

Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de sociedades en los procesos concursales¹

Judicial functions of the Comptroler Institution in bankruptcy proceedings

Recibido: Abril 2012 Evaluado: Junio 2012 Aceptado: Diciembre 2012

Andrés Eduardo Benítez Sierra

Abogado

Universidad de San Buenaventura

Seccional Medellín

andreseduardobenitezsierra96@yahoo.es

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo estudiar las funciones jurisdiccionales que asume la Superintendencia de Sociedades en los procesos concursales de reorganización o concordato y de liquidación judicial o liquidación obligatoria, para lo cual, en primer lugar, se desarrollará el concepto de jurisdicción, como segundo, se harán algunas precisiones sobre la Superintendencia de Sociedades que permitirán conocer sus funciones principales, en tercer lugar, se estudiarán las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en los procesos concursales de la ley 1116 de 2006, la cual derogó el título II de la ley 222 de 1995 y mantuvo vigente la ley 550 de 1999 hasta por seis (6) meses como lo preceptúa el artículo 126 de la ley 1116 de 2006; en cuarto lugar se harán dos referencias de derecho comparado y, por último, se formulará una propuesta a manera de conclusión.

Palabras claves: Estado. Jurisdicción. Superintendencia de Sociedades. Procesos concursales.

Summary

This article aims to study the judicial duties assumed the Superintendency of Companies in bankruptcy proceedings and reorganization or judicial liquidation concordat or compulsory liquidation, for which, first, will develop the concept of jurisdiction, and second, there will be some details on the Superintendency of Companies which disclose its main functions, thirdly, we will study the judicial functions of the Superintendency of Companies in bankruptcy proceedings, Law 1116 of 2006, which repealed title II of the Act 222 of 1995 and remained in force the law 550 of 1999 for up to six (6) months as stated in article 126 of Law 1116 of 2006, fourth will comparative law two references and, finally, make a proposal in conclusion.

Keywords: State. Jurisdiction. Superintendency of Companies. Bankruptcy proceedings.

¹ Este artículo se deriva de una investigación realizada como Trabajo de Grado. El autor agradece la asesoría de la profesora Carolina Osorno, del profesor Hugo Nelson Castañeda y del profesor Jaime Arcila. Así mismo, el autor extiende un agradecimiento a los y las evaluadoras de la revista por las apreciaciones y correcciones recibidas.

Introducción

El tema de este artículo consiste en demostrar cuales son las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en los procesos concursales en Colombia, y reflexionar acerca de si es o no conveniente para nuestro Estado Social de Derecho que la Superintendencia de Sociedades tenga funciones jurisdiccionales.

Con este fin, comenzaré por recordar algunos conceptos de Estado. Para Adolfo Posada (Citado en Younes:2005) define el Estado como “Una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política” (Posada, citado en Younes:2005). Para Porrúa (Citado en Naranjo, 2006:83) el Estado “...es la manera de ser o de estar construida políticamente una comunidad humana.” (Porrúa, citado en Naranjo, 2006:83). El historiador, político y teórico Italiano Nicolás Maquiavelo manifestaba sobre el particular que “Todos los Estados bien gobernados y todos los príncipes inteligentes han tenido cuidado de no reducir a la nobleza a la desesperación, ni al pueblo al descontento.” (Maquiavelo: 1999, recuperado 28 de agosto de 2012). Para Biscaretti Di Ruffia (Citado en Naranjo, 2006:82) el Estado se define como “ente social que se forma cuando en un territorio determinado se organiza jurídicamente en un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno” (Biscaretti Di Ruffia citado en Naranjo, 2006:82).

Ahora bien, en mi concepto, el Estado es un ente social, político y territorialmente organizado, que tiene como objeto el bienestar de una población determinada. Para que este exista deben existir una serie de obligaciones y derechos entre la población y aquellos que administran el Estado.

De acuerdo con lo anterior, el Estado está conformado por una sucesión de elementos que permiten vislumbrar una división de poderes, a saber, el poder o soberanía, el

territorio y la población. Cada rama del poder tiene funciones claramente determinadas y no se impone sobre las funciones de las demás, sin embargo, específica y excepcionalmente, cada una de las ramas del poder público ejerce funciones que en principio corresponden a alguna otra de las ramas, pues en un principio la absoluta independencia generó una falta de control que derivó en diversos abusos de autoridad, problema que se resolvió estableciendo que cada rama tuviera funciones sobre la otra, lo cual evitaría el abuso. Para una mejor comprensión se explicará de la siguiente forma: la rama ejecutiva tiene funciones que ejerce excepcionalmente, como legislativas y judiciales, al igual que la rama legislativa ejerce funciones administrativas y judiciales y la judicial ejerce funciones administrativas y legislativas, en un sentido amplio.

En efecto, una de las funciones jurisdiccionales que posee la rama ejecutiva es ejercida a través de la Superintendencia de Sociedades, la cual consiste en la potestad que tiene para dirimir los conflictos que se susciten en los procesos concursales de reorganización y liquidación judicial determinados en la ley 1116 de 2006; procesos que anteriormente eran denominados de concordato y liquidación obligatoria en la ley 222 de 1995, ya derogada.

El presente artículo tiene como objetivo estudiar las funciones jurisdiccionales que asume la Superintendencia en los procesos concursales citados para lo cual, en primer lugar, se desarrollará el concepto de jurisdicción, como segundo, se harán algunas precisiones sobre la Superintendencia de Sociedades que permitirán conocer sus funciones principales, en tercer lugar, se estudiarán las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en los procesos concursales de la ley 1116 de 2006, la cual derogó el título II de la ley 222 de 1995 y mantuvo vigente la ley 550 de 1999 hasta por seis (6) meses como lo preceptúa el artículo 126 de la ley 1116 de 2006; en cuarto lugar se harán dos referencias de derecho

comparado y, por último, se formulará una propuesta a manera de conclusión.

1. ¿Qué es la Jurisdicción?

En este punto se presentara muy someramente el concepto de jurisdicción, que para el desarrollo del presente artículo es pertinente atendiendo las razones de que la jurisdicción es un concepto que alude hoy en día a la rama judicial en nuestro Estado Social de Derecho. Para ello se emplearán tres conceptos sobre jurisdicción y posteriormente se expondrá un concepto unificado del mismo como conclusión.

Ahora bien, se tiene que la jurisdicción es una alocución proveniente del latín iuris que significa “decir o declarar el derecho” (Guzmán, 2007:52), esta consiste en el poder que tiene el Estado a través de la rama judicial representada en tribunales para otorgar derechos y obligaciones. Al respecto, Chioventa define la jurisdicción como "el actuar voluntario expresado en la ley a través de órganos públicos con el fin de cumplir lo establecido en esta". (Quintero y Prieto, 2000: 166).

Carnelutti "...ve en la jurisdicción la justa composición de los litigios, entendiendo por litigio todo conflicto de intereses traído a un proceso, regido por el derecho y por la justicia," [...](Quintero y Prieto, 2000: 166).

Montaño Bedoya manifiesta sobre la jurisdicción judicial lo siguiente:

La jurisdicción judicial, debe reconocerse desde actos de decir el derecho, encarnados en el ejercicio de las tutelas judiciales: declarativa o cognoscitiva, ramificada en pura, constitutiva y de condena; la ejecutiva y una cualquiera de ellas acompañada de la cautelar [...]. (Montaño, Bedoya 2005: 53).

En ese orden de ideas, hay que decir que los autores citados coinciden en que la jurisdicción concierne a un órgano público o poder público, que se da a través de procesos en derecho y que se ejecuta mediante sentencias o fallos judiciales. En conclusión, la jurisdicción es aquella en la que el Estado

ejerce su potestad jurídica a través de órganos que tienen como función proteger unos derechos consagrados en la Constitución y las leyes.

Ahora bien, se tiene que la jurisdicción puede ser judicial o administrativa, generalmente la judicial es aquella que ejercen los tribunales y juzgados y la administrativa es aquella que busca la satisfacción de las necesidades generales de forma directa y permanente con sujeción a las normas vigentes. (Ovalle, Favela citado por Stahl, Rodríguez: 2006). En otros términos, la jurisdicción judicial es competencia del poder judicial, y la administrativa es aquella que tienen el poder ejecutivo para garantizar los derechos de los gobernados y el legislativo para la creación de normas jurídicas.

Sin embargo la rama ejecutiva como ya se dijo posee funciones jurisdiccionales que ejerce a través de organismos o entidades que son determinados por la Constitución y la ley; una de estas entidades es la Superintendencia de Sociedades, tema que se desarrollará a continuación. Para ello es preciso enunciar algunas generalidades de la Superintendencia de Sociedades y sus funciones, lo cual se ampliará en el título siguiente de este artículo.

2. La Superintendencia de Sociedades: Generalidades

El presente título consiste en puntualizar muy someramente las principales funciones de la Superintendencia de Sociedades, como organismo actualmente adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

“La Superintendencia de Sociedades fue creada mediante ley 58 de 1931, con el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas, esta fue instituida con el fin de vigilar todas las sociedades anónimas y las sucursales de sociedades extranjeras” (Superintendencia de Sociedades: Recuperado el 14 de Junio de 2012).

La Superintendencia es definida como un organismo adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que posee autonomía

administrativa y financiera, y tiene como funciones las que le delegue el presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que por ley se establezcan. (Art. 4 del decreto 1050 de 1968 derogado por el art. 66 de la ley 489 de 1998). El Presidente de la República ha delegado en la Superintendencia de Sociedades las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales (art. 189 numeral 24 C.N.), las cuales ejerce a través del superintendente respectivo, tales funciones se definen genéricamente así:

La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. (Art. 83 ley 222/95).

La vigilancia radica en verificar que el funcionamiento, formación y desarrollo del objeto social de una sociedad sea acorde a la ley y los estatutos de la misma. (Art. 84 ley 222/95).

Y el control reside en la facultad de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad. (Art. 85 ley 222/95).

Esas funciones se encuentran determinadas en la ley 222 de 1995 y el decreto 1080 de 1996. Sin embargo, con posterioridad a estas normas se promulgó la ley 446 de 1998, a través de la cual se establecieron funciones generales a todas las Superintendencias. (Ver ley 446 de 1998 art. 147 y 148).

Ahora bien, es pertinente mencionar que la Superintendencia de Sociedades ejerce funciones de carácter administrativo y en ciertos casos, funciones jurisdiccionales. Así lo estableció el constituyente del 1991 cuando desarrolló el artículo 116 de la C.N. dándole la posibilidad al poder ejecutivo, y específicamente a las Superintendencias, de declarar derechos. Este punto se tratará en el siguiente título.

3. Función Jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades.

Hechas las anteriores anotaciones es preciso determinar en este título cuáles son las funciones jurisdiccionales que tiene la Superintendencia de Sociedades en virtud de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 116 de la C.N.

Para explicar el presente título se ha propuesto hablar sucintamente de los procesos concursales que establece el artículo 1 de la ley 1116 de 2006; los cuales son: el proceso de reorganización que se define como:

1. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.” (Ver Art. 1 de la ley 1116 de 2006), y

El proceso de liquidación judicial que se define como:

2. “El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.” (Ver Art. 1 de la ley 1116 de 2006).

Centrándonos en las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia en estos casos. Sin embargo es de anotar que en la ley 222 de 1995 en su artículo 89 derogado por el artículo 126 de la ley 1116 de 2006, aún existen procesos concursales de concordato y de liquidación judicial los cuales posen vigencia por lo establecido en el artículo 117 de la misma ley, la cual expresa que quedarán vigentes las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en los casos de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras que se hayan acogido a las figuras contempladas en la ley 222 de 1995 en vigencia de las normas respectivas y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes que se encuentren en la misma situación descrita.

Por consiguiente, en el presente título hablaremos de los procesos concursales en la ley 1116 de 2006 sin olvidar que aún existen casos que se regulan por la ley 222 de 1995.

Función Jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades en los Procesos Concuriales.

Antes de ocuparnos del asunto objeto de estudio, es pertinente aclarar que los procesos concursales son, esencialmente, aquellos en los que se busca la protección de los intereses del acreedor, de forma tal que el deudor debe recuperarse de la crisis con la ayuda de los acreedores mediante acuerdos de pagos o realizar una liquidación de su negocio.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades manifiesta que “un proceso concursal o concurso de acreedores es un proceso universal, promovido a instancia del deudor, por pedido de uno o más acreedores, o de oficio, que consiste, básicamente, en una ejecución colectiva de los acreedores contra su deudor común.” (Superintendencia de Sociedades, oficio N° 155-015022 de 30 de marzo de 2005).

Ahora bien, refiriéndose a los diversos tipos de procesos concursales, la Superintendencia de Sociedades ha mencionado lo siguiente:

“...Los procesos concursales son, básicamente, de dos tipos: de reorganización y de liquidación o quiebra. Los procesos de reorganización están encaminados a lograr la recuperación o supervivencia del deudor insolvente, mientras que los de liquidación o quiebra están encaminados, como su nombre lo indica, a liquidar o ejecutar su patrimonio y a distribuir los bienes o el producto de los mismos a favor de sus acreedores.” (Superintendencia de Sociedades, oficio N° 155-015022 de 30 de marzo de 2005).

En consecuencia, se concluye que los procesos concursales son principalmente los establecidos en el artículo 1 de la ley 1116 de 2006, que se denominan de reorganización y de liquidación judicial y que derogaron los establecidos en el Art. 89 de la ley 222 de

1995 a partir de la entrada en vigencia de la ley 1116 de 2006.

Continuando con el tema se tiene que en los procesos concursales mencionados de los cuales se hablará separadamente más adelante, deben ser tramitados ante la Superintendencia de Sociedades como lo expresa la ley 1116 de 2006 en su artículo 6, el cual reza:

“la Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.”[...]

Así mismo en la ley 222 de 1995 se establecía que la Superintendencia de Sociedades tramitaría los procesos concursales por el factor competencia como lo expresaba el artículo 90 de la citada ley cuando enunciaba:

“La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116, inciso 3o. de la Constitución Política.

Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.”[...]

De lo anterior se deduce que la Superintendencia seguirá cumpliendo funciones jurisdiccionales en la ley 1116 de 2006, lo que es descabellado, porque vulnera la división de poderes y debilita los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho en cuanto a función jurisdiccional se refiere; ello obedece a que estas funciones deben ser competencia de los jueces, ya que ellos son los que declaran derechos y obligaciones por mandato de la Constitución..

Dicho lo anterior, se procederá a explicar cuáles son las funciones jurisdiccionales que

tiene la Superintendencia de Sociedades en el proceso de reorganización y en la liquidación judicial establecida en la ley 1116 de 2006, teniendo en cuenta que los señalados procesos concursales son dirimidos ante la Superintendencia de Sociedades.

El proceso de reorganización

Antes de observar las funciones de la Superintendencia de Sociedades en el proceso de reorganización o concordato, como se denominaba en la ley 222 de 1995, es preciso definir en qué consiste éste.

El proceso de reorganización en la ley 1116 de 2006 tiene como objeto salvaguardar los derechos de los acreedores y darle la posibilidad al deudor de continuar desarrollando su actividad comercial desde otra óptica que le de la solvencia necesaria para sostenerse. Al respecto el inciso 2 del artículo 1 de la mencionada ley lo define de la siguiente manera: “El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.”(Art. 1 inciso 2 de la ley 1116/2006). Ahora bien el concordato se refiere a los acuerdos que se realicen entre el deudor y el acreedor para evitar que se liquide la empresa del deudor insolvente. Sobre el particular la ley 222 de 1995, da la siguiente definición: “El concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.”(Art. 94 ley 222 de 1995 derogado por el art. 126 de la ley 1116 de 2006).

Siguiendo con el tema principal, y específicamente sobre este punto, hay que decir que el proceso de reorganización se realiza ante la supersociedades en única instancia (Ver parágrafo 1 del artículo 6 de la ley 1116/2006). Así, por ejemplo, el proceso de insolvencia de la ley 1116 de 2006 queda sujeto ante un juez del concurso que no es el ordinario de la rama judicial, vulnerando con

ello principios constitucionales como la división de poderes (art. 113 C.N) y el derecho fundamental de la doble instancia (art. 31 C.N).

La vulneración de los citados principios radica en los siguiente:

El principio de la división de poderes consiste en la posibilidad de que las distintas ramas del poder público puedan cumplir funciones que a primera vista no le competen dentro de sus límites, pero que para evitar el abuso de poder cada rama se debe controlar armónicamente; al respecto la Honorable Corte Constitucional en providencia C- 312 de 1997 ha manifestado sobre el particular:

El principio de la separación de los poderes surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales enderezada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los asociados. Por esta razón, se decide separar la función pública entre diferentes ramas, de manera que no descansa únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente. (Sentencia C-312 de 1997 de la Corte Constitucional.)

Si bien es cierto que las ramas deben de controlarse solidariamente, no sería sano para el principio bajo estudio que una rama cumpla funciones de la otra, porque podría surgir una ilegalidad, y ello debido a que una rama por la libertad constitucional y su poder, pueda entrar a regular temas que no le competen y corresponda a la rama pertinente corregir dicho error.

Lo que se pretende con lo citado es que no se permita el ejercicio de ciertas competencias a las ramas que son única y exclusiva de alguna de estas. Esto se fundamenta en las razones de que se prevea que dichas funciones volverán a las competencias de la rama correspondiente, como por ejemplo cuando la Superintendencia de Sociedades emite un fallo definitivo en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, y contra dicho fallo proceden las vías de hecho evento en el cual será un juez de la rama judicial quien

emita un nuevo fallo; lo cual habría desgastado económicamente al Estado y a los interesados en la resolución de conflictos; por esta razón es que los jueces deben de dirimir el conflicto desde sus albores.

En conclusión, el principio de la división de poderes se ve quebrantado porque aunque la Superintendencia de Sociedades tenga funciones jurisdiccionales amparadas en la Constitución y la ley, ya que así lo determino el legislativo, esas funciones que se encuentran consagradas en la parte orgánica de la Constitución no mantienen coherencia con la parte dogmática de la misma, ya que esas competencias desde la génesis de la división de poderes correspondían al poder judicial quien en sus actuaciones guarda imparcialidad total de sus decisiones, mientras que la Superintendencia no lo hace, y ello debido a que ella misma juzga e investiga, lo cual la convierte en una entidad inhabilitada para poseer funciones jurisdiccionales, vulnerando con ello la esencia de las ramas del poder público y al Estado Social de Derecho en razón de que los derechos de los ciudadanos se ven coartados en sus garantías, como por ejemplo, el derecho a la igualdad (Art. 13 C.N) cuando una sociedad es vigilada, controlada e inspeccionada por la misma entidad que la juzgara no se está homogeneizando a la justicia de los jueces lo que evidentemente vulnera el pilar fundamental de Estado Social de Derecho.

Ahora bien, en cuanto al derecho fundamental de la doble instancia que garantiza la Constitución Política en su artículo 31 cuando expresa “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”(Art. 31 C.N.), se ve vulnerado porque la ley 1116 de 2006 en su artículo 6 parágrafo 1 no permite la doble instancia.

Sin embargo, se tiene que el mismo artículo posibilita los eventos en que no se presentara la doble instancia cuando reza “salvo las excepciones que consagra la ley”, dichas

excepciones son establecidas por el legislador quien posee la libertad de configuración legislativa, es decir, él puede decidir qué procedimientos judiciales tienen o no recursos; al respecto la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-1104 de 2001 se ha pronunciado sobre la libertad del legislativo de la siguiente manera:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en manifestar que conforme a lo dispuesto en los artículos 29, 150 y 228 de la Carta Política, el legislador se haya investido de amplias facultades para configurar los procedimientos judiciales, siempre y cuando al hacerlo respete los principios y valores constitucionales y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia C-1104 de 2001)

Lo anterior lleva a deducir que el legislador determinó que el proceso de reorganización y de liquidación judicial no tienen doble instancia.

No obstante, para el presente estudio se evidencia un vacío en la norma, ya que al no permitirse siquiera la posibilidad del recurso de revisión que establece el Código de Procedimiento Civil (art. 379 del C.P.C), se vulneran los derechos del actor y ello por cuanto no se le permite al mismo la posibilidad de que se realice un doble examen sobre su asunto, situación que sí tiene pertenencia para el solicitante que haya tenido un proceso de única instancia ante un juez ordinario. Esto conlleva a concluir que no tiene la doble instancia y tampoco puede recurrir al recurso extraordinario citado limitando nuevamente los derechos del ciudadano.

Para finalizar es pertinente mencionar que en los casos en que no se cumple con la reorganización de la ley 1116 de 2006 o concordato en la ley 222 de 1995 se procederá al concurso liquidatorio o a la liquidación judicial respectivamente; sin embargo hay que tener en cuenta que esta no es la única vía por la que se realiza la

liquidación judicial, ya que el artículo 47 de la ley 1116 de 2006 expresa otros eventos en los que se puede proceder, así como también la ley 222 de 1995 en su artículo 150 enuncia otros. Dichos procesos se realizan ante el juez del concurso, el cual es la Superintendencia de Sociedades. Sobre este tema se hablará en el título siguiente.

Liquidación judicial o liquidación obligatoria.

La liquidación judicial tiene como objeto realizar los pagos de manera ordenada que la sociedad posea con sus acreedores, al respecto la ley 1116 de 2006, en su artículo 1 inciso 3 reza “El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.”(Art. 1 inciso 3 de la ley 1116 de 2006).

La ley 222 de 1995 manifiesta en su artículo 95 lo siguiente: “Mediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.”(Art. 95 ley 222 de 1995 derogado por el art. 126 de la ley 1116 de 2006).

En consecuencia, cuando se presenta fracaso en el acuerdo de reorganización se procede al concurso liquidatorio o liquidación judicial; proceso que también compete a la Superintendencia de Sociedades como lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional en providencia T-757 de 2009 de la siguiente forma:

“Sobre la atribución jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades, en la sentencia T-803 de 2004 se estableció: “Queda entonces claro que la Superintendencia de Sociedades, entidad administrativa de orden nacional encargada de la inspección, vigilancia y control de las sociedades no vigiladas por otras Superintendencias, desempeña funciones de tipo jurisdiccional en el desarrollo de procesos de liquidación obligatoria de sociedades mercantiles, y que sus decisiones, por lo tanto, constituyen providencias judiciales, lo que indica que, eventualmente,

éstas pueden llegar a constituir vías de hecho y pueden ser impugnadas mediante el ejercicio de la acción de tutela.”[...] (Sentencia T-757 de 2009 Corte Constitucional).

Es claro que la Superintendencia tiene funciones jurisdiccionales en los procesos concursales de liquidación judicial, sin embargo para este estudio no es conveniente para la Constitución Política que esta entidad tenga tales potestades, toda vez que los procesos concursales requieren de elementos judiciales que son en su esencia llevados a cabo por la rama judicial y que han sido pilar fundamental de las actuaciones de esta, como por ejemplo, uno de los efectos de la apertura de este proceso es la disolución de la sociedad (Ver art. 51 numeral 1 de la ley 1116 de 2006), los embargos, secuestros y retención de bienes del deudor, o en otros términos, las medidas cautelares (Ver artículo 54 de la ley 1116/2006) propias de un proceso ante la rama judicial.

En conclusión, sobre el caso sub-examine se evidencia que el poder ejecutivo de Colombia esta violentando nuevamente la división de poderes como en el proceso reorganización, por consiguiente es preciso manifestar que para evitar que estas acciones se sigan realizando es menester encontrar una solución jurídica que sea menos traumática para los distintos poderes, respuesta que se puede encontrar en los jueces civiles del circuito especializados y/o en los jueces civiles del circuito, ya que ellos también cumplen su función judicial en algunos eventos de procesos concursales.

4. Derecho Comparado en Materia de Derecho Concursal:

La pertinencia del presente título consiste en exponer dos casos internacionales donde la competencia en los procesos concursales se encuentra reservada exclusivamente a los jueces lo cual evidencia la importancia que se le da en estos países a la independencia e imparcialidad con que se llevan a cabalidad los procesos concursales. Para lo anterior se citarán como ejemplos el caso español y el de los Estados Unidos Mexicanos.

Derecho Concursal de España.

En España, el proceso concursal consiste, básicamente, en la declaración de insolvencia del deudor común. Este proceso debe ser solicitado por el deudor o sus acreedores ante el juez de lo mercantil, sin embargo, antes de realizar la solicitud de apertura del concurso, el deudor debe haber intentado negociaciones con sus acreedores con el fin de alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en la ley 22 de 2003 (Ley de derecho concursal).

La solicitud del concurso puede ser presentada de dos formas: voluntaria, si es hecha por el deudor, o necesaria si es presentada por el acreedor y los demás legitimados.

Cuando la solicitud es presentada por el deudor, deberá aportar poder especial para solicitar el concurso o en su defecto un escrito apud acta, el cual consiste en el otorgamiento de poder a un representante legal. Así mismo, debe presentar la historia económica y jurídica de la actividad o actividades a que se haya dedicado en los últimos tres años y todas aquellas propiedades y emolumentos de que sea titular. Además, si el deudor fuera persona casada, indicará la identidad del cónyuge con expresión del régimen económico del matrimonio. (Art. 6 de la ley 22 de 2003 de España.)

En consecuencia el deudor debe de aportar todos los requisitos establecidos en el artículo 6 de la ley 22 de 2003 de España.

Cabe resaltar de que en el evento en que el deudor se encontrare obligado a llevar contabilidad, además de los documentos requeridos en el artículo 6 de la ley 22 de 2003, deberá aportar los siguientes:

1. Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.
2. Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su

naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3. Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4. En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período. (Art. 6 de la ley 22 de 2003 de España.)

Ahora bien, cuando la solicitud es presentada por el acreedor y los demás legitimados, estos deberán expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del cual acompañarán el respectivo título; además expresarán en la solicitud todos los medios de prueba que pretendan hacer valer. (Ver artículo 7 de la ley 22 de 2003).

Las dos solicitudes deben de ser presentadas ante el juez de lo mercantil como lo precisa el artículo 8 de la ley 22 de 2003 de España.

Para finalizar se tiene que la creación de los juzgados de lo mercantil en España persigue como objeto la agilidad al dictar los fallos judiciales con los conceptos técnicos que se pregonan en la rama judicial. Para García Arrufat, la determinación del juez del concurso que es el mercantil, su jurisdicción exclusiva y excluyente "... está motivada por la voluntad de hacer del concurso un único procedimiento que permita una práctica y ágil solución a cuantos problemas surjan y afecten al patrimonio del deudor." (García, 2010:89-90) lo anterior consiste en concentrar en un solo juez todas las acciones que se deriven del proceso concursal ya sean las provenientes del concurso o las civiles que se deriven del mismo.

Derecho Concursal de los Estados Unidos Mexicanos:

Para desarrollar el presente título se expondrá de manera sucinta sólo lo concerniente al juez competente en los procesos concursales, todo ello con el objeto de ser lo más preciso posible y no ocuparnos de temas que serán estudio de otros artículos.

Es importante resaltar que en este país la competencia la tiene el juez de lo mercantil para garantizar la legalidad y agilidad en el proceso.

En los Estados Unidos de México el proceso del concurso mercantil se desarrolla principalmente en dos etapas sucesivas, denominadas de conciliación y de quiebra (Ver art. 2 de la ley de concursos mercantiles), la primera de estas consiste en un convenio del comerciante con sus acreedores con el fin de conservar la empresa (Ver art. 2 de la ley de concursos mercantiles) y la segunda radica en la venta de la empresa del comerciante para realizar el pago a los acreedores reconocidos.

La solicitud del concurso mercantil puede ser presentada por el comerciante (Ver art. 20 de la ley de concursos mercantiles), por cualquier acreedor o el Ministerio Público. (Ver art. 21 de la ley de concursos mercantiles).

Las anteriores solicitudes deben de ser presentadas ante el Juez del Distrito con jurisdicción en el lugar donde el comerciante tenga su domicilio, lo cual demuestra la independencia en la dirección de estos procesos.

Conclusiones

La investigación hecha en el presente artículo nos mostró como la Superintendencia de Sociedades, que es un organismo perteneciente a la rama ejecutiva, ejerce funciones jurisdiccionales, lo cual a la luz del concepto de división de poderes formulado por Montesquieu constituye una vulneración a esa división, toda vez que se presenta un abuso del poder por parte del ejecutivo acabando con los sistemas democráticos y

particularmente con el nuestro. Sin embargo este mismo autor expresa que para evitar que una rama tenga más poder sobre la otra se le dan facultades a cada una de ellas de controlar y ser controladas y es aquí donde se da la colaboración armónica de poderes.

En ese orden de ideas, se tiene que la rama ejecutiva sí debe tener función jurisdiccional pero sólo en ciertos casos, como por ejemplo cuando el presidente de la República objeta las leyes, cuando el ejecutivo convoca a sesiones al legislativo, cuando los notarios divorcian en su función de guarda de la fe pública, entre muchas otras. Por ello cuando la Superintendencia de Sociedades tiene el poder jurisdiccional y tiene la última palabra en los procesos concursales estudiados no se está respetando la división de poderes, si bien el artículo 116 inciso 3 de la C.N. permite a determinadas autoridades administrativas ejercer función jurisdiccional no debería ser de forma permanente sino que en los casos en que exista vacío legal, o a falta de norma, podría el ejecutivo regular el asunto hasta tanto el poder legislativo lo regule a favor del poder judicial lo que haría que dichos procesos tuviesen mayor independencia y agilidad como se da en los países de España y Estados Unidos Mexicanos.

Es importante resaltar que los jueces civiles del circuito ejercen algunas de sus funciones jurisdiccionales frente a procesos concursales, como por ejemplo en los procesos de las personas jurídicas diferentes de las sociedades y empresas unipersonales, es decir, asociaciones, corporaciones y fundaciones, así como también conocen de los procesos concursales de los patrimonios autónomos, y a prevención de los procesos de insolvencia de las personas naturales no comerciantes. (Superintendencia de Sociedades oficio 220-039505).

Además la ley 1116 de 2006 en su artículo 6, párrafo tercero, menciona al juez civil del circuito como juez del concurso de la siguiente manera “El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso.” lo

cual evidencia la injerencia de la rama judicial en estos asuntos. Sin embargo, no es sano para nuestro Estado Social de Derecho que la Superintendencia de Sociedades tenga la última palabra en los demás procesos concursales, si bien es cierto que debe darse la colaboración armónica de poderes, y en este artículo se aplaude la asistencia de la Superintendencia de Sociedades, pero lo que propongo es que sea el juez ordinario el que tenga la última palabra.

Por lo anterior, formulo la propuesta de que los procesos concursales de las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes, tengan como juez del concurso única y exclusivamente a los jueces civiles del circuito. Muchos de los lectores me dirán que en Colombia existen los jueces civiles del circuito especializados, a lo cual respondo que esos jueces existen solo en ciertas jurisdicciones, como bien lo expresa el decreto 2273 de 1989, dichas jurisdicciones solo corresponden a las siguientes ciudades: Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ibagué y Medellín; dejando por fuera a las demás jurisdicciones que existen en el territorio nacional, además cabe aclarar que estos juzgados solo existen en el decreto precitado, es decir, solo en el papel porque nunca se han implementado.

Si bien es cierto que los Jueces Civiles del Circuito Especializados en lo comercial que nunca se formalizaron debían conocer del concordato (Ver artículo 3 numeral 1 del decreto 2273 de 1989) y de los procesos de quiebra (Ver artículo 3 numeral 1 del decreto 2273 de 1989) que básicamente son los procesos concursales de reorganización y de liquidación judicial de la ley 1116 de 2006, estos jueces eran mencionados en la ley 222 de 1995 en su artículo 214 (Superintendencia de Sociedades Boletín 001 de 1998), pero con la reforma hecha en la ley 1116 de 2006 esa función la cumplen hoy en día los Jueces Civiles del Circuito; además cabe aclarar que la vigencia del decreto 2273 de 1989 que soporta la existencia de los

jueces civiles del circuito especializados que nunca se implementaron solo tendrá existencia hasta el 01 de octubre del año 2012, ya que dicha disposición fue derogada en su totalidad por el artículo 626 literal c de la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

Por consiguiente, y para finalizar, mi idea radica en que se deleguen todas las funciones en cuanto a procesos concursales se refiere la ley 1116 de 2006 a los Jueces Civiles del Circuito.

Referencias

Libros y revistas

Posada, Adolfo citado en Younes, Moreno Diego: 2005, "Derecho constitucional colombiano" Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, LTDA, sexta edición.

Porrúa, Francisco citado en Naranjo, Meza Vladimiro: 2006, pag: 83 "Teoría constitucional e instituciones jurídicas" Editorial Temis, décima edición.

Biscaretti Di Ruffia citado en Naranjo, Meza Vladimiro: 2006, pag: 82 "Teoría constitucional e instituciones jurídicas" Editorial Temis, décima edición.

Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio 2000 "Teoría General del Proceso" Editorial Temis S.A.

Montaño, Bedoya Julia Victoria 2005: pag: 51-60 "Jurisdicción judicial", Tomado de Revista "Ratio Juris", Facultad de derecho, Universidad Latinoamericana.

Guzmán, Ordoñez Álvaro, 2007: Pag: 50-55 "Juez, jurisdicción y poder", Tomado de Revista "Ratio Juris", Facultad de derecho, Universidad Latinoamericana.

Recursos electrónicos.

Maquiavelo, Nicolás, pagina: 6 "El príncipe", disponible en (Línea)

“<http://www.redpizarra.org/uploads/WikiPizarra/Elprincipe.pdf>” Recuperado 28 de agosto de 2012.

Parias Garzón, Andrés Alonso: 2001, Monografía, disponible en (Línea)
“<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-08.pdf>” Recuperado 08 de Junio de 2012.

Ángel y Zúñiga: 2002, trabajo de grado, disponible en (Línea)
“<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-57.pdf>” Recuperado 08 de junio de 2012.

Stahl Rodriguez , Edwin, diapositivas, “La jurisdicción como atribución del Estado”, disponible en (Línea)
“http://www.slidefinder.net/j/jurisdicci%C3%B2n_como_atribuci%C3%B2n_del_estado/la_jurisdiccioncomoatribuciondelestado/28811696” Recuperado 08 de junio de 2012.

Superintendencia de sociedades. Disponible en (línea)
“<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvis/api.dll?MIval=sec&dir=18>” Recuperado, 14 de junio de 2012.

Superintendencia de Sociedades. Disponible en (Línea)
“<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvis/api.dll?MIval=sec&dir=98&id=19913&m=td&a=td&d=depend>” Recuperado 14 de junio de 2012.
Norm@civil. Disponible en (Línea)

“<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/L22-03.htm>” Recuperado 24 de julio de 2012.

Tomado de Normas Jurídicas. Disponible en (Línea)
“[http://noticias.juridicas.com/base_datos/PPrivado/122-2003.t1.html#a8](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/122-2003.t1.html#a8)” Recuperado 24 de julio de 2012.

Tomado de García, Arrufat, 2010:89-90, “Cuestiones procesales en el derecho concursal”. Disponible en (Línea)
“<http://eprints.ucm.es/10234/1/T31396.pdf>” Recuperado 27 de agosto de 2012.

Tomado de Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Disponible en (Línea)

“http://www.iidciberoamericano.com/leyes_y_reglamentos7521.html?PHPSESSID=629c6992b46bd306f3e3e73a44ec9ec5” Recuperado 23 de julio de 2012.

“http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lcm/LCM_ref01_27dic07.pdf” Recuperado 24 de julio de 2012.

Tomado de “IFECOM”. Disponible en (Línea)
“<http://www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF/LCMYND/leyDeCM-2010.pdf>” Recuperado 25 de julio de 2012.

Superintendencia de Sociedades. Disponible en (Línea)
“<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvis/api.dll?MIval=sec&dir=45&id=32397&m=td&a=td&d=depend>”

Superintendencia de Sociedades. Disponible en (Línea)
“<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvis/api.dll?MIval=sec&dir=43&id=764&m=td&a=td&d=depend>”

Tomado de lexbase. Disponible en (Línea)
“<http://www.lexbasecolombia.net/inicio4b8.asp>” Recuperado 25 de julio de 2012

