se le efectúen abonos, por parte de los deudores, respecto de los cuales continúa la ejecución, deberá denunciar tal circunstancia a la Superintendencia de Sociedades.

Una vez aprobado el acuerdo concordatario, deberá informar de ello al Juez que conoce del proceso ejecutivo, el cual decretará la terminación del mismo, a menos que haya hecho la reserva especial de la solidaridad, de que trata el artículo 1573 del Código Civil.

En caso de continuación del proceso ejecutivo, no se podrán practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor y las que se hubieren practicado, quedarán a ordenes de la Superintendencia de Sociedades y se aplicarán las disposiciones sobre medidas cautelares, contenidas en esta Ley”.

40 Artículo 102 de la Ley 222 de 1995: “Interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad. Desde la apertura del concordato y hasta la terminación del mismo o la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo concordatario, se interrumpe el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos que contra el deudor se hubieren perfeccionado o hechos exigibles antes de la iniciación del concordato”.

41 Artículo 103 de la Ley 222 de 1995: “Continuidad de los contratos de tracto sucesivo. Se tendrá por no escrita la cláusula en la que se pacte la admisión a concordato, como causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo.

Igualmente, no podrá decretarse la caducidad administrativa por la admisión del concordato de los contratos celebrados con el Estado”.

42 Artículo 104 de la Ley 222 de 1995: “Prestación de servicios públicos. “Las personas o sociedades que presten servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, admitido o convocado a concordato, no podrán suspender la prestación de aquéllos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si la prestación estuviera suspendida, estarán obligadas a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios que se ocasionen. El valor de los nuevos servicios que se presten a partir de la apertura del concordato, se pagarán como

obligaciones pos - concordatarias.

PARAGRAFO. Igual regulación se aplicará a las entidades de previsión social en relación con las obligaciones que tengan con trabajadores del deudor”.

43 Artículo 105 de la Ley 222 de 1995: “Cancelación y restablecimiento de gravámenes. Si el representante de la deudora o el contralor solicita el levantamiento o la modificación de los gravámenes que recaen sobre bienes del deudor y una vez oídos el deudor, la junta provisional y el acreedor titular del respectivo gravamen, la Superintendencia resolverá mediante providencia motivada, la adopción de tal medida, la cual procederá cuando considere que la misma es indispensable para evitar un mayor deterioro de la situación del deudor. No obstante lo dispuesto, el acreedor titular del gravamen, conservará el privilegio y la preferencia para el pago de su crédito y tendrá derecho al restablecimiento del gravamen en los casos previstos en esta Ley”.

44 Artículo 95 Ley 222 de 1995: “Objeto de la liquidación obligatoria. Mediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo”.

45 Artículo 151 Ley 222 de 1995.

46 Artículo 23 Decreto 1080 de 1996: “La Superintendencia de Sociedades será competente, de manera privativa, para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación”.

47 Artículo 24 Decreto 1080 de 1996: “Además de las causales previstas en la Ley, habrá lugar al control cuando las personas jurídicas mencionadas en el artículo anterior soliciten la apertura del trámite concursal. En tal caso, en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 85 de la Ley 222 de 1995 podrá la Superintendencia de Sociedades, adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) Ordenar la práctica de un inspección con la finalidad de verificar la situación del ente que solicita el trámite;
- b) Ordenar al ente deudor la presentación de planes de recuperación, tendientes a superar su situación;
- c) Convocar a la deudora y a sus acreedores a deliberaciones, con el fin de convenir fórmulas tendientes a superar su situación;
- d) Ordenar la apertura de un proceso concursal en cualquiera de sus dos modalidades”.

48 Artículo 25 Decreto 1080 de 1996.

49 Artículo 26 Decreto 1080 de 1996.

50 Artículo 5 Ley 550 de 1999.

51 Artículo 15 Ley 550 de 1999: “Continuidad de contratos. Por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario; y se tendrá por no escrita la cláusula en que se pacte que dicha promoción o iniciación sea causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo.

Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones que formen parte de cualquier acto o contrato y que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente la promoción, la negociación o la celebración de un acuerdo de reestructuración, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el empresario que negocie o celebre un acuerdo de los previstos en esta ley.

52 Artículo 16 Ley 550 de 1999: “Prestación de servicios públicos domiciliarios. Las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos domiciliarios al empresario que inicie la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrán suspender la prestación de aquéllos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si dicha prestación estuviera suspendida, estarán obligados a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios causados y de la postergación legal de sus créditos a la atención previa de todos los demás créditos.

El valor de los nuevos servicios prestados a partir de la fecha de iniciación de la negociación del acuerdo de reestructuración se pagará de preferencia”.

53 Artículo 1º de la Ley 1116 de 2006.

54 Artículo 9 de la Ley 1116 de 2006.

55 Artículo 20 de la Ley 1116 de 2006: “Nuevos procesos de ejecución y procesos de ejecución en curso. A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.

El Juez o funcionario competente declarará de plano la nulidad de las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El promotor o el deudor quedan legalmente facultados para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso al juez competente, para lo cual bastará aportar copia del certificado de la Cámara de Comercio, en el que conste la inscripción del aviso de inicio del proceso, o de la providencia de apertura. El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto

en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta”

56 Artículo 21 de la Ley 1116 de 2006: “Continuidad de contratos. Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 80 de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en proceso de ejecución.
2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación. Al momento de la solicitud, el deudor deberá presentar:
  - a) Un análisis de la relación costo-beneficio para el propósito de la reorganización de llevarse a cabo la terminación, en la cual se tome en cuenta la indemnización a cuyo pago podría verse sujeto el deudor con ocasión de la terminación;
  - b) En caso que el juez de concurso autorice la terminación del contrato, la indemnización respectiva se tramitará a través del procedimiento abreviado y el monto que resulte de la indemnización se incluirá en el acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda”.

57 Artículo 23 de la Ley 1116 de 2006: “Suspensión de la causal de disolución por pérdidas. Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas.

En el acuerdo de reorganización deberá pactarse expresamente la forma y términos cómo subsanarán dicha causal, incluyendo el documento de compromiso de los socios, cuando sea del caso”.

58 Artículo 42 de la Ley 1116 de 2006: “Flexibilización de las condiciones de aportes al capital. La suscripción y pago de nuevos aportes en el capital de los deudores

reestructurados, podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en el Código de Comercio, sin exceder el plazo previsto para la ejecución del acuerdo.

La colocación de las participaciones sociales podrá hacerse por un precio de suscripción inferior al valor nominal, fijado con base en procesos de valoración técnicamente reconocidos, por evaluadores independientes.

La capitalización de acreencias y las daciones en pago requerirán del consentimiento individual del respectivo acreedor”.

59 Artículo 43. de la Ley 1116 de 2006: “Conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias. En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.

2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos.

3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto.

4. Si durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor gozará de la misma prelación que le otorgaba el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien.

5. La constitución, modificación o cancelación de garantías, o la suspensión o conservación de su exigibilidad derivadas del acuerdo, requerirá el voto del beneficiario respectivo y bastará la inscripción de la parte pertinente del mismo en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar nuevamente ningún otro documento y, salvo pacto en contrario, compartirá proporcionalmente el mismo grado de todos aquellos acreedores que concedan las mismas ventajas al deudor. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestarán mérito ejecutivo.

6. La estipulación de un acuerdo de reorganización que amplíe el plazo de aquellas obligaciones del deudor que cuenten con garantes personales o con cauciones reales

constituidas sobre bienes distintos de los del deudor, no pone fin a la responsabilidad de los garantes ni extingue dichas cauciones reales.

7. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, el acreedor que cuente con garantías reales o personales constituidas por terceros para amparar créditos cuyo pago haya sido contemplado en el acuerdo, podrá iniciar procesos de cobro contra los garantes del deudor o continuar los que estén en curso al momento de la celebración del acuerdo”.

60 Artículo 47 de la Ley 1116 de 2006.

61 Artículo 50 de la Ley 1116 de 2006: “Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

1. La disolución de la persona jurídica. En consecuencia, para todos los efectos legales, esta deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación judicial”.

2. La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere.

3. La separación de todos los administradores.

4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.

5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.

6. Disponer la remisión de una copia de la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial al Ministerio de la Protección Social, con el propósito de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales.

7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula correspondiente. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo se considerará sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor, responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso.

La fiduciaria entregará los bienes al liquidador dentro del plazo que el juez del proceso de liquidación judicial señale y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.

8. La interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor o contra sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación judicial.

9. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor. La apertura del proceso de liquidación judicial del deudor solidario no conllevará la exigibilidad de las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores.

10. La prevención a los deudores del concursado de que sólo pueden pagar al liquidador, advirtiéndolo la ineficacia del pago hecho a persona distinta.

11. La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decreta, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan.

12. La remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Con tal fin, el liquidador oficiará a los jueces de conocimiento respectivos. La continuación de los mismos por fuera de la actuación aquí descrita será nula, cuya declaratoria corresponderá al juez del concurso.

Cuando se remita un proceso de ejecución en el que no se hubiesen decidido en forma definitiva las excepciones de mérito propuestas estas serán consideradas objeciones y tramitadas como tales.

13. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

PARÁGRAFO. Lo previsto en el presente artículo no se aplicará respecto de cualquier tipo de acto o contrato que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o del exterior, ni respecto de patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a

través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión”.

62 Gobierno de Chile, Superintendencia de Quiebras. Estudio sobre justicia concursal, (primer informe), Chile, 2009. Pág. 6

63 Artículo 1 de la Insolvenzordnung.

64 Artículo 17 de la Insolvenzordnung.

65 Artículo 19 de la Insolvenzordnung.

66 Artículo 18 de la Insolvenzordnung.

67 Artículo 89 de la Insolvenzordnung Vollstreckungsverbot

68 Artículo 109 de la Insolvenzordnung

69 Artículo 125 de la Insolvenzordnung

70 Artículo 217 de la Insolvenzordnung

71 Artículos 701 al 784 del Bankruptcy Code

72 Artículos 901 al 946 del Bankruptcy Code

73 Artículos 1101 al 1174 del Bankruptcy Code

74 Artículos 1201 al 1231 del Bankruptcy Code

75 Artículos 1301 al 1330 del Bankruptcy Code

76 Artículos 1501 al 1532 del Bankruptcy Code

77 Artículo USC § 101. 4A del Bankruptcy Code.

78 Artículo 365 del Bankruptcy Code

79 Artículos 721 a 728 del Bankruptcy Code

80 Artículos 761 a 767 del Bankruptcy Code.

81 Artículo 781 a 784 del Bankruptcy Code.

82 Gobierno de Chile, Superintendencia de Quiebras. Estudio sobre justicia concursal, (primer informe), Chile, 2009, pág. 22.

83 Gobierno de Chile, Superintendencia de Quiebras. Estudio sobre justicia concursal, (primer informe), Chile, 2009, pág. 25.

84 Gobierno de Chile, Superintendencia de Quiebras. Estudio sobre justicia concursal, (primer informe), Chile, 2009, págs. 28 y 29 .

85 Artículo 9 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México: “Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

Se entenderá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:

II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del Comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente”.

86 Artículo 1 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

87 Artículo 3 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México “La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos”.

88 Artículos 65 a 69 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

89 Artículos 70 a 73 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

90 Artículos 74 a 83 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

91 Artículo 91 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

92 Artículo 106 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

93 Artículo 107 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

94 Artículo 109 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

95 Artículo 178 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

96 Artículo 179 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

97 Artículo 197 a 236 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000 de México.

98 Artículo 1 de la Ley 24522 - Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

99 Artículo 79 de la Ley 24522 - Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

100 Artículo 15 de la Ley 24522 - Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

101 Artículo 19 de la Ley 24522 - Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

102 Artículo 20 de la Ley 24522 - Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

103 Artículo 20 de la Ley 24522 - Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

104 Artículo 21 de la Ley 24522 – Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

105 Artículo 24 de la Ley 24522 – Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

106 Artículo 107 de la Ley 24522 – Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

107 Artículo 125 de la Ley 24522 – Ley de Concursos y Quiebras de 1995 de Argentina.

108 Artículo 1 de la Ley 27809 de 2002 de Perú.

109 Artículo 66 de la Ley 27809 de 2002 de Perú: “Contenido del Plan de Reestructuración

66.1 El Plan de Reestructuración es el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del deudor en reestructuración.

66.2 El Plan de Reestructuración podrá detallar:

a) Balance General a la fecha de elaboración del Plan de Reestructuración.

b) Acciones que se propone ejecutar la administración.

c) Relación de las obligaciones originadas hasta la publicación a que se refiere el artículo 32º, aun cuando tengan la calidad de contingentes o no hubieren sido reconocidas por ser materia de impugnación.

e) Política laboral a adoptarse.

f) Régimen de intereses.

g) Presupuesto que contenga los gastos y honorarios de la administración.

h) Estado de Flujos Efectivo proyectado al tiempo previsto para el pago de la totalidad de las obligaciones comprendidas en el procedimiento.

66.3 El Plan debe contener un cronograma de pagos que comprenda, bajo sanción de nulidad, la totalidad de las obligaciones del deudor, y el modo, monto, lugar y fecha de pago de los créditos de cada acreedor. Igualmente, establecerá un régimen de provisiones de los créditos contingentes o los que no hubieren sido reconocidos y sean materia de impugnación.

66.4 En dicho cronograma de pagos se deberá precisar, bajo sanción de nulidad del Plan, que de los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará en partes iguales al pago de obligaciones laborales que tengan el primer orden de preferencia, conforme al artículo 42º. La determinación del pago en partes iguales implica que el derecho de cobro de cada acreedor laboral se determine en función del número total de acreedores laborales reconocidos en dicha prelación.

66.5 La Junta aprobará el Plan de Reestructuración observando lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 53º y deberá ser suscrito en el mismo acto por el Presidente de la Junta, en representación de todos los acreedores, y la administración designada o la que se designe para tales efectos”.

110 Artículo 80 de la Ley 27809 de 2002 de Perú.

111 Artículo 84 de la Ley 27809 de 2002 de Perú.

112 Artículo 89 de la Ley 27809 de 2002 de Perú.

113 Artículo 83 de la Ley 27809 de 2002 de Perú.

114 Artículo 40 de la Ley 22 de 2003 de España.

115 Artículo 44 de la Ley 22 de 2003 de España.

116 Artículo 51 de la Ley 22 de 2003 de España.

117 Artículo 56 de la Ley 22 de 2003 de España.

118 Artículo 58 de la Ley 22 de 2003 de España.

119 Artículo 59 de la Ley 22 de 2003 de España.

120 Artículo 59 bis de la Ley 22 de 2003 de España.

121 Artículo 60 de la Ley 22 de 2003 de España.

122 Artículo 68 de la Ley 22 de 2003 de España.

123 Artículo 69 de la Ley 22 de 2003 de España.

124 Artículo 70 de la Ley 22 de 2003 de España.

125 Artículo 61 de la Ley 22 de 2003 de España.

126 Artículo 67 de la Ley 22 de 2003 de España.

127 Artículo 145 de la Ley 22 de 2003 de España.

129 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Curso de derecho administrativo, Tomo I, Thomson, Navarra2006, pág. 694; PARADA, Ramón: Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 240.

130 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Curso de derecho administrativo, Tomo I, Thomson, Navarra2006, pág. 694.

131 Sentencia de la Corte Constitucional C-136 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

132 Sentencia de la Corte Constitucional C-400 de 1999, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

133 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo, seis (06) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483).

134 Sentencia de la Corte Constitucional T-1341 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

135 Consulta No. 1293, del 14 de diciembre de 2000, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.

136 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo, seis (06) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483).

137 Sentencias de la Corte Constitucional T-569 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-136 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En similar sentido, T-404 de 1993, M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía.

138 Sentencia de la Corte Constitucional C-136 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell

139 GARCÍA GONZÁLEZ, J.: Nuevo Régimen de contratación administrativa, Dike, Medellín, 1994, pág. 14.

140 GARCÍA GONZÁLEZ, J.: Nuevo Régimen de contratación administrativa, Dike, Medellín, 1994, pág. 14.

141 Art. 18 de la Ley 80 de 1993.

142 Art. 18 de la Ley 80 de 1993.

143 Art. 18 de la Ley 80 de 1993.

144 Art. 18 de la Ley 80 de 1993.

145 Sentencia del Consejo de Estado 9207 de 1997. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

146 Sentencias de la Corte Constitucional C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-645 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-823 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

147 Sentencia de la Corte Constitucional C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

148 Sentencia de la Corte Constitucional C-854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

149 Numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

150 Sentencia de la Corte Constitucional T - 147 de 1006, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

151 Sentencia de la Corte Constitucional T-147 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

152 Oficio 155-052689 del 17 de octubre de 2002.

153 Así, por ejemplo en la Sentencia C-362 de 2001; M.P. Alvaro Tafur Gálvis, la Corte también se inhibió de conocer la demanda contra Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º del Decreto 2700 de 1991, pues “del estudio más detallado de los argumentos esgrimidos por el demandante, como corresponde a la presente etapa procesal, puede deducirse que los cargos que se plantean aparentemente contra la norma atacada no lo son realmente contra ella”.

154 Sentencia C-504 de 1995; M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La Corte se declaró inhibida para conocer de la demanda presentada contra el artículo 16, parcial, del Decreto 0624 de 1989 “por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”, pues la acusación carece de objeto, ya que alude a una disposición no consagrada por el legislador.

155 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-1544 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La Corte se inhibe en esta oportunidad proferir fallo de mérito respecto de los artículos 48 y 49 de la Ley 546 de 1999, por presentarse ineptitud sustancial de la demanda, debido a que el actor presentó cargos que se puedan predicar de normas jurídicas distintas a las demandadas. En el mismo sentido C-113 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-1516 de 2000 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, y C-1552 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

156 En este mismo sentido pueden consultarse, además de las ya citadas, las sentencias C-509 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-1048 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-011 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Gálvis), entre otras.

157 Sentencia C-1052 de 2001

158 Así, por ejemplo en la Sentencia C-362 de 2001; M.P. Álvaro Tafur Gálvis, la Corte también se inhibió de conocer la demanda contra Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º del Decreto 2700 de 1991, pues “del estudio más detallado de los argumentos esgrimidos por el demandante, como corresponde a la presente etapa procesal, puede deducirse que los cargos que se plantean aparentemente contra la norma atacada no lo son realmente contra ella”.

159 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-1544 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La Corte se inhibe en esta oportunidad proferir fallo de mérito respecto de los artículos 48 y 49 de la Ley 546 de 1999, por presentarse ineptitud sustancial de la demanda, debido a que el actor presentó cargos que se puedan predicar de normas jurídicas distintas a las demandadas. En el mismo sentido C-113 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-1516 de 2000 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, y C-1552 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

160 Sentencia de la Corte Constitucional C-445 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

161 Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

162 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-504 de 1993; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y

Carlos Gaviria Díaz. La Corte declaró exequible en esta oportunidad que el Decreto 100 de 1980 (Código Penal). Se dijo, entonces: “Constituye un error conceptual dirigir el cargo de inconstitucionalidad contra un metalenguaje sin valor normativo y, por tanto, carente de obligatoriedad por no ser parte del ordenamiento jurídico. La doctrina penal es autónoma en la creación de los diferentes modelos penales. No existe precepto constitucional alguno que justifique la limitación de la creatividad del pensamiento doctrinal - ámbito ideológico y valorativo por excelencia -, debiendo el demandante concretar la posible antinomia jurídica en el texto de una disposición que permita estructurar un juicio de constitucionalidad sobre extremos comparables”. Así, la Corte desestimaba algunos de los argumentos presentados por el actor que se apoyaban en teorías del derecho penal que reñían con la visión contenida en las normas demandadas y con la idea que, en opinión del actor, animaba el texto de la Constitución.

164 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-269 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Este fallo que se encargó de estudiar la Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 61 de 1993 artículo 1º literales b y f, es un ejemplo de aquellos casos en los cuales la Corte desestima algunos de los cargos presentados por el actor, puesto que se limitan a presentar argumentos de conveniencia.

165 Son estos los términos descriptivos utilizados por la Corte cuando ha desestimado demandas que presentan argumentos impertinentes a consideración de la Corte. Este asunto también ha sido abordado, además de las ya citadas, en la C-090 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-357 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C, 374 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) se desestiman de este modo algunos argumentos presentados por el actor contra la Ley 333 de 1996 sobre extinción de dominio, C-012 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-040 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-645 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-876 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-955 de 2000 (M.P. )C-1044 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-052 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Gálvis), C-201 de 2001 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

166 Sentencia de la Corte Constitucional C-1052 de 2001, M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa.

167 Sentencia de la Corte Constitucional C-445 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

168 Artículo 9º de la Ley 1116 de 2006: “Supuestos de admisibilidad. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

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

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

Parágrafo. En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas”.

169 Artículo 45 de la Ley 1116 de 2006: “Causales de terminación del acuerdo de reorganización. El acuerdo de reorganización terminará en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Por el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo.
2. Si ocurre un evento de incumplimiento no subsanado en audiencia.
3. Por la no atención oportuna en el pago de las mesadas pensionales o aportes al sistema de seguridad social y demás gastos de administración.

Parágrafo. En el supuesto previsto en el numeral 1 de este artículo, el deudor informará de su ocurrencia al juez del concurso para que verifique la situación y decrete la terminación del acuerdo mediante providencia inscrita de oficio en la Cámara de Comercio del domicilio principal y sucursales del deudor, o en el que haga sus veces, y contra la cual sólo procederá recurso de reposición. En los eventos descritos en los numerales 2 y 3, habrá lugar a la declaratoria de liquidación judicial, previa celebración de la audiencia de incumplimiento descrita a continuación”.

170 Artículo 47 de la Ley 1116 de 2006.

171 Artículo 8º de la Ley 1116 de 2006.

172 Art. 5 de la Ley 1116 de 2006.

173 Artículo 83 de la ley 1116 de 2006: “Inhabilidad para ejercer el comercio. Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o

1. Constituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar a los acreedores.
2. Llevar la empresa mediante fraude al estado de crisis económica.
3. Destruir total o parcialmente los bienes que conforman su patrimonio.
4. Malversar o dilapidar bienes, que conduzcan a la apertura del proceso de liquidación judicial.
5. Incumplir sin justa causa el acuerdo de reorganización suscrito con sus acreedores.

6. Cuando antes o después de la apertura del trámite, especule con las obligaciones a su cargo, adquiriéndolas a menor precio.

7. La distracción, disminución, u ocultamiento total o parcial de bienes.

8. La realización de actos simulados, o cuando simule gastos, deudas o pérdidas.

9. Cuando sin justa causa y en detrimento de los acreedores, hubieren desistido, renunciado o transigido, una pretensión patrimonial cierta.

10. Cuando a sabiendas se excluyan acreencias de la relación de acreedores o se incluyan obligaciones inexistentes.

Parágrafo. En los casos a que haya lugar, el juez del concurso ordenará la inscripción en el registro mercantil de la sanción prevista en este artículo”.