

REPENSANDO LA FIGURA DEL PROMOTOR EN COLOMBIA

SEBASTIÁN SOLARTE*

ALEJANDRO ISAZA**

RESUMEN

La figura del promotor, concebida en la Ley 1116 de 2006, cumple funciones de “auxiliar de la justicia”. Sin embargo, si se quiere cumplir con los objetivos que busca el régimen de reorganización empresarial, es necesario darle un nuevo enfoque, asignándole tareas operativas al interior de la administración de la empresa en estado de insolvencia. El objetivo del presente artículo es formular una propuesta sobre las funciones que debería asumir, los requisitos que se le deberían exigir para poder aspirar a entrar a la lista de promotores y el régimen de responsabilidad que se le aplicaría. Para ello, es menester analizar las legislaciones anteriores en materia concursal, el estado del arte en Colombia y la forma como se ha regulado este asunto en otros países.

Palabras clave: promotor, insolvencia, reorganización empresarial, reconversión, gestión operativa.

*Fecha de recepción: 5 de febrero de 2013
Fecha de aceptación: 10 de septiembre de 2013*

* Estudiante sexto semestre de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia, sebastiansolarte7@hotmail.com

** Estudiante sexto semestre de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia, alejandro.isaza@javeriana.edu.co

RETHINKING THE FIGURE OF THE TRUSTEE IN COLOMBIA

ABSTRACT

The trustee, as it has been conceived in the Law 1116 of 2006, fulfills the role of a judicial assistant. However, to achieve the objectives pursued by the corporate reorganization laws, it is necessary to find a new approach, one in which operational tasks, in the administration of the internal affairs of the company undergoing the bankruptcy situation, are assigned to the trustee. The purpose of this article is to formulate a proposal about the duties that he should be entrusted with, the qualifications that ought to be demanded to aspire to the trustee list and the liability regulations that would apply to them. To achieve that goal it is necessary to analyze the earlier bankruptcy laws as well as the state of the art in Colombia and the way this issue has been regulated in other countries.

Key words: *trustee, bankruptcy, corporate reorganization, turn-around, operational management.*

INTRODUCCIÓN

Para el ordenamiento jurídico colombiano, la empresa juega un papel trascendental dentro de la economía. El artículo 333 de la Constitución Política consagra a la empresa como base del desarrollo, y como tal, obliga al Estado a estimular el avance empresarial y a impedir que se restrinja la libertad económica. Tiene la empresa, además, una responsabilidad social, por lo que su aporte a la sociedad no se limita a la contribución económica que ellas hagan. Sin embargo, en ciertas ocasiones, las empresas no logran mantener un nivel óptimo de rendimiento y se ven amenazadas o forzadas a incumplir con el pago de sus deudas, entrando así en una “situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente”¹.

Al no poder pagar sus deudas, la empresa se convierte en una carga para la sociedad, pues deja de promover la economía, de contribuirle al Estado, de

1 Art. 9°. Ley 1116. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494.

generar empleo y de pagarle a sus acreedores, entre otras consecuencias. Para remediar este problema, el legislador ha promulgado diferentes leyes que buscan contrarrestar la situación de insolvencia a partir de procesos de reestructuración o de liquidación. Se ha vuelto imperativo que el Estado intervenga, pues dejar que el mercado encuentre una solución al problema sería condenar a estas empresas a su desaparición. Además, su intervención debe ser posterior al surgimiento de la situación y no anterior, pues resultaría sumamente dispendioso tratar de prevenir las causas que llevan a la empresa a incumplir con sus pagos, dada la cantidad, la variedad y la complejidad de estas.

La Ley 1116 de 2006, que establece el régimen de insolvencia actual, reconoce en su primer artículo la importancia de “la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo”². Para ello, se establecen dos caminos para las empresas insolventes: la liquidación judicial y la reorganización. La primera consiste en que, si la existencia de la empresa, en la coyuntura actual, no resulta viable, se realizan los activos con los que esta cuenta para pagar, en la medida de lo posible, los pasivos que tiene. Esta solución no es la más eficiente desde puntos de vista económicos y sociales, dado que las deudas no podrán ser pagadas en su totalidad, y además, se está incurriendo en un costo social, ya que, al liquidar la empresa, se está perdiendo un foco de producción y de generación de empleo.

El otro camino que plantea la ley, si resulta viable, es el inicio de un proceso de reorganización de la empresa, que, según la ley, “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”³. En otras palabras, se busca que la empresa reorganice las deudas que tenía y la forma en la que estaba funcionando internamente para poder mantenerse a flote. Con esta herramienta se logran preservar los intereses del acreedor (pues se busca que la empresa pueda cumplir con sus deudas), los de la empresa (ya que seguirá existiendo y produciendo) y los de la sociedad (dado que se continuará generando empleo).

Es por esto que, de las dos alternativas que ofrece la ley, es la segunda la que tiene un mayor impacto positivo dentro de la sociedad. Aún así, existe una figura dentro del proceso que, desde nuestro punto de vista, está siendo

2 Art. 1º Ley 1116. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494

3 Art. 1º Ley 1116. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494.

subestimada, que es la del promotor. Al analizar la legislación nacional, se encuentra que su rol dentro del proceso es el de un “auxiliar de la justicia”⁴, y las dispersas disposiciones que consagran sus funciones están orientadas por esta idea. Para nosotros, sin embargo, el promotor debería tener una labor más trascendente dentro del proceso, pues, de otorgársele facultades administrativas y de gestión, se podrían alcanzar más fácilmente los objetivos que consagró el Congreso en el artículo 1° de la Ley 1116. Es por esto que, por medio de este artículo, se pretende hacer una propuesta sobre cómo modificar el régimen del promotor, basado en la legislación de otros países y teniendo en cuenta las normas concursales que rigieron anteriormente en Colombia, para buscar así un mecanismo más eficiente de reorganización empresarial.

ANTECEDENTES

En las distintas legislaciones colombianas en materia concursal, se ha consagrado una figura, unas veces llamado síndico, otras veces contralor y actualmente promotor. Ha sido utilizado como auxiliar de justicia, como administrador de los bienes del deudor, como amigable componedor, pero en general, es una persona que es designada para proteger los intereses de las partes involucradas en el proceso. Para poder entender la figura en la actualidad, es necesario hacer una breve caracterización de la labor que le ha sido confiada en Colombia desde que se introdujo este régimen en el país.

DECRETO 2264 DE 1969

Aunque en el decreto 750 de 1940, primera legislación en materia concursal en Colombia, se menciona en algunos apartes a la figura del síndico, el decreto 2264 de 1969 es la primera norma que reglamenta específicamente su labor. Este decreto, que es reconocido por haber regulado claramente el concordato a través del concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio, estableció en su artículo 37, como función esencial del síndico de la quiebra, la de guardar y administrar la masa de los bienes objeto del proceso⁵. En esta legislación se le atribuían una serie de facultades para llevar a cabo esa función, entre ellas la de sustituir al deudor en la administración de los bienes y en el manejo de todos los asuntos que pudiesen afectar el patrimonio del deudor, la

4 Art. 67°. Ley 1116. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494.

5 Artículo 37°, decreto 2264 de 1969. [Ministerio de Justicia]. Por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio. Febrero 4 de 1970.

de ordenar el embargo y secuestro de los bienes que fuesen a formar parte de la masa patrimonial y la de realizar el balance y el inventario e indagar sobre las causas de la cesación de pagos del deudor. Asumía un rol esencial dentro del proceso, ejerciendo una clara función de conservación del patrimonio, como lo haría un secuestre, por ejemplo, pero con diversas facultades que le permitían asumir el rol de administrador, no solo de los bienes, sino además de todos los negocios que pudiesen afectar la masa patrimonial del deudor.

DECRETO 350 DE 1989

Con la expedición de este decreto, que modificó el Título Primero del Libro Sexto del Código de Comercio, mutó la figura del síndico. El contralor, nombre con el que fue denominado en esta nueva norma, ya no era un administrador de los bienes y negocios del deudor, como en el régimen anterior, sino que ahora era considerado un auxiliar de justicia. El decreto 1400 de 1970, mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Civil colombiano, establecía que:

Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y total idoneidad. La función de los auxiliares no constituye una profesión. Para cada oficio se exigirán versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, título profesional legalmente expedido⁶.

El artículo 8° de este decreto consagró una serie de funciones al contralor que consistían básicamente en la supervisión del patrimonio y los negocios del deudor para realizar un análisis sobre los estados financieros y contables de este, y poder así determinar la viabilidad de las fórmulas de arreglo que la ley le exigía presentar. Además de sus funciones como colaborador del juez y como supervisor y analista de la situación del deudor y de la viabilidad de los acuerdos, el contralor podía solicitar al juez la remoción del empresario de la administración de la empresa y el nombramiento de uno nuevo en su representación.

Son evidentes las diferencias entre este régimen y el anterior. Al considerar al contralor un auxiliar de justicia, le permitía al Estado ejercer un control sobre la función de aquel, por ejemplo, imponiendo las sanciones contempladas en el artículo 11 del decreto 1400 de 1970, donde la falta de diligencia por parte del funcionario, en ejercicio de su función pública, le implicaba el pago de una

6 Artículo 8°, decreto 1400 de 1970. [Ministerio de Justicia]. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Agosto 6 de 1970.

multa⁷. Por otro lado esta nueva legislación no reconocía la función del contralor como un administrador, función que claramente seguía en cabeza del empresario durante el proceso. Otra característica que vale resaltar es la manera en la que era elegido el contralor y los requisitos que debía cumplir este para ser elegible. Su designación y la de su suplente eran realizadas por el juez de concurso, de una lista de expertos que, para ese efecto, era elaborada por la Cámara de Comercio. Dicha lista estaba integrada por “profesionales con experiencia acreditada en manejo de empresas, que tengan título en administración de empresas o negocios, en economía o en ingeniería industrial, o de personas que careciendo de dichos títulos hayan acreditado experiencia y buen manejo de empresas”⁸.

LEY 222 DE 1995

En esta ley se establece que “el contralor es un auxiliar de la justicia a quien le corresponde analizar el estado patrimonial del deudor y los negocios que hubiere realizado dentro de los últimos tres años, evaluar la fórmula de arreglo presentada con la solicitud de concordato y conceptuar sobre la viabilidad de la misma”⁹.

Se considera aún al contralor como un auxiliar de justicia, que desempeña funciones esencialmente de revisión de los bienes, los estados financieros y los negocios que haya celebrado el deudor, así como de rendición de cuentas ante la Superintendencia de Sociedades y la junta provisional de acreedores¹⁰. El régimen es muy similar al anterior, con un número de funciones muy limitadas. Tal vez lo más importante que introduce es la posibilidad de prescindir del contralor en los asuntos concursales. Es la primera legislación que contempla la opción de un proceso sin contralor, siempre que así lo soliciten los acreedores que representen al menos el 75% de las acreencias presentadas al concordato o de las reconocidas en el auto de calificación y graduación de créditos¹¹.

7 Artículo 11 Decreto 1400 de 1970. [Ministerio De Justicia]. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Agosto 6 de 1970.

8 Artículo 6°, decreto 350 de 1989. [Ministerio de Desarrollo Económico]. Por el cual se expide el nuevo régimen de los Concordatos preventivos. Febrero 16 de 1989.

9 Artículo 108°. Ley 222. 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. Diciembre 20 de 1995. D.O. N° 42.156.

10 *Ibid.*

11 Artículo 110°. Ley 222. 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. Diciembre 20 de 1995. D.O. N° 42.156.

LEY 550 DE 1999

Esta ley es expedida en un momento de crisis económica del país, como una respuesta a la situación que se sufrió durante el año anterior. Esta buscaba esencialmente la recuperación de las empresas en crisis o en situación de insolvencia a través de negociaciones extrajudiciales que permitieran la reactivación de su actividad económica.

Es en esta legislación que la figura adopta el nombre de promotor, el cual mantiene hoy en día. Sus funciones están claramente listadas en el artículo 8° y le permiten realizar una labor mucho más activa que la que le había sido confiada en la ley anterior. El legislador desiste del promotor como un auxiliar de justicia y le vuelve a asignar unas atribuciones para que este pueda liderar y monitorear el proceso de negociación, que pueden ser agrupadas de la siguiente manera: **(i)** De análisis del estado patrimonial de la empresa y su desempeño en los últimos años y de elaboración de proyecciones para suministrarle a los acreedores elementos de juicio sobre su situación, y **(ii)** de coordinador de la negociación, proponiendo fórmulas y revisando la viabilidad de las presentadas, e incluso actuando como amigable componedor por ministerio de ley en los supuestos que en ella se prevén y por solicitud de los interesados en los demás casos.

Es evidente que con la asignación de funciones de tal importancia era necesario que quien realizara la labor estuviera adecuadamente capacitado. Fue por esto que se expidió en el año 2000 el decreto 090, cuyo artículo 1° estableció una serie de requisitos de experiencia laboral en materia de administración o asesoría de empresa, de experiencia o capacitación en métodos alternativos de solución de conflictos y de preparación universitaria en las áreas de administración, finanzas, ingeniería, economía, derecho o contaduría pública¹².

Esta ley es importante porque introduce al promotor como un amigable componedor, encargado de participar en la negociación de manera activa para la elaboración de proyectos de reestructuración. Por el fin que se perseguía con esta ley, que fue explicado anteriormente, al síndico se le encargaba la labor de lograr un acuerdo de reestructuración sin la necesidad de acudir a la jurisdicción estatal. Es por ello que no era considerado como un auxiliar de justicia, porque no cumplía funciones públicas sino que se movía siempre en el campo de las relaciones privadas.

12 Artículo 1°, decreto 090 de 2000. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se reglamenta los artículos 7°, 8°, 9°, 10 y 23 de la Ley 550 de 1999. Febrero 2 de 2000.

PROMOTOR EN LA LEY 1116: PROBLEMAS Y PROPUESTAS

Con la expedición de la Ley 1116, se establece al promotor, en el artículo 67, como un auxiliar de la justicia (regresando así al régimen que establecía la Ley 222) que, al inicio de cualquier proceso del insolvencia, el juez deberá elegir por sorteo público. Las funciones que se le asignan, como se verá más adelante, están distribuidas por toda la ley y están encaminadas a hacer del promotor un colaborador del juez de concurso. Su labor era tan poco especializada que podía ser realizada por los mismos representantes de la empresa insolvente, por lo que la Ley 1429 de 2010 estableció el carácter subsidiario de esta figura. Creemos que la obligatoriedad o no obligatoriedad de la figura está estrechamente ligada con la caracterización que de esta se haga en el ordenamiento, de su naturaleza, de sus funciones y de sus facultades. En la Ley 222, la labor del contralor era la de un auxiliar de justicia sin mayores facultades, y por eso se consagra la posibilidad de prescindir de él, mientras que en la Ley 550 su papel era preponderante, y es por ello que la norma no le daba un carácter optativo a la figura.

Desde nuestro punto de vista, el promotor en los procesos de reorganización debe tener un rol más activo. Con la obligatoria inclusión de una persona experta en reconversión de empresas y en procesos concursales, dotada con las herramientas legales adecuadas, se podría alcanzar el fin esencial de todo proceso de reorganización, que es la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. En igual sentido, permitir que el promotor intervenga aseguraría que la empresa, además de renegociar las deudas con los acreedores, logre su reactivación operativa, generando un panorama más esperanzador para los acreedores y para la sociedad.

Para poder asignarle ese rol preponderante al promotor, es necesario que tenga una preparación y una experiencia extensa en procesos concursales y en gestión. Dichas exigencias para aspirar a entrar a la lista de promotores asegurarán que aquellas personas que sean asignadas para la labor sean capaces de manejar complejos procesos de reestructuración operativa de la empresa, proveer una adecuada rendición de cuentas ante las autoridades competentes y llevar a cabo las demás funciones que le han sido asignadas como auxiliar de justicia.

Con la asignación de nuevas funciones, resulta necesario modificar el régimen de responsabilidad del promotor en los procesos de reorganización, bajo el entendido de que el cargo de poder que detentaría y la amplitud de atribuciones que le serían confiadas deben ir de la mano con una serie de

obligaciones y garantías legales que le aseguren a las partes involucradas que se actuará de la manera más diligente posible.

Estos tres aspectos (las funciones del promotor, los requisitos para ejercer dicha labor y el régimen de responsabilidad personal aplicable a su ejercicio), que para nosotros son fundamentales y que la Ley 1116 consagra de manera distinta, serán estudiados a continuación para formular una propuesta que maximice la utilidad del proceso de reorganización.

FUNCIONES DEL PROMOTOR

A diferencia de la Ley 550, donde en su artículo 8° se delimitan claramente las funciones del promotor, en la Ley 1116 no se encuentra en un artículo el listado de ellas, sino que estas están dispersas a lo largo de la ley. Luego de hacer una exhaustiva revisión es posible enumerar las siguientes funciones: **(i)** realizar el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto (art. 19 num. 3 y art. 24), **(ii)** fijar un aviso sobre el inicio del proceso (art. 19 num. 8), **(iii)** informar a los acreedores del inicio del proceso de reorganización (art. 19 num. 9), **(iv)** alegar la nulidad de procesos ejecutivos (art. 20), **(v)** presentar un acuerdo de reorganización debidamente aprobado con los votos favorables de un número plural de acreedores que representen, por lo menos la mayoría absoluta de los votos admitidos (art. 31), y **(vi)** actualizar el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestionar las posibles alternativas de solución y presentar al juez del concurso el resultado de sus diligencias, cuando algún acreedor o el deudor denuncien el incumplimiento del acuerdo de reorganización (art. 46).

Como se evidencia, su capacidad de influir en la reestructuración operativa de la empresa es muy limitada. Tal vez la única función que se asemeja a esto es la de presentar un acuerdo de reorganización, pero, como estipula el artículo 31 de la ley, este debe ser aprobado por un número de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos.

Si bien en Colombia se desistió de la idea de darle al promotor funciones relacionadas con la gestión de la empresa, otros países han optado por esta idea para darle mayor efectividad a los procesos. En Estados Unidos, por ejemplo, se consagra la figura del *trustee*, en el Capítulo 11° del U.S. Code, como el responsable del manejo del patrimonio del deudor una vez se inicia el proceso y cuando el juez lo asigne. Este funcionario es elegido por los acreedores, y entre las funciones que se le asignan, se destacan el poder disponer del patrimonio

del deudor (incluso de manera divergente al giro ordinario de los negocios) y se le autoriza para manejar el dinero de la empresa de tal forma que se obtenga la máxima utilidad posible de este.

Dado que tiene un rol activo en los asuntos operativos de la empresa, se le reconoce una remuneración. Sin embargo, como la empresa en la que interviene se caracteriza por no tener liquidez, asume una posición de acreedor con un embargo judicial hipotético. Esto significa que posee plenitud de derechos y poderes contra el deudor (convirtiéndose en un “acreedor ideal”¹³) que tiene prioridad sobre todos los demás acreedores (incluso por encima de los que tienen garantía). Sin embargo, es una posición hipotética, ya que su interés no es el de tener un derecho de crédito que se pueda ejecutar judicialmente.

La razón de ser de las funciones que se le asignan radica en lo que, según la legislación estadounidense, debe alcanzarse con el proceso: la reconversión de la empresa. La reconversión es un término más amplio –con respecto a la reorganización– que, en términos generales, implica la realización de actos y operaciones tendientes a la reestructuración interna de la empresa para buscar restablecer su normalidad operativa. El que el deudor reorganice sus deudas no es suficiente para lograr la íntegra recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, pues no se estaría haciendo nada por tratar de arreglar los problemas operativos que, a fin de cuentas, condujeron a la situación de insolvencia.

Desde el punto de vista de los acreedores, la reconversión es el camino ideal, ya que no hay mejor garantía para el pago que el hecho de ver a la empresa operando de nuevo. El otorgar unos nuevos plazos o de condonar intereses no siempre asegura el cumplimiento de las obligaciones, mientras que la reactivación económica de su deudor le permite tener mayor seguridad, y para ello, es clave confiar en las habilidades del trustee.

Más cercano a nosotros es el régimen de insolvencia chileno, en el que la Ley 20.073 de 2003 desarrolla detalladamente diversos aspectos sobre la actividad de los síndicos. Su función está consagrada en el artículo 27, que contiene una larga lista con sus facultades y deberes, dejando claro que su rol dentro del proceso de reorganización va mucho más allá de prestarle un simple servicio auxiliar a un juez. De las funciones, vale la pena destacar las siguientes: **(i)** debe el síndico continuar con el giro de los establecimientos del fallido, así como continuar con los giros del fallido con autorización del tribunal o de la junta de

13 DASSO, ARIEL A. *Derecho Concursal Comparado*, tomo I. Ed. Legis Argentina. (2008), pág. 645.

acreedores; **(ii)** está encargado de cobrar los créditos del activo de la quiebra; **(iii)** está autorizado para contratar préstamos que ayuden a subvenir los gastos de la quiebra, siempre y cuando informe a los acreedores; y **(iv)** está habilitado para ceder, a título oneroso, los derechos que tenga el fallido en sociedades, comunidades o asociaciones, y de no poder cederlos, podrá pedir la disolución, liquidación o partición de las personas jurídicas.

Se evidencia que en Chile se optó por crear una figura que tuviera una participación operativa activa, pues se confía en sus capacidades para rescatar a la empresa insolvente.

Si bien desde nuestra perspectiva optar por un sistema como el norteamericano sería una alternativa bastante beneficiosa, ya que se busca la reconversión de la empresa más allá de la simple refinanciación de las deudas, no creemos que sea necesario volcarse enteramente hacia un régimen como este, pues existen países donde, sin abandonar el carácter de auxiliar de la justicia, se le asignan funciones de gestión operativa al interior de la empresa¹⁴.

Para que una figura como el promotor pueda tener incidencia en la reactivación económica de la empresa, es necesario que se le atribuyan nuevas funciones. En primer lugar, debe estar encargado de realizar el análisis de viabilidad de la empresa, obteniendo acceso total a la información contable y al personal (para pedir aclaraciones cuando sean necesarias). Con esta información, deberá determinar si posible es rescatar a la empresa o si resulta más conveniente entrar en proceso de liquidación. Esto es importante porque, al llevar a cabo un proceso de reorganización se corre el riesgo de que se consuman los activos que se tenían y con los que hubiera sido posible pagar una parte de las deudas si se hubiera optado por liquidar la empresa en un primer momento. Si se opta por la reorganización, se debe utilizar el análisis de viabilidad para determinar qué porcentaje de la deuda se puede soportar, y con esta información, el promotor solicitará al juez la condonación de la porción de la deuda que no es sostenible, y a cambio de ello, garantizará la reactivación de la empresa y el cumplimiento de las deudas que era posible asumir.

Así mismo, consideramos importante que se le asignen al promotor ciertas funciones de la gestión de la empresa. La principal potestad que se le debería asignar es la de disponer del patrimonio del deudor. Dentro de ello, nos parece

14 Véase el Real Decreto Ley 3 de 2009. Marzo 31 de 2009. Boletín Oficial del Estado N° 78 pág. 30367 (España), y la Ley 22 de 2003. Julio 10 de 2003. Boletín Oficial del Estado N° 164, pág. 26905 (España).

acertada la facultad de manejar los recursos de la empresa, incluso alejándose del giro ordinario de los negocios, para obtener de estos la mayor utilidad posible (tal y como se permite en Estados Unidos), así como la posibilidad de contratar préstamos que ayuden con los gastos de la empresa. Todo esto sin perjuicio de que deba contar con el visto bueno de los acreedores (salvo que tenga únicamente la obligación de informar, como se exige en el ya mencionado régimen chileno).

El concederle estas facultades al promotor implica otorgarle un amplio poder sobre la empresa y su masa patrimonial, y por lo tanto, las exigencias para poder desempeñar este cargo deben ser proporcionales a la magnitud de la función que se va a ejercer. Por esto, a continuación se estudiarán los requisitos que establece el ordenamiento colombiano y se mirará si, de cara a las facultades propuestas, es necesario incluir algún cambio.

REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN EN LA LISTA DE PROMOTORES

El decreto 962 de 2009 es la norma que regula actualmente la figura del promotor. Este acto administrativo concibe que “(I)os cargos de los promotores (...) como auxiliares de la justicia, son oficios públicos indelegables, que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y total idoneidad”¹⁵.

Adicional al criterio anterior, la norma establece una serie de requisitos para aspirar a la lista de promotores. El artículo 5° consagra los siguientes: **(i)** formación académica comprendida en las áreas de ciencias jurídicas, económicas y administrativas, ya sea en pregrado o en posgrado; **(ii)** formación académica en insolvencia, adquirida en cursos de formación certificados por la Superintendencia de Sociedades, con un mínimo de duración de 160 horas; **(iii)** experiencia profesional, ya sea en 2 procesos concursales como contralor o liquidador, en 2 procesos de reestructuración como promotor, en el mismo número de procesos de insolvencia como promotor o liquidador o habiendo ejercido como juez concursal o como agente en liquidaciones forzosas administrativas por un período mínimo de 18 meses para el primero y de 5 años para el segundo de los casos; o **(iv)** acreditando al menos 5 años de experiencia como administrador de empresas en la calidad de representante legal, miembro

15 Artículo 1°, decreto 962 de 2009 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se reglamentan el artículo 5, numerales 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores. Marzo 20 de 2009.

de junta o consejo directivo o, que detente o ejerza la función de administrador de acuerdo con los estatutos.

Los anteriores requisitos son comunes a todos los promotores. Sin embargo, el artículo 6° prevé distintas categorías para clasificar a aquellos con mayor experiencia en el manejo de procesos concursales. Las categorías establecidas son la A, la B y la C, siendo los promotores nivel A los de mayor experiencia y los más calificados para llevar a cabo la reestructuración. Dichas categorías corresponden a las categorías de deudores del artículo 9° del decreto, donde se establece qué tipos de procesos puede llevar a cabo cada tipo de promotor, teniendo en cuenta el número de trabajadores de la empresa, el monto de deuda externa, el total de los activos y los ingresos de la compañía.

De lo anterior, se puede establecer que los requisitos exigidos hoy en día son adecuados para el desarrollo de las labores que actualmente cumple el promotor. Sin embargo, estas pueden resultar insuficientes de cara a nuestra propuesta, dada la naturaleza de las funciones que pretendemos asignarle, y en especial, las de gestión administrativa. Por esto, estudiaremos las calidades que, según las legislaciones estadounidense y chilena, deben tener los síndicos para cumplir a cabalidad con su rol activo dentro de la administración de los negocios del deudor, y ver si en ellas podemos encontrar una respuesta a las nuevas condiciones que nuestra propuesta generaría.

El Código de Regulaciones Federales, en la Parte 58 de su Título 28 consagra los requisitos exigidos para las personas que deseen entrar a hacer parte del panel de trustees que maneja la *United States Trustee's Office*. En cuanto a su preparación, se le exige, como mínimo, ser abogado de buena reputación en cualquier estado o en el distrito de Columbia, contador público certificado, estudiante de derecho o candidato a MBA (siempre y cuando esté trabajando para un profesor calificado), tener un *major* en administración u otro grado avanzado de estudios en administración, o, en últimas, tener una experiencia equivalente a las anteriormente mencionadas. Además, se requiere que tenga importantes habilidades financieras, administrativas o interpersonales. A su turno, se le exigen una serie de características a nivel personal, como lo son el tener integridad, buen carácter y ser cortés y accesible por las partes. Así mismo, se revisa su historial crediticio, registros de su huella dactilar e historial tributario de sus últimos cinco años. En último lugar, se le exige que pueda obtener un *fidelity bond*, un seguro que garantiza el correcto desempeño de sus funciones y que se expide en favor de la nación.

El régimen de insolvencia chileno, por su parte, contempla un sistema de elección de síndicos bastante complejo. Se establece que, para poder ejercer este

cargo, es necesario inscribirse en la nómina nacional de síndicos, y para hacerlo, es necesario presentar una solicitud ante la Superintendencia de Quiebras, acreditando un título de ingeniero, contador auditor, contador público o abogado. Una vez iniciado el trámite, es obligatorio presentar un examen de conocimientos diseñado por el Estado para evaluar qué tanto saben los aspirantes acerca de la materia. Este examen también es mandatorio para quienes ya pertenezcan a la nómina y quieran mantenerse en ella, debiendo presentarlo, al menos, cada tres años. De este alto grado de especialidad se deriva, como se verá más adelante, el que la ley establezca un régimen de responsabilidad tan riguroso.

Analizando los requisitos exigidos, tanto en Estados Unidos como en Chile, concluimos que no es necesario replazar los requisitos ya existentes en nuestro país a partir del decreto 962, sino que bastaría con adicionar las exigencias que se mencionarán a continuación. Dado que la confianza juega un rol esencial (y prueba de ello, lo contenido en el primer artículo del decreto), es importante resaltar el valor personal como criterio para la inclusión en la lista de promotores. Si se quiere un control efectivo, no basta con incluir adjetivos cuya vaguedad no permite la certeza de lo que implican en el mundo material, y por esto, sería conveniente incluir criterios que permitan evaluar objetivamente a la persona. Podría tomarse como ejemplo la revisión que se le hace en Estados Unidos al historial crediticio y tributario de la persona.

Igualmente importante consideramos la necesidad de que se certifique la capacidad de una persona para llevar a cabo el proceso de reorganización. El examen de certificación de conocimientos que se implementa en Chile es una buena alternativa para asegurar que los promotores, a pesar de haber tomado cursos sobre temas concursales, lleguen a la lista con las mismas bases y estén en constante actualización.

Por último, ya que gran parte de la propuesta se basa en la asignación de funciones de gestión al interior de la empresa, consideramos fundamental que, adicional a las 160 horas de capacitación exigida en materia concursal, se exija un igual número de horas de capacitación en el manejo operativo de empresas. El ser abogado, administrador, economista o contador no asegura que se tengan los conocimientos necesarios para asumir la gestión operativa de la empresa en estado de insolvencia, pues suelen adquirirse a través del estudio especializado de estos casos, y sin los cuales el promotor no podrá desempeñar de forma satisfactoria su tarea.

RESPONSABILIDAD PERSONAL DERIVADA DE SU EJERCICIO

Actualmente, en Colombia el único evento por la que el promotor puede llegar a responder personalmente es por su calidad de auxiliar de la justicia. En este sentido, El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 11, estipula sanciones de carácter pecuniario por el mal desempeño de su labor, sanción que comparte con todos aquellos a quienes la ley concibe como auxiliares de la justicia. Si bien todas las disposiciones que regulaban a los auxiliares de la justicia se mantuvieron en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo que consagraba las sanciones fue omitido.

Independientemente de esto, no existe una norma particular que establezca en qué casos el promotor de la Ley 1116 debe responder. Además, las nuevas funciones que, según este artículo, le deben ser asignadas, acarrear la necesidad de crear un régimen de responsabilidad especial mediante el cual se asegure la actuación diligente y el buen desempeño de las tareas delegadas.

Para ello, se mirarán, en primer lugar, las disposiciones contenidas en el artículo 200 del Código de Comercio, que hace referencia a la responsabilidad de los administradores. De la norma nos parece importante rescatar y adaptar los siguientes aspectos: **(i)** los promotores responderán por los perjuicios derivados de toda actuación dolosa o culposa que vaya en contra de los intereses de la empresa y de los accionistas, o que les cause un perjuicio a estos o a un tercero; **(ii)** se presumirá la culpa del promotor en caso de incumplimiento, extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos; **(iii)** se tendrán por no escritas las cláusulas que exoneren parcial o totalmente al promotor de su responsabilidad; y **(iv)** serán solidariamente responsables las personas que incluyan o ayuden a incluir en la lista de promotores personas que no cumplan con los requisitos establecidos en la ley por las actuaciones que estos realicen, así como las que se concierten con el promotor para el desarrollo de actuaciones contra los intereses del deudor, de los acreedores o de terceros.

Al comparar las legislaciones concursales en materia de responsabilidad del promotor, es clara la diferencia entre aquellas donde el promotor tiene un rol administrativo y aquellas en las que es un auxiliar de la justicia. Un ejemplo de esto es el caso chileno, donde la severidad de lo estipulado en materia de responsabilidad marca una pauta para estudiar hasta qué punto se puede sancionar a un promotor por sus acciones. El artículo 38 de la ya mencionada Ley 20.073 estipula que si el síndico se concierta con el deudor, con un acreedor

o con un tercero para obtener una ventaja para sí o para otro, será sancionado con pena privativa de la libertad (cuya duración estará entre el presidio menor en su grado máximo y el presidio mayor en su grado mínimo), salvo que el delito cometido tenga, por su lado, una pena mayor. Además, se establece la inhabilidad perpetua para ejercer como síndico de nuevo. Finalmente, establece la norma que deberá responder civilmente hasta por culpa levísima.

Sin embargo, no en todos los países donde el promotor tiene un papel de gestión empresarial se encuentra un régimen de responsabilidad tan estricto. En Alemania, el administrador, de acuerdo con el artículo 148 de la *Insolvenzordnung*, debe tomar la posesión y la administración de la masa de la insolvencia apenas inicie el proceso. Por esta razón, en materia de responsabilidad, el artículo 60 establece que estará obligado personalmente el administrador por los daños y perjuicios que cause el incumplimiento culposo de su función, pues se le exige un grado de diligencia similar al de un “competente y esmerado administrador”¹⁶. Se contempla también la posibilidad de que las obligaciones con los acreedores de la masa no puedan cumplirse por actividad suya, caso en el que deberá indemnizarle daños y perjuicios. Por último, se le otorga al juez la potestad de aplicarle sanciones pecuniarias y destituirlo por causa grave o por solicitud, ya sea del administrador de la comisión de acreedores o de la junta de acreedores.

En Estados Unidos existe un gran debate sobre cuál es el nivel de diligencia (*standard of care*) exigible al trustee. En un comienzo, la Corte Suprema determinó que se le podía imputar responsabilidad personal cuando este actúe de manera deliberada y decidida en contra de los intereses de las demás partes del proceso (aplicando el criterio del *willful and deliberate standard*). Más adelante, la interpretación que le dio la jurisprudencia de las Cortes de Apelación a este criterio fue variando, al punto que hoy en día se tiene como criterio el de la *gross negligence*, en otras palabras, solo responde el trustee cuando se demuestre que actuó con negligencia grave.

De las legislaciones estudiadas, concluimos que los criterios abstraídos del artículo 200 del Código de Comercio son razonables y no se llega a extremos que podrían desincentivar la postulación de las personas naturales para ser promotores. Además, con estos criterios se reconoce la situación de corrupción por la que atraviesa la nación y se sancionan duramente las prácticas que con ella se relacionan.

16 DASSO, ARIEL A. (2008). *Derecho Concursal Comparado*, tomo I. Ed. Legis Argentina, pág. 55.

CONCLUSIÓN

La necesidad de repensar la figura del promotor de la Ley 1116 corresponde al enfoque que se le da al proceso de reorganización en Colombia, donde no solo se busca la renegociación de las deudas que tiene la empresa insolvente, sino que se pretende la reactivación económica de esta, rescatándola como fuente de empleo y unidad de explotación económica. Al estudiar la forma como está consagrada esta figura actualmente en Colombia, se evidencian varios aspectos que deben ser corregidos. La modificación de las funciones, la complementación de los requisitos exigidos para entrar en la lista y la creación de un régimen de responsabilidad personal que responda a las funciones asignadas y a la realidad del país permiten consolidar una figura eficaz e indispensable para el óptimo desarrollo de los procesos de reorganización en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- DASSO, ARIEL A. (2008). *Derecho Concursal Comparado*, tomo I. Ed. Legis Argentina.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, septiembre 6 de 2007).
- PRIMACK, DAVID P. (2002). Confusion and Solution: Chapter 11 Bankruptcy Trustee's Standard of Care for Personal Liability. *William and Mary Law Review*. At. 1297. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss3/8/>
- Decreto 090 de 2000. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se reglamenta los artículos 7º, 8º, 9º, 10 y 23 de la Ley 550 de 1999. Febrero 2 de 2000.
- Decreto 1400 de 970. [Ministerio de Justicia]. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Agosto 6 de 1970.
- Decreto 2264 de 1969. [Ministerio de Justicia]. Por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio. Febrero 4 de 1970.
- Decreto 350 de 1989. [Ministerio de Desarrollo Económico]. Por el cual se expide el nuevo régimen de los Concordatos preventivos. Febrero 16 de 1989.
- Decreto 962 de 2009 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se reglamentan los artículos 5, numeral 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores. Marzo 20 de 2009.
- MCCULLOUGH, ELIZABETH H. (2011). Bankruptcy Trustee Liability: Is There a Method in the Madness? *Lewis and Clark Law Review*. Febrero 13. At: 153. Disponible en: <http://www.lclark.edu/live/files/7955-lcb151art7mcculloughpdf>
- Ley 11.101. Regula la recuperación judicial, extrajudicial y la falencia del empresario de la sociedad empresaria. Febrero 9 de 2005. Diario Oficial de febrero 9 de 2005.

- Ley 1116. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494
- Ley 1429. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Diciembre 29 de 2010. D.O. N° 47.937.
- Ley 222. 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. Diciembre 20 de 1995. D.O. N° 42.156.
- Ley 550. 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. Diciembre 30 de 2000. D.O. N° 43.940.
- VÉLEZ, LUIS GUILLERMO (2011). “El Régimen de Insolvencia Empresarial no estaba funcionando y el de Personas Naturales requiere una reforma”. *Ámbito Jurídico*. Marzo 14. At. 1. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/%C3%81mbito%20Jur%C3%ADdico%20entrevista%20SS%20marzo%2011.pdf>
- Oficio 220-177554. [Superintendencia de Sociedades]. Funciones del Promotor en un Proceso de Reorganización. Diciembre 5 de 2012.
- U.S. Bankruptcy Code. L. 95-598. Noviembre 6 de 1978 (Estados Unidos de América).
- Ley 20.073. Modifica la Ley 18.175, de Quiebras, en materia de Convenios Concursables. Noviembre 29 de 2005. Diario Oficial de noviembre 29 de 2005.
- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Decreto 1400 de 1970. Agosto 6 de 1970 (Colombia).
- Código de Comercio. (CCO). Decreto 410 de 1971. Marzo 27 de 1971 (Colombia).
- Code of Federal Regulations. Title 28. Julio 1 de 2012. (Estados Unidos de América).
- Real Decreto-ley 3 de 2009. Marzo 31 de 2009. Boletín Oficial del Estado N° 78, p. 30367 (España).
- Ley 2005-845. Ley de Salvamiento de Empresas. Julio 26 de 2005. Diario Oficial de la República Francesa N° 173. - Ley 22 de 2003. Julio 10 de 2003. Boletín Oficial del Estado N° 164, p. 26905 (España).
- Estatuto de Insolvencia. Octubre 5 de 1994. Gaceta Federal I, p. 2854 (Alemania).