

¿DECLARARSE EN INSOLVENCIA EMPRESARIAL? VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN TIEMPOS DEL COVID-19

JULIETA OCHOA HOYOS¹

INTRODUCCIÓN

El coronavirus, la guerra Rusia-irán por tumbar el precio del petróleo, el disparo de la tasa de cambio, el miedo, la exceso de información. Asistimos hoy a una crisis *sui generi* frente a la que nadie estaba preparado. Las soluciones tradicionales para superar la recesión económica parecen insuficientes. Y al sector legal se nos impone un desafío: hallar soluciones *razonables* y *moralmente deseables*. El modelo “*sálvese quién pueda*” pasó a la historia. O cooperamos o sucumbimos.

Pues bien, en este contexto muchos expertos, entre ellos el economista colombiano Mauricio Cárdenas Santamaría, coinciden en afirmar que para enfrentar una crisis de ésta naturaleza, cuya duración puede oscilar entre 3 y 12 meses², se deben tomar dos acciones económicas urgentes: evitar la quiebra de las empresas y el colapso de las entidades del sector financiero (bancos, cooperativas, etc).

El llamado del gobierno a los sectores empresarial y financiero ha sido claro: estabilidad laboral y flexibilización del crédito, respectivamente.

Surge entonces para los abogados un interrogante ¿cuáles son las herramientas legales más útiles y eficientes para superar la crisis empresarial? Para responder a este interrogante debemos partir de una premisa: las herramientas pueden ser útiles pero ninguna es, de cara a ésta crisis, infalible.

En este breve ensayo, hemos decidido analizar una de las soluciones clásicas para la empresa en crisis: *la declaratoria de insolvencia*, específicamente, lo que nuestro derecho concursal denomina “*acuerdos de reorganización empresarial*”, cuyo reglamentación se encuentra recogida en la Ley 11116 de 2006³. Y la pregunta que queremos resolver es la siguiente ¿Qué ventajas y desventajas ofrecen

¹ Abogada de la Universidad Eafit. Litigante y Consultora. Docente Universitaria. julietaochoa@reservalegal.co.

² Duración, entendida como el periodo de tiempo en el que el impacto de la crisis se sentirá con más fuerza.

³ Preciso es advertir que muchas de las conclusiones que aquí se plantean son -con ciertos matices- igualmente aplicables a los *acuerdos extrajudiciales de reorganización empresarial*. Dicha figura, a diferencia de los *acuerdos de reorganización empresarial* que aquí estudiaremos, nacen no del acuerdo entre acreedores y bajo la dirección de un juez; sino directamente del acuerdo entre el deudor y sus acreedores externos.



los acuerdos de reorganización empresarial para superar la crisis producida por la pandemia del coronavirus?

JUSTIFICACIÓN

¿Por qué estudiar el régimen de reorganización empresarial? ¿Por qué tomar partido por las herramientas del derecho concursal? Por varias razones:

En primer lugar, porque la búsqueda de las herramientas legales para enfrentar esta coyuntura tiene que jugar con 2 variables. Las que los griegos llamaron *kronos* y *kairos*: Kronos, entendido como el transcurso del tiempo necesario para surtir un procedimiento y obtener un resultado esperado. Kairós, entendido como el momento oportuno para tomar la decisión que permita al empresario enfrentar una crisis, resolver sus dificultades de liquidez y conservar la confianza de sus acreedores e inversionistas.

En esta coyuntura el tiempo es nuestro mayor desafío: o se actúa o se quiebra. No hay punto medio y los procesos de insolvencia, al menos desde un punto de vista formal, tienen la virtud de alinear aquellas variables: procedimientos eficientes para evitar la quiebra.

En segundo lugar, la finalidad del derecho concursal, y por ende, de los acuerdos de reorganización tienen mucho en común con el llamado actual del gobierno a la cooperación empresarial. Aquellos no sólo impiden que las empresas quiebren sino que mantienen los pilares de la economía contemporánea: la empresa y el empleo⁴.

En tercer lugar, porque tal y como lo describe acertadamente una máxima empresarial, *la quiebra comienza por la iliquidez*. Según las estadísticas⁵, las pymes sólo tiene efectivo o liquidez para atender obligaciones en una media de 27 días. Si la crisis del COVID-19 puede extenderse por un periodo que oscila entre 3 y 12 meses, la quiebra aparece *ipso facto*.

En cuarto lugar, la reorganización empresarial tiene como presupuesto empresas *viabes* pero en *crisis*. Antes de la pandemia muchas de nuestras empresas eran viables en términos financieros, comerciales

⁴ Una de las grandes virtudes de la ley de insolvencia colombiana tiene que ver con su éxito para conservar el empleo. Calidad que ha sido reconocida por actores como el Banco Interamericano de Desarrollo y legislaciones foráneas que han tomado como modelo de referencia la ley 1116 de 2006. Sobre el particular se puede consultar, Cardona Ciceri, Yhon Favier (2016). Nivel de Alcance de la Ley 1116 de 2006 sobre las empresas en reorganización en el periodo 2007 al 2013.

⁵ Sobre el particular, se puede revisar el estudio adelantado por la firma JP Morgan Chase & Co.



y operativos. Sin embargo, con la llegada del virus muchas de ellas han entrado en un profundo estado de crisis.

Por último, hoy algunos de los sectores más afectados son los mismos que suelen acudir a los procesos de insolvencia: comercio, agro, manufactura y construcción. En cifras⁶, son las pequeñas y medianas empresas vinculadas a éstos sectores las que en mayor medida se someten a los procesos de reorganización empresarial. De ellas, alrededor del 50% no sólo se recuperan sino que salen fortalecidas porque en dichos procesos se reestructura el servicio de la deuda pero también la organización en general.

Todas estas razones justifican que se analice en detalle el régimen de reorganización empresarial como estrategia para superar la crisis del COVID-19.

EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL⁷

Analicemos brevemente las características de un proceso de reorganización empresarial:

- 1) ¿En qué consiste?** Es un instrumento concebido para la *recuperación* de una empresa *viable* pero en *crisis*.

La recuperación se materializa a través de la suscripción de un acuerdo entre los acreedores del deudor que impone a éste una serie de obligaciones; genera ciertos efectos sobre la empresa, sus bienes y sus créditos; y es implementado bajo la aquiescencia de un juez (superintendencia de sociedades o el juez natural del domicilio del deudor).

Así, el objetivo consiste en la protección del crédito, la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y como fuente generadora de empleo.

- 2) Duración promedio del procedimiento.** Surtir las etapas del proceso puede tardar aproximadamente entre 24 y 32 meses. Éste tiempo se refiere al procedimiento en sí mismo

⁶ Sobre cifras, se puede consultar el último informe publicado por la Superintendencia de Sociedades “Insolvencia en Colombia, cifras y datos a junio de 2019”, disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Paginas/publicaciones.aspx

⁷ Para profundizar sobre el tratamiento legal de la figura, se recomienda los estudios del jurista Álvaro Isaza Upegui y Álvaro Londoño Restrepo, contenidos en el texto “Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial - Ley 1116 del 2006”. Legis Editores S.A. 2a edición. Bogotá D.C. (2008).



considerado, pues las obligaciones que de allí surgen, como por ejemplo, el tiempo para el pago del pasivo de la empresa puede diferirse hasta por un periodo de 10 años.

3) ¿Quiénes pueden acceder?

- (i) Personas naturales comerciantes.
- (ii) Personas jurídicas civiles o comerciales no excluidas, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional de carácter privado o mixto.
- (iii) Sucursales de sociedades extranjeras.
- (iv) Patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno nacional.

4) Causales. Son dos los presupuestos que permiten acceder a un proceso de reorganización empresarial:

a. Cesación de pagos. Ésta causal se presenta cuando se dan todos y cada uno de los siguientes supuestos:

- (i) Se incumple el pago de dos (2) o más obligaciones;
- (ii) El incumplimiento se predica de dos (2) o más acreedores;
- (iii) Las obligaciones están relacionadas con el giro ordinario de los negocios del deudor;
- (iv) Las obligaciones están vencidas por más de 90 días, y
- (v) El valor acumulado de las obligaciones vencidas representen el 10% o más del pasivo total a cargo del deudor.

b. Incapacidad de pago inminente. A diferencia de la anterior, esta causal no parte de la base de un incumplimiento de las obligaciones, sino de circunstancias (internas o externas a la empresa) que *razonablemente* puedan afectar en forma *grave* el cumplimiento de las obligaciones. Bajo esta causal, el empresario no tiene que esperar a que la situación sea dramática sino que basta el grave riesgo.

Para el tema que aquí nos ocupa, ésta causal es muy importante. El estado de emergencia decretado por el gobierno como consecuencia de la pandemia, el aumento del precio del dólar, la crisis petrolera o el déficit fiscal, son circunstancias externas que pueden afectar gravemente el cumplimiento de las obligaciones de la empresa y llevarla a la quiebra.



5) Otros presupuestos de admisión: Además de acreditar uno de los presupuestos anteriores, la empresa que presente solicitud de reorganización debe cumplir con otros requisitos, siendo los más relevantes los siguientes:

(i) No haberse vencido el plazo para evitar las causales de disolución que trae el código de comercio sin haber adoptado medidas para subsanarlas.

(ii) Llevar la contabilidad regular de sus negocios conforme la ley.

(iii) Si la empresa tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales.

(iv) Si se tiene pasivos por retenciones obligatorias a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social; el deudor puede acceder al proceso de reorganización. Pero para que el acuerdo de reorganización sea confirmado es requisito estar al día frente a dichas retenciones⁸.

(v) Diseñar un plan de negocio. Se refiere a la reestructuración de la empresa no sólo en términos financieros, sino organizacionales, operativos y/o de competitividad, que conduzcan a la solución de las razones que llevaron a la crisis empresarial.

Sobre el diseño del plan de negocio, quisiéramos hacer un paréntesis para la siguiente reflexión:

Uno de los factores, sino el más importante, para que un proceso de reorganización sea exitoso, es el diseño de un buen plan de negocio. Lamentablemente, la Ley 1116 de 2016 no exige un examen de fondo sobre el particular. Si bien contiene dentro de los requisitos para acceder al proceso, que el empresario diseñe un plan de negocio en el que proyecte cómo manejará su negocio en los próximos años y a todos los niveles (comercial, operativo, financiero, contable, jurídico, entre otros); el juez no hace un examen material del mismo para verificar si lo que allí se establece es viable desde un punto de vista empresarial y correcto desde un punto de vista técnico.

⁸ Sin perjuicio de las acciones penales o de cualquier otra índole a que hubiere lugar, la ley 1116 de 2006 permite acceder al proceso aún en caso de no estar al día en las retenciones obligatorias que se acaban de mencionar.



Cuando se adelanta un proceso concursal sin un adecuado plan de negocio que, dicho sea de paso, exige la conformación de un grupo de trabajo interdisciplinario entre abogados, financistas, negociadores y analistas, el proceso de reorganización empresarial termina siendo el alargamiento innecesario de la agonía y la quiebra.

(vi) Establecer un proyecto de calificación y graduación de créditos y de determinación de derechos de voto que le correspondan a cada acreedor.

(vi) Diseñar un flujo de caja para atender el pago del pasivo. Éste requisito se refiere a un flujo de caja proyectado que demuestre cómo es el que el empresario generará recursos para atender la totalidad del pasivo a reestructurar.

- 6) Efectos de la reorganización empresarial.** La principal consecuencia de todo proceso de reorganización empresarial es que permite que la compañía siga operando en condiciones de poder desarrollar su actividad, pero con pleno conocimiento de que deberá responder con todos sus activos a sus acreedores dentro del proceso y no separadamente, en diferentes estrados judiciales. De esto resulta, ante todo, un efecto estratégico porque la totalidad del pasivo de la empresa queda congelado, pero todo su movimiento de caja sigue existiendo. Es como empezar de cero.

Ahora, de manera particular algunos de los efectos más relevantes son los siguientes:

- Todos los procesos de cobro (judiciales o no) deben ser atendidos únicamente dentro del trámite de insolvencia. De esta manera, el empresario se libera de atender muchos procesos ante diferentes estrados judiciales, pues todos quedan concentrados bajo la tutela de la superintendencia de sociedades o del juez del concurso; quien además puede decidir si levanta o mantiene medidas cautelares, embargos, aprehensión de bienes, entre otros.
- La empresa no puede disponer de sus activos (venderlos, donarlos, entregarlos en garantía) ni celebrar contratos, negocios, conciliaciones, arreglos y demás por fuera del giro ordinario de sus negocios; salvo autorización del juez.
- Ningún proveedor o acreedor puede terminar los contratos celebrados con el deudor. Ésta disposición es especialmente útil en una crisis como la actual en la que resulta indispensable mantener el abastecimiento y las cadenas de suministro.
- Se interrumpe la prescripción de las obligaciones existentes a la fecha de iniciación del proceso de reorganización.



- A nivel tributario, el deudor -empresa- no está sometido al pago del impuesto de renta presuntiva durante los tres primeros años contados a partir de la confirmación del acuerdo; así como tiene derecho a solicitar la devolución de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta que se le hubiere practicado por cualquier concepto desde el mes siguiente a la confirmación del acuerdo y por un período máximo de tres años.
- En cuanto a las garantías constituidas por el deudor, éstas no podrán hacerse efectivas durante la vigencia del acuerdo.

VENTAJAS DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EN TIEMPOS DEL COVID-19

En términos de política pública, el proceso de reorganización permite conservar el empleo y la empresa como bastión de la economía. Si ello es así, ésta herramienta concursal permite que la desaceleración económica que experimentaremos por cuenta del coronavirus, no se agudice a tal punto que la recuperación general de la economía nacional sea en el tiempo más lenta y dolorosa.

Ahora bien, en asuntos más específicos, algunos de los requisitos para acceder al proceso de reorganización y a la aprobación del acuerdo concursal pueden resultar más fáciles de cumplir con las medidas laborales, financieras y tributarias que ha implementado el gobierno con la declaratoria de emergencia provocada por el coronavirus.

Así por ejemplo, exigir a una empresa en grave riesgo de quiebra, que se encuentre a paz y salvo en las retenciones obligatorias a favor del fisco, en el pago de seguridad social, o en sus obligaciones como comerciante (registro mercantil actualizado, entre otras); son verdaderas barreras para acceder a los beneficios del acuerdo recuperatorio.

Sin embargo, algunas de las medidas que ha tomado el gobierno desde mediados de marzo (como el aplazamiento en el cumplimiento de la renovación de la matrícula mercantil), y las que se espera que tome (como la modificación de los términos o de las condiciones de las obligaciones fiscales de los contribuyentes o de los pagos de aportes de parafiscales de la seguridad social por parte del empleador) pueden facilitar el acceso al proceso de reorganización.

Y por último, en términos de gestión empresarial, la principal ventaja de un proceso de reorganización es que le permite a la empresa seguir operando a pesar de su dificultad para atender el pasivos pero con la promesa de que al culminar el proceso, toda su operación saldrá fortalecida.



En efecto, al diseñar y ejecutar un proceso de reorganización exitoso la empresa accede a una preciosa oportunidad: evaluar y corregir las causas que lo llevaron a la crisis.

Ésto es especialmente relevante para atender una coyuntura como la actual, en la que la mayoría de empresas han descubierto que no tienen una organización operativa y financieramente estable; que no poseen una diversificación de líneas de mercado, estrategias de innovación o tecnología, cadenas de abastecimiento estables; y quizá lo más grave, que jamás implementaron un plan de negocio que incluyera estrategias de gestión en caso de crisis.

Así las cosas, desde un punto de vista de política pública y de dirección empresarial, el proceso de reorganización saca una amplia ventaja frente a otras herramientas legales.

DESVENTAJAS DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EN TIEMPOS DEL COVID-19

La literatura y la experiencia sobre el tema evidencian algunas defectos del proceso de reorganización que se convierten en desventajas a la hora de emplear esta herramienta como solución a una crisis empresarial. Desde nuestra perspectiva, todas estas desventajas se *acentúan* con la coyuntura generada por el COVID-19. Veamos:

En primer lugar, en términos puramente técnicos, el requisito de la presentación de un flujo de caja para acceder al trámite de insolvencia es prácticamente imposible de realizar. Es bastante difícil diseñar una proyección a 12, 24 o 36 meses de un flujo de caja para atender el pasivo cuando se avecina un periodo de total incertidumbre. Paradigmas, cifras, estadísticas, pronósticos, todo lo que hasta hoy utilizaban los analistas y economistas para hacer sus proyecciones fueron puesto a prueba por la pandemia con un resultado desalentador y aparecen hoy como elementos de una simple bola de cristal.

En cuestión de costos, por ejemplo, el proceso de insolvencia puede ser hoy muy difícil de sufragar. Los gastos de abogados, de expertos asesores, así como los honorarios de los promotores son muy altos.

Desde un punto de vista de autonomía, el proceso de reorganización limita drásticamente las decisiones que el empresario puede tomar. Contratos, acuerdos y garantías deben tener el visto bueno del juez.



Ésta cuestión, ampliamente criticada por la doctrina y por los propios empresarios, genera un alto riesgo de llevar a la quiebra la empresa. En medio de la crisis del COVID-19, en la que ni los expertos ni el propio empresario tienen criterios para tomar decisiones acertadas, mucho más difícil lo será para un juez que carece de los recursos, experticia o conocimientos necesarios⁹.

En segundo lugar, las dos variables mencionadas al comienzo de este estudio, el *kronos* y el *kairos* no son ponderables. Si antes un trámite de reorganización podía oscilar entre 24 y 36 meses y los procesos que culminaron de forma exitosa (con la recuperación de la empresa) obedecían, en parte, porque la decisión del empresario se tomó de forma oportuna. Hoy, la crisis del COVID-19 ralentiza el tiempo para surtir el procedimiento y para tomar oportunamente la decisión de someterse al proceso concursal.

Por un lado, todos los órganos del Estado trabajarán a media marcha, entre ellos, la supersociedades y los juzgados encargados de vigilar y atender el trámite concursal. Por otro lado, el aislamiento social hace casi imposible crear el entorno para suscribir un acuerdo de reorganización (*piénsese por ejemplo*, en la dificultad para convocar reuniones con acreedores o proveedores.). Además, los efectos de la crisis sobre la viabilidad de la empresa corren a un ritmo casi imposible de alcanzar. Cuando el empresario tome la decisión de acceder a una solución concursal, es bastante probable que ya su empresa no sea viable y por ello, imposible de recuperar.

Y finalmente, se encuentra el tema crediticio y de imagen que tanto -y con razón- preocupa al empresario. Si en tiempos no-crisis, el banco y el sector financiero ven con desdén al deudor que decide someterse a un proceso concursal. Hoy, las probabilidades de que la empresa cuente con éstas fuentes externas de financiamiento se reducen a casi cero. Salvo, claro está, que la pandemia haya generado un verdadero cambio en la balanza que sostiene el sector financiero, inclinada siempre hacia la protección y normalización de sus activos más que a la cooperación solidaria con sus clientes.

RECOMENDACIONES

Si después de analizar el panorama que se acaba de presentar, el empresario considera que el proceso de reorganización es una solución adecuada para su organización porque cuenta con los *recursos* y el *tiempo* para hacerlo; las siguientes son algunas recomendaciones que permitirán un resultado exitoso, reflejado no sólo en la recuperación de la crisis sino en el fortalecimiento global de la empresa:

⁹ Para profundizar sobre los límites a la autonomía del empresario, recomendamos los estudios basados en el Análisis Económico del Derecho. Según éstos, la no aplicación de la regla de la discrecionalidad (o *business judgment rule*, por su denominación en inglés) a casos de insolvencia trunca las posibilidad de recuperación de la empresa en crisis.



1. Diseñe un adecuado plan de negocios. Recuerde que una de las claves para que la reorganización empresarial funcione y no sea una simple prolongación hacia la quiebra, consiste en diseñar un plan integral de recuperación que llegue a todos los frentes: el financiero, el operativo y el comercial.
2. Implemente un código de buen gobierno corporativo. Le será muy útil cuando se avecine una nueva crisis.
3. Planee minuciosamente las fuentes de financiación que empleará una vez ingrese al proceso de reorganización; porque posiblemente muchos sectores le cerrarán las puertas.
4. Dialogue con los proveedores. Detecte al proveedor “insustituible” para que se convierta en el aliado de su empresa.
5. Sea honesto con sus acreedores. Honre su palabra y no utilice la insolvencia para defraudar el crédito.
6. No tarde en tomar la decisión. La ley de insolvencia, pero especialmente la crisis del COVID-19, castiga al empresario que inactivo.
7. Tome decisiones no solo ajustadas a las *leyes del mercado* sino *moralmente deseables*, que hablen en clave de solidaridad y cooperación.

