



***Efectividad del procedimiento de insolvencia para
personas naturales no comerciantes en Colombia***

DIEGO LUIS AFANADOR SANDOVAL

U00089653

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

UNAB

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

Bucaramanga

2020.



***Efectividad del procedimiento de liquidación de personas naturales no
comerciantes en Colombia***

DIEGO LUIS AFANADOR SANDOVAL

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado.

Directora de tesis:

Betzaida Del Pilar Martínez Ortega

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

UNAB

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

Bucaramanga

2020.

Nota de aceptación

Firma de jurado 1

Firma de jurado 2

Firma de jurado 3

PALABRAS CLAVE: insolvencia, persona natural, eficiencia, legislación.

Resumen:

El ordenamiento jurídico colombiano prevé un marco normativo para los procedimientos concursales de las personas naturales no comerciantes, según lo reglado en la Ley 1564 de 2012, Sección Tercera, Título Cuarto. Dicho régimen de insolvencia económica parte del presupuesto de que el sujeto no se encuentra en la capacidad económica para cumplir con las obligaciones previamente establecidas; no obstante, dentro de la configuración legislativa y el contenido de las normas, pretenden la protección de derechos de los acreedores y en pocos casos la salvaguarda del patrimonio del deudor dentro de los procesos de negociación de deudas, convalidación de acuerdos y liquidación patrimonial; por lo que se evidencia que las mentadas normas adolecen de las recomendaciones indicadas por la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL en la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia¹, que propone como lineamientos: la eficiencia *ex ante* e *intermedia*, que todo procedimiento de insolvencia o concursal deben adoptar en términos de efectividad, pues resalta la importancia de los mecanismos de mercado que desde la teoría permiten identificar y comprender posibles soluciones al fenómeno que en sede judicial deberían ser examinados según las reglas de la eficiencia *ex post*, en razón a que el procedimiento del régimen de insolvencia en Colombia parece no ser efectivo según los parámetros indicados por la CNUDMI. Por lo que en el presente trabajo se pretende analizar si la norma

¹ La Guía completa se puede leer en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf

Colombiana cumple efectivamente con los parámetros establecidos por la CNUDMI desde el principio de la eficiencia y eficacia.

ABSTRACT:

The Colombian legal system provides a regulatory framework for the bankruptcy proceedings of natural persons non-merchants, as regulated by Law 1564 of 2012, Section Three, Title Four. This economic insolvency law is part of the budget when the subject is in an imminent cessation of payments; however, within the legislative configuration and the content of the rules they are intended to protect the rights of creditors and in few cases to restructure the economic exploitation unit, because certain criteria of the same rules provide for the forced liquidation of the debtors' assets; However, it is to be noted that the above-mentioned standards lack the recommendations indicated by the United Nations Commission on International Trade Law (CNUDMI/UNCITRAL) in the Legislative Guide on Insolvency Law, proposes as guidelines: ex ante and intermediate efficiency, that all insolvency or bankruptcy proceedings must be efficient, emphasises the importance of market mechanisms which theoretically make it possible to identify and understand possible solutions to the phenomenon which should be examined in court under the rules of ex post efficiency, on the grounds that insolvency proceedings in Colombia appear to be inefficient within the parameters indicated by CNUDMI.

Therefore, the purpose of this work is to analyze whether the Colombian law system actually complies with the parameters established by UNCITRAL from the principles of efficiency and effectiveness.

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción.....	7
2. Antecedentes socio jurídico y descripción del problema	8
3. Planteamiento del problema.....	13
4. Formulación de la pregunta investigativa.....	14
5. Objetivos.....	16
5.2. Objetivos específicos.....	15
6. Justificación	16
7. Antecedentes investigativos	18
8. Marco Teórico.....	19
9. Variables.....	29
Población:.....	29
10. Metodología.....	29
11. Régimen de Insolvencia dentro del contexto colombiano	30
12. Influencia del derecho globalizado.....	31
13. Teoría de la argumentación jurídica: justificación de la sentencia como parámetro para regular los institutos jurídicos de la insolvencia de cara a la realidad social y económica.....	33
15. Noción básica del proceso dentro de un trámite de insolvencia.....	39
16. Tipos de eficiencia en los procesos de insolvencia desde la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL	40
Referencias:	50

1. Introducción

La implementación del Régimen de Insolvencia se inició con la premisa de ayudar tanto a deudores como acreedores, para que pudieran solucionar los diferentes conflictos nacidos con ocasión de los incumplimientos parciales o totales en las obligaciones previamente establecidas por la razón que fuere; procedimiento que a través de los años se ha venido implementando por el ordenamiento jurídico a través de diferentes compendios normativos, hasta llegar al Régimen de Insolvencia para comerciantes establecido en la Ley 1116 del 2006 y el Régimen de Insolvencia para persona natural no comerciante establecido en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, Sección Tercera, Título Cuarto), pero ¿son realmente efectivos estos procedimientos contenidos en las normas?

Es así que debemos realizar un análisis histórico del régimen de insolvencia en el territorio colombiano, a la luz del concepto de efectividad planteado por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL, además de realizar un escrutinio de los diferentes pronunciamientos de las instituciones jurídicas colombianas encargadas de regular este régimen especial, tanto en su parte motiva como resolutive, buscando sí dentro de estas se cumplen y concuerdan los parámetros establecidos en las normas internas con los establecidos por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL.

Concluyendo que si bien es cierto que la aparición de este Régimen de Insolvencia dentro del sistema jurídico colombiano llegó en el momento más apropiado, este llegó con una serie de requisitos y de vacíos que dificultan su aplicación a las personas que más necesitan de esta figura

jurídica. El Régimen de Insolvencia al entenderse como aquel salvavidas que entra ayudar a las personas naturales o jurídicas que por el motivo que sea entran en situación de no cumplir económicamente con las diferentes obligaciones pre – establecidas inicia con el presupuesto de una persona u empresa en difíciles condiciones, condiciones que pueden impedir su entrada a este régimen y llevarla a la liquidación total de su patrimonio u empresa, no cumpliendo así con la finalidad para la cual se le vio vida a este régimen especial.

2. Antecedentes socio jurídico y descripción del problema

Es a partir del gobierno del Presidente Cesar Gaviria (1990-1994) que se da pie al modelo de la internalización y de la denominada “*apertura de la economía*”, dentro del contexto de la Constitución de 1991, se reivindica el estado social de derecho bajo los preceptos de la dignidad humana, el trabajo, etc. Además de reconocer los derechos de participación política en relación al ejercicio pleno y control del poder político como el sufragio, creación de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, las leyes aprobatorias de tratados internacionales que por bloque de Constitucionalidad son vinculantes para garantizar convencionalmente los DDHH, DIH y OIT (art. 93 C.P); sin embargo, por los efectos de la globalización de corte neoliberal, trae dos efectos: uno, el trabajo deja de ser un factor de inclusión jerarquizado conforme al pacto socialdemócrata, convirtiéndose en un factor de exclusión; y dos, la transnacionalización de mercados y globalización de la actividad económica: producción, distribución, consumo de productos y servicios, genera tensiones en la integración social de este modelo bajo la idea del mercado competitivo, el libre

comercio, libertad individual y protección a la propiedad privada; tal efecto debido a la presencia de determinadas relaciones hegemónicas de poder, imperantes en el modelo económico que irrumpe paradigmáticamente con los derechos humanos y los derechos fundamentales que la Constitución contempla, pues para garantizarlos debe coexistir una democracia donde se materialice participativa y distributivamente dichos postulados.

Dentro de la armonización del sistema constitucional, con el modelo económico neoliberal de nuestros días se piensa que éste debería responder a lo indicado por Boaventura de Sousa Santos², cuando propone velar por una ciudadanía donde la democracia no compagine con los procesos de desigualdad y exclusión social, pues él concibe el modelo occidental capitalista a través de dos principios de jerarquización social: el sistema de desigualdad y el sistema de exclusión; él indica que es necesario la reinención del Estado en perspectiva igualitaria, solidaria y participativa, y por otro lado la intervención democrática de alta intensidad, ejerciendo así una acción política-democrática que fortalezca el sistema político y genere un contrapeso al capitalismo neoliberal, toda vez que él le apuesta a un modelo de democracia participativa y distributiva donde hay pleno ejercicio de la ciudadanía restableciendo la función social de la democracia, prevaleciendo el valor de la distribución sobre la acumulación, en otras palabras, el interés público sobre el privado e individualista.

2 AGUILÓ, Antoni Jesús: "Globalización neoliberal, ciudadanía y democracia. Reflexiones críticas desde la teoría política de Boaventura de Sousa Santos", tomado de la web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2783537>.

Es relevante analizar la crisis respecto a las personas naturales y jurídicas en estado de insolvencia económica, dado que las tasas e índices de sobreendeudamiento establecidos por el Banco de la República en sus diferentes Reportes de Estabilidad Financiera, actúan como primera radiografía del estado financiero de éstas. Además de que es un hecho notorio las ventajas que tienen las grandes transnacionales, multinacionales y empresas (respecto a aranceles, impuestos y competencia en el mercado) frente a los sujetos de derechos que son comerciantes y no comerciantes. De acuerdo a un reporte reciente dado por el Superintendente Financiero de Colombia en la Universidad del Norte en una conferencia, en el 2019 hubo una expansión en los créditos de consumo, comercial y vivienda, el crecimiento de la cartera en el año 2019 fue de 3,73%, donde la cartera de consumo tuvo un crecimiento del 11,5%, alcanzando un saldo de \$502 billones aproximadamente, pese a ello, el Superintendente financiero manifestó no estar preocupado por el sobreendeudamiento en Colombia ya que el comportamiento de los deudores es adecuado y no existe riesgo alto de sobreendeudamiento en los colombianos.

Por lo anterior, dentro de las potestades del legislador formal ordinario³ se han promulgado normas jurídicas regulatorias del régimen de insolvencia en Colombia, las cuales surgen ante el fenómeno que imposibilita a personas naturales y jurídicas para cumplir obligaciones de carácter crediticia, por lo que resulta factible que dichos sujetos se acojan a procesos judiciales que les permita resolver sus controversias; sin embargo, para el caso de personas naturales que ostenten o no la calidad de comerciantes, solo basta que se encuentren en estado de cesación de pagos.

³ Entiéndase por la facultad legislativa en cabeza del Congreso de la Republica de Colombia: Cámara de Representantes y Senado de la Republica.

Actualmente rige la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 por medio del cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial, según lo normado en su artículo segundo⁴, que respecto a su ámbito de aplicación, incorpora a las personas naturales comerciantes, excluyendo en el ordinal 8° del art. 3 ibídem a la personas naturales que no tienen esa calidad de comerciantes; en efecto, el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, Sección Tercera, Título Cuarto) dispone en su art. 538 y subsiguientes el régimen de insolvencia para personas naturales no comerciante que se encuentren en estado de cesación de pagos conforme a unos supuestos de admisión que traen dichas normas para uno u otro caso.

Refulge entonces necesario analizar, si las normas en mención regulatorias del proceso de insolvencia aplicado a personas naturales bajo uno u otro régimen, resuelven en términos de efectividad las problemáticas respecto a las crisis económicas de los deudores que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones a los acreedores, pues pareciera que ambas normas jurídicas desde su entrada en vigor, contienen acápites de presupuestos y requisitos que son exclusivos solo para ciertos sujetos, excluyendo o dejando por fuera a otras personas que ante una situación similar no encuentran solución en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, pareciera que la materialización del acceso a la justicia y del principio de eficiencia en este aspecto fuese meramente de tipo formal y no material, ya que no se logra hacer efectivo el derecho sustancial dentro de la realidad y el contexto económico y social que les afecta, por lo que hacer un análisis

⁴ “Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.”

de ellas, permitirá concluir unas reflexiones de tipo jurídico que desde el enfoque hermenéutico, el principio de efectividad contenido en las leyes aprobatorias de tratados internacionales incorporados mediante bloque de constitucionalidad en este asunto, son vinculantes según el art. 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Por el momento, considero importante recordar el sentido de la efectividad de una norma, pues existen muchas discusiones sobre el tema, los autores que se dedican al estudio de lo que es efectividad, eficiencia y eficacia, no han logrado establecer un sentido único a estas terminologías tan utilizadas en el derecho. Pues bien, de acuerdo a lo que pretendemos en este trabajo, la efectividad está tomada en el sentido de establecer cuáles son las consecuencias de la aplicación de las normas tal cual como fueron contempladas por el legislador, y si dichas consecuencias tienen relación con lo que el legislador pretendía lograr al momento de crearlas, es decir relación entre el fin de la norma con la consecuencia real de su aplicación. Y el principio de eficiencia, viene mas relacionado con el análisis económico del derecho, que realmente es aspecto que toca este trabajo, ya que nos encontramos analizando una condición económica desde dos perspectivas, acreedor y deudor, la eficiencia relaciona el concepto de igualdad con la justicia, si bien como lo indica Albert Calsamiglia “los criterios de eficiencia son los criterios fundamentales a la hora de diseñar las reglas de juego de una sociedad. El derecho solo tiene sentido como una idea práctica que tiende a una finalidad determinada: la eficiencia.”⁵

⁵ Calsamiglia, página 267

3. Planteamiento del problema

Las dinámicas del mercado y el modelo económico Colombiano han impactado de forma hegemónica el funcionamiento de las empresas y demás sujetos que de alguna u otra forma ejercen o no actividad comercial, pues su vigencia y perpetuidad en la contemporaneidad atraviesa por una crisis estructural dados los efectos del neoliberalismo y los efectos en términos de efectividad de las normas jurídicas que reglamentan los procesos de insolvencia económica de las persona naturales (comerciantes y no comerciantes); por lo que las relaciones jurídicas causadas por las interacciones de personas naturales comerciantes y no comerciantes, con los demás sectores de la economía, financiero y crediticio, que de no ser planificada afectan los intereses y el patrimonio de esta población, por ello, el legislador optó por regular dicha situación mediante la Ley 1116 de 2006 para personas naturales comerciantes (reorganización empresarial y/o liquidación forzosa) y la contemplada el Código General del Proceso para personas no comerciantes (celebración de acuerdos con acreedores por cesación de pago con el objeto de proteger el patrimonio en cabeza del deudor).

Por lo que es válido preguntarse si las precitadas normas jurídicas son realmente efectivas, conforme a los lineamientos planteados por la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL, pues pareciera que las normas contienen presupuestos de admisibilidad que atentan con el principio de igualdad material, pues no todas las personas naturales que ejercen la actividad comercial y los que no, cumplen con dichos presupuestos, por lo que se estaría vulnerando el acceso a la administración de justicia de esa minoría. Es por lo anterior que dentro del concepto de efectividad de la norma jurídica debemos hacer un análisis de eficiencia y efectividad

de la misma llegando a la conclusión de sí determinada norma o compendio normativo es efectivo dentro de determinado ordenamiento jurídico. Es así que en ocasiones al avocar conocimiento la autoridad jurisdiccional, da por sentado la causal de cesación de pagos por la que atraviesa el deudor, por lo que solo se limita a analizar elementos de la eficiencia *ex post*⁶, sin tener en cuenta aspectos de la eficiencia *ex ante* e *intermedia* como garantías del principio de eficiencia además de que olvida el análisis de la eficacia de la misma norma, es decir, si se cumple el objetivo planteado por la misma y de no ser así en qué grado se cumple y en qué grado no.

4. Formulación de la pregunta investigativa

¿Es realmente efectivo el régimen de insolvencia contenido en la ley 1564 de 2012 que regula a las personas naturales no comerciantes en Colombia, conforme a los preceptos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional?

⁶ Se presenta una vez iniciado el proceso de insolvencia, que determina qué actividad es viable para continuar y cuál no, en este último caso se debe liquidar.

5. Objetivos

5.1. Objetivo general

Analizar si las leyes regulatorias del proceso de insolvencia económica para personas naturales comerciantes y no comerciantes en Colombia, logran ser efectivas acogiendo las recomendaciones indicadas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL.

5.2. Objetivos específicos

- a. Caracterizar las tipologías de efectividad y eficiencia que en el régimen de insolvencia deben tenerse en cuenta, indicadas por la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL.
- b. Identificar si los mecanismos y medidas del procedimiento de insolvencia tienen en cuenta la situación actual por la que atraviesa el deudor con el fin de aplicar la solución adecuada.
- c. Analizar la efectividad de los mecanismos y medidas dentro de los procedimientos rituados en la ley 1116 de 2006 y la ley 1564 de 2012.
- d. Examinar si la legitimación pasiva en los procedimientos de insolvencia responde a una igualdad material de sujetos o por el contrario se restringe o viola el núcleo esencial del derecho a la administración de justicia.

6. Justificación

Colombia es un Estado miembro de la Comisión de Naciones Unidas CNUDMI: principal órgano jurídico en el Derecho Mercantil Internacional, esta entidad aprobó y profirió la Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia (2006), donde planteó los objetivos que toda norma jurídica de insolvencia debe contener, indicó que las normas que regulan la materia deben propender por lograr ser efectivas; este documento establece que los procesos de insolvencia se presentan “*Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir otras obligaciones cuando vencen los plazos*” y que se entiende como procedimiento de insolvencia aquellos “*mecanismos legales para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (corporales o inmateriales) del deudor*”, siendo la misma situación en la que se encuentran las personas naturales no comerciantes en el momento en que no pueden cubrir las obligaciones previamente establecidas, por lo que es a través del articulado propuesto en la Ley 1564 de 2012 que se establece el proceso de insolvencia al que debe asistir la persona natural no comerciante que no pudo cumplir con sus diferentes obligaciones y cuyos acreedores desean satisfacer.

Los procedimientos establecidos en el Código General del Proceso para la satisfacción de los acreedores de las personas naturales no comerciantes, son la negociación entre el deudor y el acreedor de la deuda, la convalidación de acuerdos privados entre acreedores y la liquidación de su patrimonio (“como ultima herramienta”). Es evidente la posibilidad que, por parte del legislador, se le entrega tanto al deudor como a sus acreedores para que lleguen a un acuerdo y puedan en este sentido satisfacer las obligaciones incumplidas; pero ¿qué tan

efectivo es este procedimiento cuando la posibilidad de la liquidación del patrimonio del deudor se encuentra siempre presente en el caso de que no se pueda llegar a un acuerdo entre las partes? Es factible pensar que el patrimonio del deudor siempre se encuentra en grave peligro a pesar de que el procedimiento de insolvencia se creó como un mecanismo para que este pueda llegar a cumplir las diferentes obligaciones atrasadas de una u otra forma, ya que su situación económica actual es más precaria que al momento de adquirir estas obligaciones, lo que le impide satisfacer las necesidades de sus acreedores, culminando estas “negociaciones” en procesos judiciales que buscan el cumplimiento de las diferentes obligaciones a costas del patrimonio del deudor.

Por lo cual, a través de este trabajo, se busca analizar si el procedimiento de insolvencia establecido para las personas naturales no comerciantes, Ley 1564 de 2012, no se encuentra en consonancia con lo establecido por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI en la Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia (2006).

Siendo necesario de este modo, establecer en qué grado los diferentes mecanismos establecidos para resolver el estado de insolvencia de una persona natural no comerciante, cumplen con los requisitos de efectividad de las normas concursales establecidos en la Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia y si es necesario una reforma a esta compendio normativo con miras al establecimiento de instrumentos que busquen el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas por los deudores pero sin poner en alto riesgo el patrimonio del deudor.

7. Antecedentes investigativos

Dentro de una búsqueda en investigaciones que se hayan realizado sobre este tema, al respecto la búsqueda arrojó poca investigación y a análisis del tema, pero dentro de lo hallado se encontró lo planteado por la investigación realizada por Shirley Mayerly Barreto Mogollón, Johana Marcela Urbina Rubio y Rosa Elvira Flórez Peñaranda denominada *“Insolvencia De Persona Natural No Comerciante; La Seguridad Jurídica del Acreedor Hipotecario en el Tramite de Insolvencia de la Persona Natural No Comerciante”* donde se concluyó que la insolvencia de persona natural no comerciante es un procedimiento especial cuya finalidad es la de atender la situación de sobreendeudamiento de una persona, otorgándole así la posibilidad de renegociar sus deudas con sus acreedores antes de que se inicien las respectivas acciones judiciales.

Continuando con esto, hubo otra investigación realizada por Diana Karina Garzón Niño *“Los Procesos de Insolvencia en Colombia: Análisis Comparado de los requisitos y Condiciones”*, donde se estableció que *“Al respecto se puede decir que un 36 % de los procesos de liquidación judicial, han tenido su origen por el incumplimiento de un acuerdo concordatario, de reestructuración empresarial o de reorganización empresarial, sobre los cuales es inevitable su liquidación, pues el incumplimiento del acuerdo se deriva de su incapacidad de pago, mientras que el 64 % restante, si bien se encuentra en trámite, el proceso de liquidación judicial, pueden existir variables que posibiliten su recuperación, siendo viable la confirmación de un acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación judicial, lo que trae como consecuencia la recuperación y conservación de la empresa, finalidad claramente establecida por la Ley 1116 de*

(2006) y que no estaba prevista en los regímenes anteriores”; es decir, los fines de ayudar a las personas naturales al cumplimiento de sus diferentes obligaciones y la satisfacción de sus acreedores a través de los procedimientos de insolvencia de persona natural no es la más eficiente.

Además que, en esta misma investigación se concluye que: *“No obstante, esta efectividad podrá ponerse a prueba, cuando se presente una nueva coyuntura económica, que aumente la necesidad del sector empresarial de acogerse al régimen de insolvencia, pues lo cierto, es que la Ley 1116 de (2006) se expidió en un momento de normalidad económica, y así ha permanecido hasta ahora. Sin embargo, se han evidenciado señales de alerta en diferentes sectores económicos, que han generado incertidumbre en la economía del país, pues existen variables, como el aumento del valor del dólar ó la disminución en el precio del barril de petróleo, que han empezado a afectar sectores, como es el caso del sector petrolero, de hidrocarburos y de textiles, en donde ya se encuentran empresas, que han acudido al régimen de insolvencia empresarial, a fin de buscar una solución a la crisis del momento. Crisis económica que, de continuar, pondrá en evidencia efectividad y eficacia que hasta ahora ha tenido la Ley 1116 de 2006”*.

8. Marco Teórico

El proceso como instituto jurídico, conceptualmente es definido como aquel conjunto de actos coordinados y ejecutados por las autoridades jurisdiccionales⁷ con la pretensión de obtener, según la ley aplicada a

⁷ Funcionarios con función jurisdiccional

un caso concreto, la declaración y defensa o la realización coactiva de los derechos de las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (asuntos laborales, civil y administrativo), para la prevención y represión de conductas punibles y contravenciones(asuntos penal) y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y de la dignidad de las personas en todos los casos . (DEVIS, 2015, pág. 137).

La Constitución Política de Colombia entendida como norma jurídica, contiene en su artículo 29 el derecho de defensa como núcleo esencial del debido proceso, la voluntad del constituyente con la inclusión de esta disposición normativa se encuentra racionalizada por cuanto toda persona tiene una herramienta aplicable a cualquier procedimiento relevante para el derecho, además de guardar armonía con el principio de igualdad, ese artículo normativo tiene la categoría de fundamental y de inmediata protección reforzada garantizado mediante la acción de tutela; aunado, el derecho procesal en consonancia con las reglas sustanciales revestidas mediante una gama de prescripciones normativas de orden público, son el criterio por medio del cual se tramitan la Litis de los sujetos con pretensiones opuestas, con lo anterior se quiere indicar que dado la irradiación constitucional del sistema jurídico, debe haber congruencia y corresponsabilidad entre la materialización de los derechos fundamentales, civiles y políticos.

Teniendo en cuenta los principios constitucionales que fundamentan el proceso judicial colombiano, sin las mayores elucubraciones se puede afirmar que el trámite de insolvencia regulado en la Ley para personas naturales no comerciantes según el Código General del Proceso, son en estricto sentido procesos judiciales, por lo tanto le son aplicables las normas adjetivas, sustanciales y constitucionales que rigen la materia, pues las normas jurídicas que conforman el derecho positivo pueden ser violadas, entonces surge el derecho procesal como

instrumento jurídico para la defensa de los derechos mediante el procedimiento legal con garantías (DEVIS, 2015, pág. 6) que con ropaje constitucional propende por brindar garantías al restablecimiento de derechos y la tutela judicial de los mismos, es así como los derechos y obligaciones que de ellas emanan son de orden público, de ahí la importancia del derecho procesal como criterio de razonabilidad regulatoria de los efectos de estas violaciones, como también el restablecimiento de derechos y situaciones jurídicas afectadas dentro de un proceso.

Según la Guía legislativa de la CNUDMI, conceptualiza el procedimiento de insolvencia como aquel: “*Procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente.*”, por ello, la legislación concursal contempla dos vías como solución a la cesación de pagos: por un lado la liquidación⁸ y por el otro la reorganización⁹ que le permita lograr un acuerdo para su posterior reorganización, por lo tanto, esta investigación adoptará el análisis de los modelos teóricos para la resolución de la insolvencia económica apoyados en mecanismos de mercados, teoría que se encuentra fundamentada por los aportes de: Aghion, Bebchuk, Hart (Gutiérrez, 2008), pues a pesar que los aportes dados por cada uno de ellos son diferentes en cuanto a la participación de agentes externos a la empresa, analógicamente se pueden aplicar estos mismos supuestos al problema planteado, comoquiera que el eje transversal confluye en la presión ocasionada al deudor sobre su patrimonio, resultando potencialmente ventajoso el

⁸ “Procedimiento seguido para la venta o enajenación de los bienes con miras a distribuir el producto que se obtenga entre los acreedores de conformidad con el régimen de insolvencia.” (Guía de la CNUDMI).

⁹ “Proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la reestructuración de la deuda, la capitalización de ésta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha.” (CNUDMI, Guía sobre régimen de insolvencia).

incremento de la eficiencia ex ante, aunado a que la decisión de dirección y administración de su patrimonio estaría a cargo de terceros potencializando la eficiencia es post. (López-Gutiérrez, 2011)¹⁰.

La eficiencia de un proceso concursal puede ser definida en tres formas según nos lo explican los doctrinantes López, Torre & Sanfilippo, así:

“Eficiencia ex ante:

La eficiencia ex ante trata de evitar que el deudor tome decisiones en contra de los intereses de los acreedores, incentivando el cumplimiento o satisfacción de la deuda. Consiste en maximizar el valor obtenido por los acreedores propiciando la aparición de mecanismos para que los acreedores ejerzan una actividad de control sobre las actuaciones de la empresa (Cornelli y Felli, 1997). De esta forma, la legislación afecta los incentivos de las distintas partes implicadas al tomar sus decisiones, antes incluso de que exista cualquier indicio de dificultades financieras. La regulación concursal tiene dos efectos principales sobre el comportamiento ex ante de todas las empresas. Al primero se le denomina efecto "castigo" para los directivos cuando la empresa entra en el procedimiento concursal, y que les estimula a tomar decisiones con el objetivo de evitar que la empresa llegue a tener problemas de insolvencia. Por otro lado, las disposiciones de la ley concursal afectarán el coste de financiación para todas las empresas que operan en el mercado, por su efecto sobre el riesgo de los aportantes de fondos ajenos. Un correcto funcionamiento del mercado de crédito penaliza a aquellas empresas que no hacen frente a sus obligaciones de pago, penalización que puede afectar a los accionistas y a los directivos de la empresa insolvente.

¹⁰ “la eficiencia ex ante, que se produce antes de que la empresa tenga dificultades financieras; la eficiencia intermedia, que se produce cuando la empresa tiene dificultades financieras pero aún no ha entrado en el procedimiento legal, y por último la eficiencia ex post, que se produce una vez iniciado el proceso, momento en el que hay que decidir cuáles empresas deben continuar y cuáles deben ser liquidadas.”

Eficiencia intermedia

Incluso bajo una política concursal completamente orientada a la consecución de la eficiencia ex ante resulta inevitable la existencia de dificultades financieras en determinadas empresas, que también se verán afectadas por la normativa concursal, antes de producirse la declaración legal de insolvencia, aunque el número de ellas se verá afectado por la política concursal y su eficiencia ex ante. La eficiencia intermedia trata de maximizar el valor de las empresas con dificultades financieras antes de que declaren su situación de insolvencia.

Antes de producirse la entrada en el procedimiento, se pueden manifestar distintos comportamientos ineficientes por parte de los directivos de la empresa: los problemas de sobreinversión, subinversión y el retraso en la entrada en el procedimiento.

En esta fase pueden aparecer problemas por decisiones subóptimas de inversión, debido a la existencia de imperfecciones en los mercados de capitales, tales como la asimetría en la información y los costes de agencia. Es decir, puede ocurrir que no todos los proyectos rentables sean llevados a cabo (subinversión) o que se realicen proyectos excesivamente arriesgados, con un valor actual neto negativo (sobreinversión).

Por un lado, existen problemas de subinversión, es decir, que no se lleven a cabo proyectos de inversión que tienen un valor actual neto positivo. En este caso, la empresa emite deuda con el objeto de financiar la realización de un proyecto, con un vencimiento posterior al de la realización de la inversión. De esta forma, el verdadero valor del proyecto se revelará a los inversores con posterioridad a la formalización de sus contratos de deuda. Si el proyecto se financia a través de deuda, para que el accionista se beneficie con su realización no solo deberá generar una cantidad superior al valor de la inversión, sino que además tendrá que superar también el valor nominal de la deuda emitida, por lo que la empresa renunciará a ejecutar determinadas oportunidades de inversión rentables cuando los beneficios repercutan únicamente sobre los acreedores.

Por lo que se refiere al riesgo moral, los accionistas pueden percibir que los acreedores se apropiarán del valor creado por la realización de una determinada inversión, debido a la prioridad de que gozan en caso de insolvencia, por lo que no tendrán ningún incentivo por realizarla cuando su valor actual neto sea menor que la cantidad total de deuda emitida por la empresa.

Además, se pueden encontrar con problemas de subinversión debido a la selección adversa, que hará que los acreedores exijan una mayor compensación si no son capaces de distinguir a priori la calidad de las diferentes alternativas de inversión.

Por último, el problema de sustitución de activos surge por el incentivo que tienen los accionistas a tomar excesivos riesgos, debido a su responsabilidad limitada, por lo que pueden destinar los fondos obtenidos en su financiación a proyectos más arriesgados de los que inicialmente habrían sido comunicados a los acreedores. La existencia de información asimétrica después de realizados los contratos de deuda puede llevar a la aparición de subinversión, debido a un incremento en los costes de financiación, problemas de racionamiento de crédito o establecimiento de límites a la decisión de inversión (Morgado y Pindado, 2003).

En la misma línea, aunque desde otra perspectiva, surgen los problemas de sobreinversión, es decir, que se realicen proyectos de inversión que no sean económicamente rentables, con un valor actual neto negativo. Este problema procede de los conflictos de intereses de los directivos con el resto de los stakeholders de la empresa, tanto con los accionistas como con los acreedores. En presencia de información asimétrica, los directivos pueden utilizar los flujos de caja libres^[3] para llevar a cabo proyectos de inversión con un valor actual neto negativo, si eso favorece sus propios intereses, aunque pueda resultar perjudicial para el resto de los partícipes de la empresa (Jensen, 1986).

En este caso, cuando los acreedores prestan unos recursos financieros, lo hacen a cambio de un precio fijado en función del riesgo que la empresa tiene en el desarrollo de su actividad. Sin embargo, este nivel de riesgo puede ser modificado, una vez que los fondos son obtenidos, con la realización de proyectos de inversión más arriesgados que para los que, en un principio, se había obtenido la financiación. Si este hecho se produce, el precio exigido por los acreedores no se corresponderá con el que hubieran pactado si se conociese a priori ese incremento indiscriminado del riesgo.

La preferencia de los accionistas por proyectos de inversión más arriesgados se ha explicado en la literatura financiera por la consideración de las acciones como una opción de compra europea sobre la propiedad de la empresa, de tal forma que el accionista tendrá la posibilidad de recuperarla de manos de los obligacionistas, al vencimiento de la deuda, con un precio de ejercicio igual al principal de la deuda. De acuerdo con Black y Scholes (1973), el valor de esta opción de compra se va a incrementar con la varianza de los flujos de caja generados por la empresa, por lo que se produce una transferencia de riqueza de los obligacionistas hacia los accionistas. Dicha transferencia aparece porque los obligacionistas tienen derecho a recibir una remuneración fija, que no se va a incrementar con un aumento del valor de la empresa, mientras que se puede ver reducida si los recursos generados no son suficientes para hacer frente al pago total requerido por los acreedores. En definitiva, si el empresario opta por la realización del proyecto de mayor riesgo, que beneficia a los accionistas, puede incrementar la probabilidad de insolvencia de la empresa, con lo que los acreedores se van a ver perjudicados.

Esta situación no va a plantear ningún problema si la decisión de inversión se toma con anterioridad a la realización del contrato de endeudamiento, puesto que el acreedor exigirá un precio por su financiación, acorde con el riesgo percibido de la realización de ese determinado proyecto de inversión. Sin embargo, en una situación de incertidumbre, con una clara existencia de información asimétrica a favor del empresario, y ante la existencia del riesgo moral por la incapacidad de

desarrollar contratos que garanticen la ejecución del proyecto inicialmente pactado, el acreedor concederá los recursos siempre en las condiciones más desfavorables para la empresa, es decir, teniendo en cuenta que está prestando los fondos para la realización del proyecto más arriesgado. Esta anticipación será la única forma de evitar ser objeto de fraude por parte de los accionistas[4].

Estos problemas pueden verse agravados en las empresas con dificultades financieras antes de que se realice la declaración de insolvencia. Los problemas de subinversión se agravan porque los accionistas y directivos no tendrán incentivos para realizar proyectos de inversión rentables, si con ello no reducen la probabilidad de quiebra. Esto ocurre porque este tipo de proyectos reduce la variabilidad de los rendimientos de la empresa, mejorando únicamente la situación de los acreedores (White, 1996). Por otra parte, también los problemas de sobreinversión se pueden ver incrementados en las empresas con dificultades financieras, ya que los directivos tendrán fuertes incentivos para llevar a cabo inversiones excesivamente arriesgadas, si con ello evitan el inicio del procedimiento concursal. En este caso, si el proyecto finaliza con éxito, se consigue evitar, o al menos retrasar, la entrada en los mecanismos concursales, mientras que, si fracasa, la situación para los directivos no ha empeorado, siendo los acreedores los que soportan el coste de esa decisión.

Eficiencia ex post

La eficiencia ex post se conseguirá cuando, como resultado del procedimiento, se logre maximizar el valor de la empresa insolvente. Las empresas insolventes pueden atravesar diferentes situaciones. Aquellas cuyo valor de liquidación sea mayor que su valor como entidad en funcionamiento deberán ser liquidadas, mientras que el resto maximizarían su valor si se establecen las medidas necesarias para reestructurarlas y se les permite continuar. La existencia de asimetría en la información hace que no se pueda observar de manera inequívoca cuál es la situación real de la empresa, por lo que se pueden cometer dos tipos de errores:

por un lado, se pueden reestructurar empresas que por su situación deberían haber sido liquidadas (error tipo I); por otro lado, se pueden liquidar empresas cuyo valor como entidad en funcionamiento es mayor que su valor de liquidación (error tipo II).

Se puede observar la evolución a lo largo del tiempo de las rentas generadas por dos tipos de empresas, las que son económicamente ineficientes, y las que son eficientes. Las rentas se van reduciendo a lo largo del tiempo, hasta el momento a partir del cual existe una utilización alternativa de los recursos de la empresa, que resulta económicamente más eficiente. A partir del momento, ambos tipos de empresa comienzan a tener pérdidas, situación que, si no se corrige, finalizará con la entrada en un procedimiento concursal.

En el momento en el que aparecen las dificultades financieras, los inversores conocen los flujos de caja que la empresa ha venido generando en el pasado, pero solamente pueden realizar predicciones acerca de su comportamiento en el futuro, al desarrollar su actividad en un entorno de información incompleta (Wruck, 1990). Además, los distintos stakeholders están incentivados a presentar la información más conveniente para sus intereses, por lo que resulta extremadamente difícil determinar cuál es la verdadera situación de la empresa[5] (...). El procedimiento concursal, por tanto, debe evitar que se produzcan errores en la calificación de la viabilidad de las sociedades, que llevan a soluciones ineficientes.

Se puede producir un error en la identificación de empresas económicamente ineficientes, de tal forma que se les permita entrar en el procedimiento de reorganización, asumiendo que no va a ser posible su saneamiento, por lo que, únicamente, se consigue mantenerlas funcionando durante un período de tiempo más. También es posible que el procedimiento concursal no sea capaz de salvar empresas económicamente eficientes, pero que atraviesan por dificultades financieras, por lo que se produce un coste por la pérdida del valor de la empresa como entidad en funcionamiento. En este caso, el coste de cada una no reestructurada no depende de cuál sea la política concursal, puesto que es función de las propias características de la compañía. El error tipo II aparece siempre que se liquide una de estas empresas. Así, de todas las que entran en un procedimiento

de reestructuración, no todas lo completan con éxito. El coste por errores tipo II depende tanto de cuál sea la efectividad de la política concursal identificando las empresas eficientes, como de su capacidad para salvarlas mediante un procedimiento de reorganización.

Del anterior análisis de la eficiencia se deduce que el efecto que tiene la ley de quiebras sobre el comportamiento de la empresa puede variar en función de la situación económica y financiera de la misma. Esto provoca que medidas legales destinadas a aumentar el valor de las empresas sanas pueden reducirlo si estas tienen dificultades financieras o han entrado en un procedimiento de insolvencia. Teniendo claros los efectos que cada disposición va a tener en cada una de las fases por las que atraviesa la empresa, una regulación de insolvencia debería tratar de maximizar el valor de los activos en las tres situaciones anteriores (cuando no hay dificultades financieras, cuando las hay pero no se han declarado y cuando se ha declarado la quiebra). Esto supone tratar de ser eficiente desde el punto de vista ex ante, intermedio y ex post (White, 1996). Sin embargo, existe un efecto compensación, de manera que cuando se aumenta la eficiencia en un período, se puede reducir en los otros. Esta situación puede explicar la variedad de legislaciones en los distintos países, y el hecho de que no exista un patrón universalmente utilizado para su regulación.” (LÓPEZ-GUTIÉRREZ, TORRE-OLMO, & SANFILIPPO-AZOFRA, jul. 2011. ISSN 2248-6968.).

De acuerdo a lo anterior, se tiene claro que la efectividad de una norma se centra en que los fines de la misma estén cumpliendo el objetivo para el cual fueron creadas, es decir, tratar de que el patrimonio del deudor se vea lo menos afectado posible. Si bien, este trabajo trata de analizar la efectividad de la norma de insolvencia que regula a las personas naturales no comerciantes en Colombia, el texto transcrito anteriormente, sirve como sustento para establecer un marco conceptual de lo que refiere a la eficiencia en el ámbito de los procesos de insolvencia, dicho texto analiza la eficiencia desde lo que corresponde a preservar, guardar un equilibrio entre el patrimonio de la persona (jurídica) y la necesidad de los acreedores, pero el análisis expuesto perfectamente es punto de referencia para

lo que pretendemos analizar en este trabajo, ya que estamos hablando del patrimonio de personas, independientemente de su naturaleza o calidad, jurídicas y naturales, comerciantes y no comerciantes.

9. Variables

Población:

El enfoque de esta investigación está orientado a examinar las características de los procesos concursales de la jurisdicción judicial colombiana contemplados en la norma, respecto a la cesación de pago de las personas naturales no comerciantes, pues de contera se deja sentado el límite, excluyendo a las personas naturales comerciantes y sociedades que también se encuentran amparadas bajo las leyes objeto de estudio.

10. Metodología

Corresponde al método de análisis jurídico crítico que en el presente caso será de carácter cualitativo debido a que se partirá de una identificación de las nociones conceptuales de la efectividad en los procesos de insolvencias y sus principales características, aportados por la literatura y doctrina en la materia. Luego se realizará un análisis legal, constitucional y doctrinal, respecto a la pregunta problema caracterizando los aspectos más relevantes que conlleven a una tesis afirmativa o negativa en relación y debidamente justificada tanto en las normas jurídicas, la constitución y la doctrina.

11. Régimen de Insolvencia dentro del contexto colombiano

Los orígenes del Régimen de Insolvencia se podría decir que se inspira en el sistema romano debido a que en su sistema normativo se beneficiaban los deudores que se encontraban en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones crediticias, por medio del abandono de sus bienes (*cesio bonorum*) y para que los acreedores se pagaran con el producido de la venta de los bienes (*venditio bonorum*) con lo que el deudor se sustraía de la acción ejecutiva evitando condenas ulteriores, por cuanto el sistema jurídico romano contenía una gama de beneficios como la anteriormente mencionadas, liberación de la declaración de infamia, etc. (OSPINA, 2008), lo anterior teniendo en cuenta que , la Lex Poetelia Papiria en el año 457 D.C, fundamentaba el principio de que la responsabilidad del deudor recaía sobre sus bienes sin entrar a responder desde su persona como obligaciones personales (*pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*) pues podía ocurrir que la deuda se saldara con la denominada privación privada por deudas con la que el acreedor podía cobrarse con el trabajo del deudor salvo que hubiese hecho la cesión de bienes en favor de este (OSPINA, 2008).

La cesión de bienes tiene asidero en el art. 1672 del Código Civil Colombiano cuando indica que el deudor a consecuencia de accidentes inevitables no se halle en estado de pagar sus deudas, la norma tiene como sujeto de aplicabilidad al deudor inculpable, diferente por ejemplo al dilapidador que en su caso dolosamente se pone en esa situación para no atender sus obligaciones, esta figura jurídica cobró gran relevancia con la Ley 222 de 1995 que introdujo el régimen concursal con el cual concede al acreedor la facultad de disponer de sus bienes y sus frutos civiles hasta concurrencia del valor de sus

créditos mediante la liquidación forzosa, debe advertirse que dicha ley fue derogada por la Ley 1116 de 2006, pues respecto a los presupuestos de admisión del trámite de reorganización de persona natural comerciante¹¹, en contraste, con las personas no comerciantes la ley 1564 de 2012 prevé unos requisitos de admisión¹² algo similares al anteriormente referido.

12. Influencia del derecho globalizado

La globalización capitalista neoliberal hegemónicamente ha logrado permearse en otras disciplinas que prescriben conductas humanas como lo es el Derecho en relación estrecha con la Economía, las dinámicas de imposición de valores y políticas imperiales neoliberales tiene dos acepciones de poder que según Harvey son: la capitalista y la territorial donde la primera refiere a los procesos de acumulación por medio de los cuales los flujos de poder económico atraviesan el

¹¹ Artículo 9: “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.”

¹² Artículo 538: “Para los fines previstos en este título, se entenderá que la persona natural no comerciante podrá acogerse a los procedimientos de insolvencia cuando se encuentre en cesación de pagos. Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días, o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a su cargo. Para la verificación de esta situación bastará la declaración del deudor la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento.”

espacio tiempo de diversas áreas geográficas; respecto a la segunda, refiere al conjunto de políticas e ideologías como recursos con que cuenta un Estado para demostrar su supremacía y satisfacer sus intereses en un sistema mundial (HARVEY, 2004).

El derecho globalizado ha puesto en tela de juicio las fuentes internas de derecho del sistema jurídico Colombiano, pues no cabe duda que las normas transnacionales estatales, es decir, las ratificadas por medio de leyes aprobatorias de tratados internacionales y bloque de constitucionalidad son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, en la misma senda, se avizora que existen normas transnacionales no estatales referenciándose aquellas que por los efectos de la globalización se imponen como reglas en un determinado territorio sin la autorización del Estado, pero que por su connotación de ser localismos globalizados logran regular conductas en la relación derecho-economía, esta categoría conceptual fue desarrollada por el sociólogo Boaventura de Sousa Santos para ilustrarnos el impacto negativo que provoca el traspaso, transformación y adulteración de una cultura local hegemónica hacia una determinada cultura local receptora lo que trae efectos destructivos para esta última, pues crea una relación desigual y claramente jerarquizada que se impone universalmente, no permitiéndole explotar la interculturalidad e idiosincrasia de la cultura local receptora.

La anterior tesis, nos sirve para ilustrar el papel que han jugado ciertas instituciones internacionales que se engloban dentro del derecho transnacional como la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL) y si en su esencia cumple un papel regulatorio que soluciona efectivamente los problemas de la insolvencia en las legislaciones o por el contrario se trataría de

ser un instrumento de regulación que confluye con los postulados de globalización de corte capitalista-neoliberal donde impone sus intereses ideológicos, políticos y económicos sin resolver, ya que a través de sus objetivos logra estandarizar principios y reglas que al ser mutadas a la legislación colombiana de carácter general y abstracta no resuelven los problemas de aquellos sujetos de derechos desprotegidos, que responden enteramente con su patrimonio ante un estado de insolvencia dado la fluctuación de la economía, por ello a nuestro punto y lo aquí analizado los objetivos de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL, no resuelve estas dilema ni mucho menos las normas internas regulatorias son realmente eficaces, pues como se dijo se trata de normas de orden transnacional que se penetran e instalan en la cultura local colombiana donde en nada hay corresponsabilidad ni nexo entre la una y la otra, pues es diferente la realidad social, económica, política y social de Colombia, la hace multicultural y diversa al momento de resolver casos como el que se plantea.

13. Teoría de la argumentación jurídica: justificación de la sentencia como parámetro para regular los institutos jurídicos de la insolvencia de cara a la realidad social y económica.

Desde vieja data el debate ha estado en constante dinámica respecto a los postulados de las teorías iuspositivistas, idealista o del formalismo lógico jurídico en contraste con el factualismo, empirismo e iusrealismo jurídico, los aportes de dichas escuelas han hecho enriquecedor las nuevas teorías contemporáneas incluso aquellas que se ubican en un eje intermedio que adoptan postulados tanto del uno como del otro.

Ahora bien, el ejercicio del derecho se instituye en argumentos racionales propiamente justificativos por parte de los actores que intervienen en él, llámense estos operadores jurídicos, abogados y demás sujetos interactuando por alguna determinada relación jurídico sustancial y desde esa perspectiva el Derecho es visto como una serie de procedimientos discursivos ya que la potencialización para desarrollar la capacidad argumentativa se estudia a través de la teoría de la argumentación jurídica (ATIENZA, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, el derecho y la justicia, 1996, pág. 231). Respecto a la génesis se da después de la Segunda Guerra Mundial y nace como respuesta a los postulados del método de la lógica formal y deductiva, por ello cabe resaltar los aportes dados por Robert Alexy y Mac- Cormick, pues sus puntos en común se hacen consistir en que el Derecho es una realidad dinámica que no solo son el conjunto de normas jurídicas, ya que es una práctica social incluyente dotado además de valores y procedimientos. En igual sentido surge la necesidad de motivar y justificar adecuadamente las decisiones proferidas por las autoridades jurisdiccionales, quienes tienen una responsabilidad al proferirlas, nótese que con esta teoría se le da un valor protagónico a los jueces pero no visto bajo el lente del realismo Jurídico pues su tesis central gira en torno a los comportamientos, conducta y aspectos factuales extrajurídicos, contexto socio-cultural y económico en que se desarrolla el juez, y estas convicciones son las que inciden en sus decisión, según Llewellyn, quien coayudado con Oliver Wendell Holmes quien se aparta igualmente de las decisiones abstractas y metafísicas del Derecho, pues este último se produce en la esfera social.

Lo indicado en últimas líneas del párrafo anterior, quiere decir que para la escuela del realismo jurídico, la norma tiene una finalidad social

porque los jueces interpretan los fenómenos sociales a través de sus sentencias, aunado a que las normas expresan antecedentes y consecuencias que trasciende el deber ser , ya que se considera el derecho como aquel conjunto de hechos sociales, teniendo en cuenta que para el iusrealismo y/o factualismo jurídico: el Derecho es definido por el comportamiento de ciertos actores de poder, sumado a que al juez se le dota de cierto poder político con el que puede crear derecho a través de la incidencia de su comportamiento en la actividad judicial, con una eficacia que se legitima tanto por el activismo judicial como por el fenómeno social enfocado hacia la justicia, pues los precedentes judiciales son norma jurídica creadora de derecho, y a tono con ello el papel social que el juez ejerce permite a su vez su dinamismo y transformación.

En un estado social y democrático de derecho, el constitucionalismo de la organización institucional y políticamente organizada, encuentra límites a dicho poder (frenos y contrapesos), y comoquiera que a través del razonamiento o la argumentación es que los poderes públicos y en especial el poder judicial en cabeza del operador jurídico, debe estar en la capacidad de proferir actos jurídicos debidamente justificados y razonados a tono con la Constitución y el ordenamiento jurídico, esto en razón al movimiento hermenéutico influenciado por H. G. Gadamer con que se pretende la elaboración de una actividad judicial razonable y responsable en sociedades democráticas (UPRIMNY, 2014, pág. 127), entonces vendría preguntarse: ¿qué significa motivar y justificar?.

Según Perelman esta categoría conceptual (la de motivar), hace alusión a la: “justificación de la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las

opciones que el juez efectúa” (PERELMAN, 1988), sin embargo, N. MacCormick considera que la función de esta teoría sirve para justificar las decisiones judiciales ya que en la construcción de la misma, debe guardar relación o ser congruente con los hechos establecidos en el factum y normas jurídicas que se encuentren vigentes, para él se pueden presentar casos fáciles y difíciles en donde la justificación va girar en torno al carácter mismo de las premisas de orden factico y normativo, por ello para los casos fáciles solo basta la subsunción deductiva-silogística entre la decisión y la premisa normativa, mientras que los casos difíciles hay vacíos en relación a las premisas fácticas o normativas aplicables al caso, por lo que se debe acudir a criterios de universalidad, coherencia con el sistema jurídico y con las consecuencias que acarrea la decisión (UPRIMNY, 2014), ya que la lógica deductiva según Atienza citando a Alexy: “no permite una justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles, sumado a que la argumentación jurídica debería verse como un caso especial del discurso practico general, y este es definido a partir de reglas que no provienen precisamente de lo lógico-formal” (ATIENZA, 2013, pág. 31)13.

¹³ Haciendo uso de la categoría conceptual “argumentar” dice: “1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se define o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. Por lo demás, hay argumentos o fragmento de argumentos que no consisten en un explícito del lenguaje. 2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da entre las premisas y la conclusión). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera.

En síntesis, la función judicial no se debe circunscribir a la aplicación deductiva de premisas normativas, por el contrario la argumentación jurídica orienta a que las decisiones son producto de un proceso de razonamiento y justificación que debe ser sopesadas a la luz de las premisas de orden factico o de los hechos que se le presentan, así que los pronunciamientos de la autoridad jurisdiccional y su eficacia y obligatoriedad, es decir el precedente jurisprudencial sirven a la hermenéutica de las líneas jurisprudenciales que ellos mismos aplican en su funciones diarias en la solución de los casos.

En esos términos, se plantea la importancia de esta teoría para la solución de casos que involucre el tramite concursal y de insolvencia, dado que las personas naturales comerciante y no comerciantes se encuentran en un grado de desigualdad material frente a sujetos y sociedades comerciales donde su capital y patrimonio es muy superior, por ello, la importancia de valorar las condiciones que este tipo de población amerita en cada caso particular, pues en peligro se encuentra su patrimonio que, muchas veces, es su única fuente de ingreso, por lo que a nuestro parecer las normas que aquí se examinan, serían ineficaces al hacer de forma indiscriminada un tratamiento igualitario ya que los efectos de las normas ante un posible incumplimiento en los acuerdos conllevaría a la liquidación forzosa que sería muy desventajosas para los sujetos en mención.

14. Aplicación del régimen de insolvencia en persona natural no comerciante por las instituciones Colombianas

Con el objetivo de analizar el régimen de insolvencia de Persona Natural no comerciante debemos analizar los datos aportados por parte

de los Centros de Conciliación y las Cámaras de Comercio del Territorio Nacional sobre las negociaciones de las deudas que posea la persona natural no comerciante y sus acreedores antes de llegar a la liquidación de su patrimonio.

De lo cual es evidente que la mayoría de procedimientos y solicitudes que se elevan ante las respectivas Cámaras de Comercio del Territorio Nacional que buscan un acuerdo entre las personas naturales no comerciantes y sus acreedores, no es verdaderamente efectivo ya que del análisis previamente realizado de la norma jurídica, en ningún momento se establecen los motivos que llevaron al deudor a esta situación de insolvencia, siendo esto uno de los principales ejes a estudiar con motivos de que no se repita la situación. Además de que en los procedimientos llevados a cabo ante las Cámaras de Comercio y Centros de conciliación del territorio nacional, en su mayoría de casos, no se utilizan como un método para que el deudor llegue a un acuerdo con sus deudores y se pueda cumplir de forma efectiva las obligaciones adquiridas que por algún u otro motivo no se pudieron realizar, sino que estas se realizan como un requisito previo y un método de presión al deudor con el fin último de liquidar su patrimonio y poder suplir las obligaciones adquiridas, para lo cual cada acreedor busca ser el primero en esta liquidación. Ya es de entender que, a medida que se va avanzando en el cumplimiento de estas deudas a los acreedores, el capital liquidado se va acabando. Mientras que, una vez dentro del proceso de liquidación judicial todos los acreedores buscan la forma de exprimir el patrimonio del deudor hasta el mayor punto que puedan extinguir el mayor número de obligaciones.

15. Noción básica del proceso dentro de un trámite de insolvencia

El proceso como instituto jurídico, conceptualmente, es definido como aquel conjunto de actos coordinados y ejecutados por las autoridades jurisdiccionales¹⁴ con la pretensión de obtener, según la ley aplicado a un caso concreto, la declaración y defensa o la realización coactiva de los derechos de las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (asuntos laborales, civil y administrativo), para la prevención y represión de conductas punibles y contravenciones (asuntos penal) y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y de la dignidad de las personas en todos los casos . (DEVIS, 2015, pág. 137).

La Constitución Política de Colombia entendida como norma jurídica, contiene en su artículo 29 el derecho de defensa como núcleo esencial del debido proceso, la voluntad del constituyente con la inclusión de esta disposición normativa se encuentra racionalizada por cuanto toda persona tiene una herramienta aplicable a cualquier procedimiento relevante para el derecho, además de guardar armonía con el principio de igualdad, ese artículo normativo tiene la categoría de fundamental y de inmediata protección reforzada garantizado mediante la acción de tutela; aunado, el derecho procesal en consonancia con las reglas sustanciales revestidas mediante una gama de prescripciones normativas de orden público, son el criterio por medio del cual se tramitan la Litis de los sujetos con pretensiones opuestas, con lo anterior se quiere indicar que dado la irradiación constitucional del sistema jurídico, debe haber congruencia y corresponsabilidad entre la materialización de los derechos fundamentales, civiles y políticos.

¹⁴ Funcionarios con función jurisdiccional

Teniendo en cuenta los principios constitucionales que fundamentan el proceso judicial colombiano, sin las mayores elucubraciones se puede afirmar que el trámite de insolvencia regulado en la Ley para personas naturales comerciantes y no comerciantes según el Código General del Proceso, son en estricto sentido procesos judiciales, por lo tanto le son aplicables las normas adjetivas, sustanciales y constitucionales que rigen la materia, pues las normas jurídicas que conforman el derecho positivo pueden ser violadas, entonces surge el derecho procesal como instrumento jurídico para la defensa de los derechos mediante el procedimiento legal con garantías (DEVIS, 2015, pág. 6) que con ropaje constitucional propende por brindar garantías al restablecimiento de derechos y la tutela judicial de los mismos, es así como los derechos y obligaciones que de ellas emanan son de orden público, de ahí la importancia del derecho procesal como criterio de razonabilidad, regulatoria de los efectos de estas violaciones como también el restablecimiento de derechos y situaciones jurídicas afectadas dentro de un proceso.

16. Tipos de eficiencia en los procesos de insolvencia desde la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional CNUDMI/UNCITRAL

Como se abordó en el acápite del Marco teórico del presente trabajo, es necesario volver al texto allí referido, relacionado con el concepto dado para la eficiencia de un proceso concursal y que se decía, que puede ser definida en tres formas según nos lo explican los doctrinantes López, Torre & Sanfilippo, pero en esta ocasión se adicionan gráficas específicas para analizar el contexto así:

“Eficiencia ex ante:

La eficiencia ex ante trata de evitar que el deudor tome decisiones en contra de los intereses de los acreedores, incentivando el cumplimiento o satisfacción de la deuda. Consiste en maximizar el valor obtenido por los acreedores propiciando la aparición de mecanismos para que los acreedores ejerzan una actividad de control sobre las actuaciones de la empresa (Cornelli y Felli, 1997). De esta forma, la legislación afecta los incentivos de las distintas partes implicadas al tomar sus decisiones, antes incluso de que exista cualquier indicio de dificultades financieras. La regulación concursal tiene dos efectos principales sobre el comportamiento ex ante de todas las empresas. Al primero se le denomina efecto "castigo" para los directivos cuando la empresa entra en el procedimiento concursal, y que les estimula a tomar decisiones con el objetivo de evitar que la empresa llegue a tener problemas de insolvencia. Por otro lado, las disposiciones de la ley concursal afectarán el coste de financiación para todas las empresas que operan en el mercado, por su efecto sobre el riesgo de los aportantes de fondos ajenos. Un correcto funcionamiento del mercado de crédito penaliza a aquellas empresas que no hacen frente a sus obligaciones de pago, penalización que puede afectar a los accionistas y a los directivos de la empresa insolvente.

Eficiencia intermedia

Incluso bajo una política concursal completamente orientada a la consecución de la eficiencia ex ante resulta inevitable la existencia de dificultades financieras en determinadas empresas, que también se verán afectadas por la normativa concursal, antes de producirse la declaración legal de insolvencia, aunque el número de ellas se verá afectado por la política concursal y su eficiencia ex ante. La eficiencia intermedia trata de maximizar el valor de las empresas con dificultades financieras antes de que declaren su situación de insolvencia.

Antes de producirse la entrada en el procedimiento, se pueden manifestar distintos comportamientos ineficientes por parte de los directivos de la empresa: los problemas de sobreinversión, subinversión y el retraso en la entrada en el procedimiento.

En esta fase pueden aparecer problemas por decisiones subóptimas de inversión, debido a la existencia de imperfecciones en los mercados de capitales, tales como la asimetría en la información y los costes de agencia. Es decir, puede ocurrir que no todos los proyectos rentables sean llevados a cabo (subinversión) o que se realicen proyectos excesivamente arriesgados, con un valor actual neto negativo (sobreinversión).

De manera gráfica se pueden observar cuáles son los conflictos existentes entre los stakeholders de la empresa que llevan a la existencia de estas decisiones subóptimas de inversión (ver [figura 1](#)).

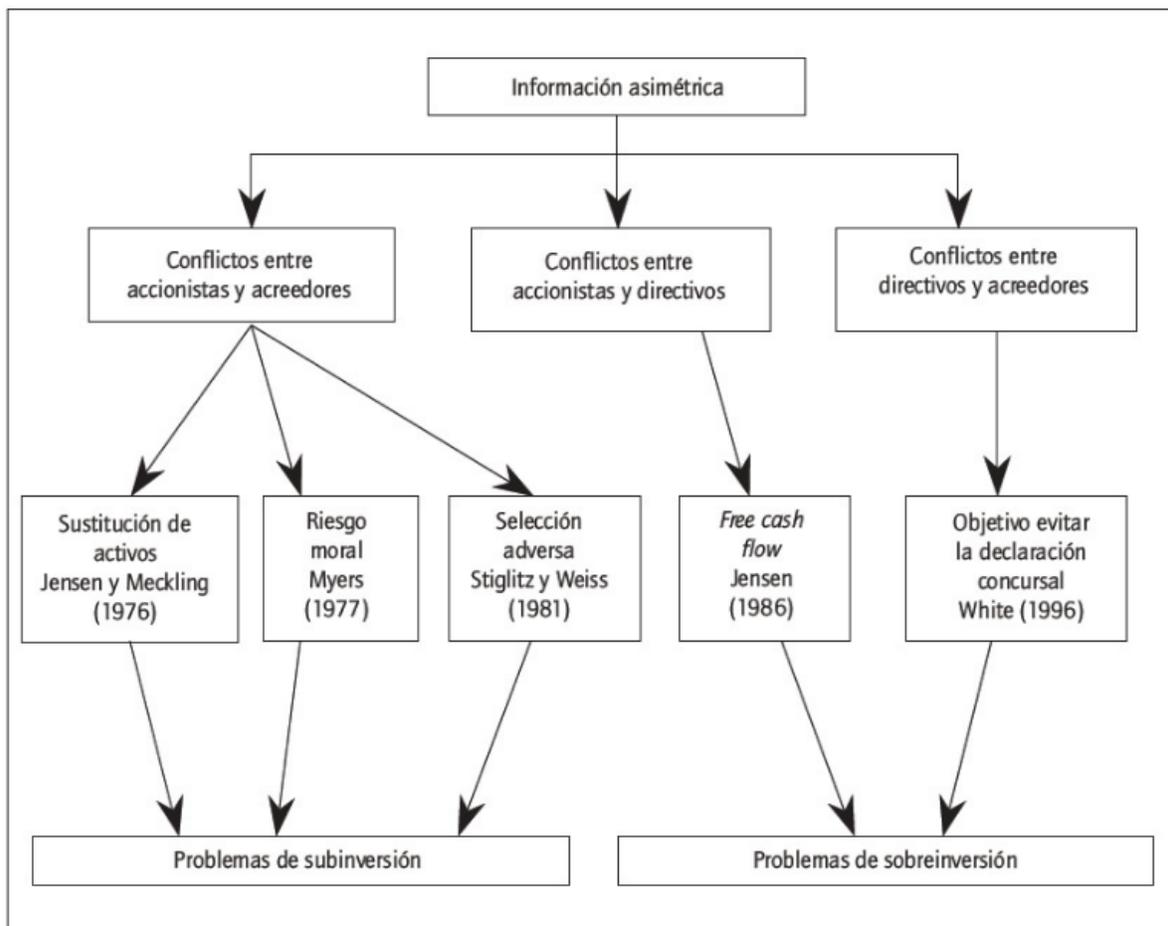


Figura 1

Por un lado, existen problemas de subinversión, es decir, que no se lleven a cabo proyectos de inversión que tienen un valor actual neto positivo. En este caso, la empresa emite deuda con el objeto de financiar la realización de un proyecto, con un vencimiento posterior al de la realización de la inversión. De esta forma, el verdadero valor del proyecto se revelará a los inversores con posterioridad a la formalización de sus contratos de deuda. Si el proyecto se financia a través de deuda, para que el accionista se beneficie con su realización no solo deberá generar una cantidad superior al valor de la inversión, sino que además tendrá que superar también el valor nominal de la deuda emitida, por lo que la empresa renunciará a ejecutar determinadas oportunidades de inversión rentables cuando los beneficios repercutan únicamente sobre los acreedores.

En la figura se observa que esta situación puede ser fruto de la existencia de problemas de riesgo moral (Myers, 1977), selección adversa (Stiglitz y Weiss, 1981) o el problema de sustitución de activos puesto de manifiesto por Jensen y Meckling (1976), derivados de conflictos entre los accionistas y los acreedores de la empresa.

Por lo que se refiere al riesgo moral, los accionistas pueden percibir que los acreedores se apropiarán del valor creado por la realización de una determinada inversión, debido a la prioridad de que gozan en caso de insolvencia, por lo que no tendrán ningún incentivo por realizarla cuando su valor actual neto sea menor que la cantidad total de deuda emitida por la empresa.

Además, se pueden encontrar con problemas de subinversión debido a la selección adversa, que hará que los acreedores exijan una mayor compensación si no son capaces de distinguir a priori la calidad de las diferentes alternativas de inversión.

Por último, el problema de sustitución de activos surge por el incentivo que tienen los accionistas a tomar excesivos riesgos, debido a su responsabilidad limitada, por lo que pueden destinar los fondos obtenidos en su financiación a proyectos más arriesgados de los que inicialmente habían sido comunicados a los acreedores. La existencia de información asimétrica después de realizados los contratos de deuda puede llevar a la aparición de subinversión, debido a un incremento en los costes

de financiación, problemas de racionamiento de crédito o establecimiento de límites a la decisión de inversión (Morgado y Pindado, 2003).

En la misma línea, aunque desde otra perspectiva, surgen los problemas de sobreinversión, es decir, que se realicen proyectos de inversión que no sean económicamente rentables, con un valor actual neto negativo. Este problema procede de los conflictos de intereses de los directivos con el resto de los stakeholders de la empresa, tanto con los accionistas como con los acreedores. En presencia de información asimétrica, los directivos pueden utilizar los flujos de caja libres[3] para llevar a cabo proyectos de inversión con un valor actual neto negativo, si eso favorece sus propios intereses, aunque pueda resultar perjudicial para el resto de los partícipes de la empresa (Jensen, 1986).

En este caso, cuando los acreedores prestan unos recursos financieros, lo hacen a cambio de un precio fijado en función del riesgo que la empresa tiene en el desarrollo de su actividad. Sin embargo, este nivel de riesgo puede ser modificado, una vez que los fondos son obtenidos, con la realización de proyectos de inversión más arriesgados que para los que, en un principio, se había obtenido la financiación. Si este hecho se produce, el precio exigido por los acreedores no se corresponderá con el que hubieran pactado si se conociese a priori ese incremento indiscriminado del riesgo.

La preferencia de los accionistas por proyectos de inversión más arriesgados se ha explicado en la literatura financiera por la consideración de las acciones como una opción de compra europea sobre la propiedad de la empresa, de tal forma que el accionista tendrá la posibilidad de recuperarla de manos de los obligacionistas, al vencimiento de la deuda, con un precio de ejercicio igual al principal de la deuda. De acuerdo con Black y Scholes (1973), el valor de esta opción de compra se va a incrementar con la varianza de los flujos de caja generados por la empresa, por lo que se produce una transferencia de riqueza de los obligacionistas hacia los accionistas. Dicha transferencia aparece porque los obligacionistas tienen derecho a recibir una remuneración fija, que no se va a incrementar con un aumento del valor de la empresa, mientras que se puede ver reducida si los recursos generados no

son suficientes para hacer frente al pago total requerido por los acreedores. En definitiva, si el empresario opta por la realización del proyecto de mayor riesgo, que beneficia a los accionistas, puede incrementar la probabilidad de insolvencia de la empresa, con lo que los acreedores se van a ver perjudicados.

Esta situación no va a plantear ningún problema si la decisión de inversión se toma con anterioridad a la realización del contrato de endeudamiento, puesto que el acreedor exigirá un precio por su financiación, acorde con el riesgo percibido de la realización de ese determinado proyecto de inversión. Sin embargo, en una situación de incertidumbre, con una clara existencia de información asimétrica a favor del empresario, y ante la existencia del riesgo moral por la incapacidad de desarrollar contratos que garanticen la ejecución del proyecto inicialmente pactado, el acreedor concederá los recursos siempre en las condiciones más desfavorables para la empresa, es decir, teniendo en cuenta que está prestando los fondos para la realización del proyecto más arriesgado. Esta anticipación será la única forma de evitar ser objeto de fraude por parte de los accionistas[4].

Estos problemas pueden verse agravados en las empresas con dificultades financieras antes de que se realice la declaración de insolvencia. Los problemas de subinversión se agravan porque los accionistas y directivos no tendrán incentivos para realizar proyectos de inversión rentables, si con ello no reducen la probabilidad de quiebra. Esto ocurre porque este tipo de proyectos reduce la variabilidad de los rendimientos de la empresa, mejorando únicamente la situación de los acreedores (White, 1996). Por otra parte, también los problemas de sobreinversión se pueden ver incrementados en las empresas con dificultades financieras, ya que los directivos tendrán fuertes incentivos para llevar a cabo inversiones excesivamente arriesgadas, si con ello evitan el inicio del procedimiento concursal. En este caso, si el proyecto finaliza con éxito, se consigue evitar, o al menos retrasar, la entrada en los mecanismos concursales, mientras que, si fracasa, la situación para los directivos no ha empeorado, siendo los acreedores los que soportan el coste de esa decisión.

Eficiencia ex post

La eficiencia ex post se conseguirá cuando, como resultado del procedimiento, se logre maximizar el valor de la empresa insolvente. Las empresas insolventes pueden atravesar diferentes situaciones. Aquellas cuyo valor de liquidación sea mayor que su valor como entidad en funcionamiento deberán ser liquidadas, mientras que el resto maximizarían su valor si se establecen las medidas necesarias para reestructurarlas y se les permite continuar. La existencia de asimetría en la información hace que no se pueda observar de manera inequívoca cuál es la situación real de la empresa, por lo que se pueden cometer dos tipos de errores: por un lado, se pueden reestructurar empresas que por su situación deberían haber sido liquidadas (error tipo I); por otro lado, se pueden liquidar empresas cuyo valor como entidad en funcionamiento es mayor que su valor de liquidación (error tipo II). De manera esquemática, se presentan estas dos situaciones en el figura 2.

FIGURA 2. Problemas de información y eficiencia ex post.

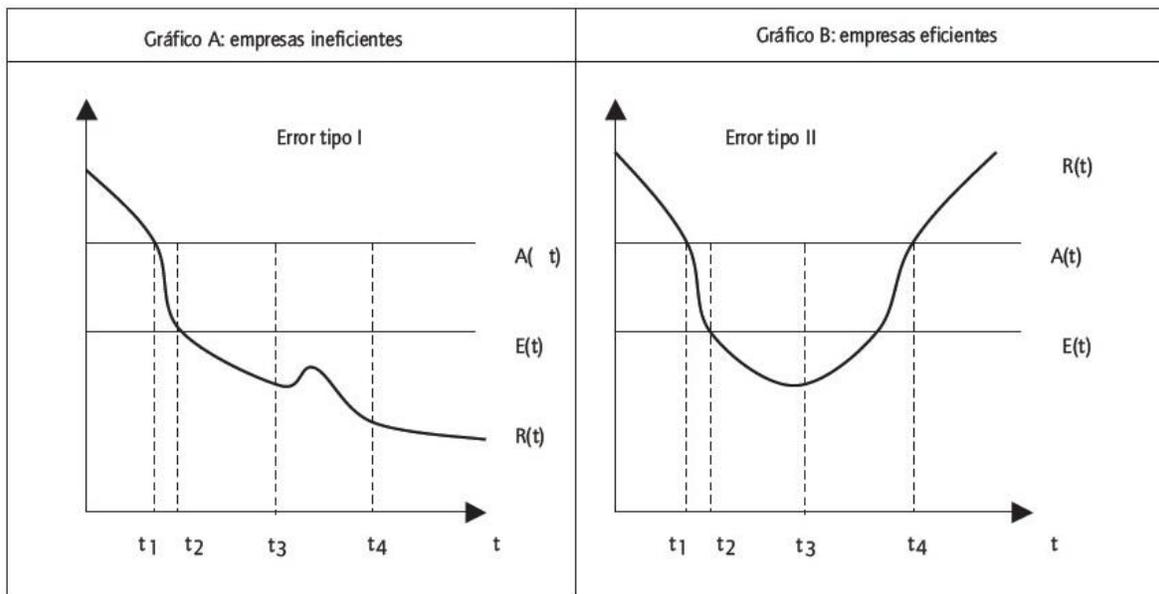


Figura 2

Se puede observar la evolución a lo largo del tiempo de las rentas generadas, $R(t)$, por dos tipos de empresas, las representadas en el gráfico A, que son económicamente ineficientes, y las del gráfico B, que son eficientes. $A(t)$ muestra el nivel de renta originado por el uso alternativo de los recursos de la empresa,

mientras que $E(t)$ representa los gastos generados por su actividad. Las rentas se van reduciendo a lo largo del tiempo, hasta el momento t_1 , a partir del cual existe una utilización alternativa de los recursos de la empresa, que resulta económicamente más eficiente. A partir del momento t_2 , ambos tipos de empresa comienzan a tener pérdidas, situación que, si no se corrige, finalizará con la entrada en un procedimiento concursal en t_3 .

En el momento en el que aparecen las dificultades financieras (entre t_2 y t_3), los inversores conocen los flujos de caja que la empresa ha venido generando en el pasado, pero solamente pueden realizar predicciones acerca de su comportamiento en el futuro, al desarrollar su actividad en un entorno de información incompleta (Wruck, 1990). Además, los distintos stakeholders están incentivados a presentar la información más conveniente para sus intereses, por lo que resulta extremadamente difícil determinar cuál es la verdadera situación de la empresa[5]. En este caso, las representadas en el gráfico A deberían ser liquidadas, mientras que las del gráfico B podrían ser reorganizadas y continuar en funcionamiento. El procedimiento concursal, por tanto, debe evitar que se produzcan errores en la calificación de la viabilidad de las sociedades, que llevan a soluciones ineficientes. Se puede producir un error en la identificación de empresas económicamente ineficientes, de tal forma que se les permita entrar en el procedimiento de reorganización, asumiendo que no va a ser posible su saneamiento, por lo que, únicamente, se consigue mantenerlas funcionando durante un período de tiempo más. También es posible que el procedimiento concursal no sea capaz de salvar empresas económicamente eficientes, pero que atraviesan por dificultades financieras, por lo que se produce un coste por la pérdida del valor de la empresa como entidad en funcionamiento. En este caso, el coste de cada una no reestructurada no depende de cuál sea la política concursal, puesto que es función de las propias características de la compañía. El error tipo II aparece siempre que se liquide una de estas empresas. Así, de todas las que entran en un procedimiento de reestructuración, no todas lo completan con éxito. El coste por errores tipo II depende tanto de cuál sea la efectividad de la política concursal identificando las

empresas eficientes, como de su capacidad para salvarlas mediante un procedimiento de reorganización.

Del anterior análisis de la eficiencia se deduce que el efecto que tiene la ley de quiebras sobre el comportamiento de la empresa puede variar en función de la situación económica y financiera de la misma. Esto provoca que medidas legales destinadas a aumentar el valor de las empresas sanas pueden reducirlo si estas tienen dificultades financieras o han entrado en un procedimiento de insolvencia. Teniendo claros los efectos que cada disposición va a tener en cada una de las fases por las que atraviesa la empresa, una regulación de insolvencia debería tratar de maximizar el valor de los activos en las tres situaciones anteriores (cuando no hay dificultades financieras, cuando las hay pero no se han declarado y cuando se ha declarado la quiebra). Esto supone tratar de ser eficiente desde el punto de vista ex ante, intermedio y ex post (White, 1996). Sin embargo, existe un efecto compensación, de manera que cuando se aumenta la eficiencia en un período, se puede reducir en los otros. Esta situación puede explicar la variedad de legislaciones en los distintos países, y el hecho de que no exista un patrón universalmente utilizado para su regulación.” (LÓPEZ-GUTIÉRREZ, TORRE-OLMO, & SANFILIPPO-AZOFRA, jul. 2011. ISSN 2248-6968.)

17. CONCLUSIONES

- El proceso de insolvencia de persona natural no comerciante no cumple con un grado de efectividad alto ni medio, ya que en el análisis de la norma, en ningún momento se establece que antes del inicio de cualquier proceso, se debe ahondar sobre los diferentes motivos que llevaron al deudor al incumplimiento de sus obligaciones, por lo que no se logra establecer el mecanismo más adecuado para su resolución, ya que en diferentes situaciones es válido concluir que por más condescendiente que

sea el acuerdo celebrado entre el deudor y el acreedor, éste primero puede no estar en las condiciones fácticas de cumplir el acuerdo.

- La eficiencia *ex ante* e *intermedia*, que todo procedimiento de insolvencia o concursal deben adoptar en términos de efectividad, resalta la importancia de los mecanismos de mercado que desde la teoría permiten identificar y comprender posibles soluciones al fenómeno que en sede judicial deberían ser examinados según las reglas de la eficiencia *ex post*.

- Dentro de los procesos de negociación de deudas y de liquidación judicial del patrimonio de los deudores, no se analiza la situación actual de estos para elegir la forma más adecuada para cumplir estas obligaciones sino que se establece unos acuerdos al arbitrio de los acreedores que de no ser cumplidos culminaran con la liquidación judicial del patrimonio del deudor.

- La legitimación por pasiva dentro del procedimiento de insolvencia es la manifestación pura de igualdad dentro de este mecanismo, ya que aporta la posibilidad de que todos los acreedores puedan ser parte de los procesos de negociación o liquidación patrimonial con el objeto de que sus obligaciones sean cumplidas.

Referencias:

- ATIENZA, M. (1996). *ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, el derecho y la justicia*.
MADRID: Trotta. S.A.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- DEVIS, E. H. (2015). *Teoría General del Proceso*. Bogotá D.c: Temis. S.A.
- Gutiérrez, C. L. (2008). Una aproximación teórica a la solución de los problemas de insolvencia empresarial. *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, 178.
- HARVEY, D. (2004). *El nuevo imperialismo*. Madrid. España: Akal.
- López-Gutiérrez, C. T.-O.-A. (2011). ¿ Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia. *Innovar*, 5.
- LÓPEZ-GUTIÉRREZ, C., TORRE-OLMO, B., & SANFILIPPO-AZOFRA, S. (jul. 2011. ISSN 2248-6968.). ¿ Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia. *Innovar*.
- OSPINA, F. G. (2008). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá D.C: Temis S.A.
- PERELMAN, C. (1988). *La Lógica Jurídica y la nueva retorica* . Civitas.
- UPRIMNY, R. &. (2014). *INTERPRETACIÓN JUDICIAL: módulo de autoformación* . Bogotá D.C.