

INTRODUCCIÓN

Jaime Poma, liquidador de Industrias Tolima Ltda. en liquidación obligatoria decidió tomar las riendas de la empresa a la cual estaba representando, ubicada en el Municipio de Mariquita, para reponer el tiempo y dinero perdido, ya que los hijos de los socios de la compañía malgastaron las utilidades que percibían en viajes, lujos y fiestas.

Así, el señor Poma se encontró con máquinas sin funcionar, empleados sin trabajar, vehículos detenidos y servicios públicos cortados por falta de pago. Como representante de la sociedad, éste encendió las máquinas embotelladoras de Coca- Cola y recontrató a los empleados, quienes conocían más del funcionamiento interno de la empresa que los mismos dueños. Además, llenó los tanques de gasolina de los vehículos para transportar las gaseosas a su respectivo destino e hizo un acuerdo con las empresas prestadoras de servicios públicos en Mariquita, consiguiendo poner en marcha a Industrias Tolima Ltda.

Todo lo anterior fue realizado por el señor Poma con dinero propio a pesar de contravenir la ley comercial, ya que en Colombia una empresa que se encuentra en liquidación no puede ejecutar actos diferentes a los encaminados a la liquidación misma. La consecuencia inmediata que tal conducta le podría ocasionar le llevaría a responder con su patrimonio solidaria e ilimitadamente por cualquier daño a los acreedores de la compañía.

Igualmente, tenía el riesgo de ser sancionado pecuniaria y penalmente por su actuación. Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades no se opuso a su actuación, a pesar de tener conocimiento de lo sucedido, y tampoco se pronunció al respecto en éste caso en particular, pudiendo hacerlo.

Efectivamente, la empresa estaba volviendo a percibir utilidades, los trabajadores su anhelado salario y los servicios de agua, luz, teléfono y gas se prestaban con absoluta normalidad. El señor Poma era uno de los transportadores de los productos que se embotellaban en el lugar y quiso expandirse llevándolos a pueblitos alejados del casco urbano de Mariquita. Con tal actitud, nuestro protagonista logró disminuir los gastos administrativos de la liquidación y mantuvo la estabilidad en los pagos de los contratos que estipuló con trabajadores, prestadores de servicios públicos y acreedores en general. Por su parte, la liquidación continuaba su curso y realmente, en palabras del señor Poma: “... *vender la maquinaria por separado era diferente a vender la empresa en funcionamiento y esto beneficiaba a los acreedores*”. Precisamente, la deuda más alta que tenía la liquidada era con sus trabajadores y pensionados lográndose al final un acuerdo de pago en el cual los trabajadores de la compañía a través de su sindicato, serían los nuevos dueños de Industrias Tolima Ltda.

En Colombia la capacidad de las sociedades comerciales en estado de liquidación es un tema que legalmente tiene muchas limitaciones y que se ha convertido en tema de controversia. Ésta situación ha generado en ocasiones una directa contravención de la ley mercantil por parte de los liquidadores de algunas empresas con el propósito de defender los derechos de los socios y trabajadores, a través de la continuación de la explotación del objeto social.

Es así como los administradores y liquidadores han aprovechado algunos vacíos legales, así como el silencio de la Superintendencia de Sociedades, para ejecutar actos que permiten alcanzar la reactivación de las empresas dentro del proceso de liquidación, ya que la ley no es muy clara en afirmar qué clase de prácticas se pueden realizar dentro del mismo. Pero estas maniobras ponen en riesgo la responsabilidad personal de quienes

las realizan, convirtiendo la liquidación en toda una hazaña al querer rescatar la compañía.

Entonces, se debe buscar una solución radical para las sociedades que se encuentran en trámites liquidatorios y que quieren continuar con su actividad mercantil a través de un adecuado rescate para sus empresas y hacer menos onerosos los desgastantes procesos en los que se encuentran.

Es por esto por lo que el presente escrito propone una solución a los inconvenientes que genera esta discordancia entre lo legalmente establecido y lo ocurrido en la práctica empresarial, por medio de la presentación de la reactivación empresarial, figura recién implementada en el país, pero que necesita más desarrollo para su efectiva aplicación. Para esto, en el primer capítulo del trabajo monográfico se recopilarán las normas mercantiles vigentes respecto a la capacidad de las sociedades en liquidación; complementándolas y confrontándolas con el aporte doctrinario colombiano, español y argentino, lo cual delimitará el campo de acción y las operaciones que pueden ejecutar las mismas dentro del mencionado trámite.

Además, se expondrán las formas en las que se puede realizar un proceso de liquidación en la legislación colombiana, la función e importancia de los liquidadores dentro de dicho trámite y los mecanismos que impiden la consumación del mismo, logrando que el objeto social de una empresa continúe explotándose. Esto permite la permanencia y generación de empleo para beneficio de los trabajadores y del país.

Continuando con el desarrollo de la monografía, se hará una presentación de dos casos ocurridos al interior de dos empresas reales, que surtieron trámites liquidatorios ante la Superintendencia de Sociedades. Estas compañías buscaron continuar con el desarrollo de su objeto social, a pesar de la limitación legal existente en ese momento de su capacidad. Cada una de ellas tenía diferentes características que confluyeron en los

resultados que se revelarán en la segunda parte del trabajo, pero que son fundamentales para demostrar la insuficiencia en la legislación colombiana al no contemplar una solución viable para las sociedades comerciales en liquidación y la repercusión que ha traído en el funcionamiento de las personas jurídicas mercantiles en Colombia.

Finalmente, se expondrán las conclusiones que llevan consigo las propuestas dirigidas a la solución de los conflictos empresariales evidentes en un mundo de constante competitividad en la actualidad y también las medidas que se deben tomar en cuanto a la legislación mercantil vigente para que ésta sea una solución y una alternativa positiva para los empresarios y no un obstáculo para ejercer el comercio.

Desafortunadamente, para Industrias Tolima Ltda. y sus nuevos dueños el hecho de haber pasado por tantos tropiezos durante la liquidación hicieron que Coca-Cola perdiera interés en continuar contratando sus servicios como embotelladora. De ahí que pueda afirmarse, sin temor alguno, que en este caso la ley comercial entorpeció el libre desarrollo de los negocios mercantiles al obligar a la empresa a desaparecer innecesariamente, para volver a renacer en otra nueva, perdiendo tiempo y dinero en este inoficioso trámite.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

En la primera parte del presente escrito se analizará cómo ha sido el tratamiento legal que se le ha dado a la capacidad de las sociedades comerciales dentro de un trámite liquidatorio. Además se estudiará la viabilidad de limitar su objeto social a solamente la ejecución de actos encaminados a la liquidación. Se estudiará igualmente, la figura de la reactivación empresarial como solución a la crisis a la que se enfrentan las empresas colombianas en un determinado momento terminando su vida jurídica luego de pasar por un proceso de liquidación.

El estudio teórico se llevará a cabo recorriendo conceptos básicos como la capacidad de las personas jurídicas en desarrollo de un objeto social determinado y la facultad que estas tienen al momento de entrar en un proceso de liquidación. Luego se estudiará la disolución de las sociedades, sus causales y el efecto inmediato de las mismas llegando entonces al proceso liquidatorio específicamente, dentro del cual se deben seguir unas reglas específicas que no pueden ser contravenidas por los liquidadores. Dicho trámite llegará a su fin con la extinción y desaparición absoluta de la empresa.

Paralelo a la liquidación, se profundizará en las figuras de la fusión y escisión como formas de rescate económico y jurídico de las sociedades comerciales, adicionando además la reactivación empresarial, incluida en la legislación colombiana a partir del 2010 y que permite la ejecución de actos distintos a la liquidación por parte de las empresas. Esto con la finalidad de recuperar las empresas brindándoles estabilidad financiera y laboral, en un país donde el índice de desempleo es bastante alto.

1. Capacidad de las personas jurídicas.

Al estudiar lo acontecido dentro de una sociedad en liquidación en cuanto a la facultad que tiene para actuar, se debe comprender primero el alcance de la significación de la capacidad de una persona jurídica en la legislación colombiana y cómo ésta puede afectar la posibilidad de ejecutar ciertos actos dentro de una compañía en proceso liquidatorio. Se iniciará entonces con la remisión a la Constitución Política de Colombia, la cual es el punto de partida de todas las leyes, reglamentos y decretos inferiores a su rango, evitando la vulneración de derechos y además, enmarcando los límites dentro de los cuales se puede movilizar la sociedad colombiana. Así, en su artículo 38 afirma:

“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

Es así como la Carta Política brinda a las personas la posibilidad de crear empresa satisfaciendo derechos personales como la ejecución libre de contratos que den provecho económico a sus participantes. Es ésta entonces, una libertad reconocida constitucionalmente, lo cual ha permitido que:

“la Corte Constitucional, en un par de buenas ocasiones, la haya reconocido expresamente no solo como libertad fundamental, sino incluso como derecho protegible con la acción de tutela, como mecanismo que representa la garantía judicial más eficiente y expedita del ordenamiento jurídico.”¹

Además, de tal asociación se desprenden deberes y obligaciones para las personas que hacen parte de ella, de acuerdo a los diversos tipos de contratos que se realicen

¹ Correa Henao, Magdalena, Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008, Pág. 73.

garantizando que por medio de esta figura se puedan ejecutar actos que den provecho no sólo a los socios sino a la economía misma del país:

“...cuando la libre iniciativa y actividad económica se sujeta al bien común, la libre competencia a las responsabilidades, el reconocimiento de la empresa como base del desarrollo al cumplimiento de su funciones que de ella se derivan.”²

La ley civil por su parte, de acuerdo con los lineamientos que consigna la Constitución Política de Colombia impone algunos presupuestos para la efectividad de las relaciones entre las personas. Así, para que un individuo pueda ser sujeto de derechos y obligaciones debe ser capaz. El artículo 1502 del Código Civil colombiano define esta figura de la siguiente manera:

“La capacidad es uno de los atributos de la personalidad que consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

En cuanto a la capacidad de las sociedades comerciales, entendidas como personas jurídicas, diferente de la capacidad de cada uno de los socios que la conforman, el artículo 99 del Código de Comercio colombiano dispone:

“La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto.”

Además, es comprendida por la ley colombiana de dos maneras: como capacidad de goce y de ejercicio, entendiéndose que la primera en cuanto a las sociedades:

“está circunscrita al desarrollo de aquellas actividades o negocios que estén previstos dentro del objeto social”.³

Es decir que las sociedades no pueden ejecutar actos distintos de los previstos en sus estatutos sociales. Pero ésta capacidad no es del todo limitada, ya que:

²Ibídem, Pág. 75.

³ Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Editorial Temis S.A, Segunda Edición, 2011, Pág. 248.

“la sociedad está facultada para realizar tres clases de actividades: (i) las expresamente mencionadas en los estatutos como su objeto social; (ii) las que tengan relación de medio afín con el mismo, aunque no consten expresamente en la cláusula correspondiente, y (iii) las que sin estar inscritas ni tener relación directa con el objeto social sean necesarias para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones legales o contractuales, derivadas la existencia y actividad de la compañía.”⁴

Este carácter flexible para las sociedades comerciales se debe a que para explotar su objeto principal las empresas necesitan infinidad de herramientas que les permitan acrecentar y aumentar su rendimiento y por ende, sus utilidades. Así, el objeto principal es:

“en el que están comprendidas las actividades económicas que la compañía se propone acometer para desarrollar la finalidad lucrativa propuesta por los asociados”⁵.

Siendo éste el estipulado por los asociados en los estatutos de la sociedad. Y, por su parte, el objeto secundario es:

“en el que se contemplan todos los actos jurídicos que le sirven a la sociedad de medio para cumplir la finalidad consistente en el emprendimiento económico previsto en el objeto social principal”⁶.

Es decir que el objeto secundario se compone de los medios y herramientas necesarios para cumplir a cabalidad lo expresado en los estatutos sociales. Éste comprende infinidad de actos, negocios y operaciones que activan el funcionamiento y continuidad de la empresa, armonizados y encaminados a la ejecución del objeto principal de una sociedad y, además:

⁴ León Robayo, Edgar Iván, La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico, Los contratos en el derecho privado, El régimen general del contrato, Universidad del Rosario, Editorial Legis, 2009, Pág. 96.

⁵ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit. Pág. 248.

⁶ Ibídem, Pág. 249.

“se puede afirmar que el objeto secundario es presunto y no requiere pacto expreso, porque es entendido que toda sociedad necesita realizar una multiplicidad de actividades indeterminadas pero conexas, para poder cumplir su objeto principal.”⁷

Pero el objeto principal de una empresa puede ser indeterminado si se constituye o se transforma en una sociedad por Acciones Simplificadas siempre y cuando éste sea lícito. Así, el ordinal 5º del artículo 5º de la ley 1258 de 2008 sostiene:

“La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente: 5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.”

Gracias a ésta flexibilización del objeto social los empresarios pueden adecuar su actuar libremente moviéndose al ritmo de los avances tecnológicos y del comercio actual.

“Se pretende así que los empresarios puedan acometer por conducto de la SAS cualquier actividad de negocios, sin las obsoletas restricciones derivadas de la teoría de la especialidad del objeto social.”⁸

Aunque la finalidad de la disposición mencionada es ampliar y facilitar el transcurso de las actividades comerciales de las empresas, es claro que su aplicación únicamente va dirigida a las sociedades establecidas por acciones simplificadas. De esta manera, no hay ninguna clase de beneficio para las compañías creadas sobre otra modalidad de sociedad y se continuaría aplicando lo dispuesto en el artículo 110 ordinal 4º del Código de Comercio, donde no es eficaz:

⁷ Ídem.

⁸ Reyes Villamizar, Francisco, SAS, Editorial Legis, Segunda Edición Actualizada, 2010, Pág. 99.

“la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél”.

Esta situación termina siendo discriminatoria para la explotación del objeto social por parte de algunas las sociedades al no modificarse la ley para así abarcar los demás tipos societarios.

Por otra parte, algunas sociedades al tener características especiales o un régimen diferente a las demás poseen limitaciones legales específicas aparte de lo estipulado en sus estatutos sociales como son:

“a) Los establecimientos de crédito (bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial) deben adoptar siempre la forma de anónima;

b) Las sociedades de servicios financieros (fiduciarias, almacenes generales de depósito, y las administradoras de fondos de pensiones y de cesantías) también deben ser anónimas;

c) Las compañías de seguros y de capitalización deben ser anónimas;

d) Las sociedades corredoras de seguros también deben ser anónimas;

e) Las sociedades prestadoras de servicios públicos, privadas o de economía mixta, deben adoptar la forma de anónima, y

f) Las agencias colocadoras de seguros pueden ser colectivas, en comandita simple o de responsabilidad limitada.”⁹

Como se puede ver, la ley es celosa e intenta proteger a los terceros que puedan verse afectados por las decisiones o algún manejo abusivo por parte de algunas compañías, en especial las relacionadas con recaudos masivos de dinero, ya que no sólo involucran a los usuarios de los servicios sino a la economía propia del país.

⁹ Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Editorial Legis, Novena Edición, 2002, Pág. 33.

Todo lo anterior, hace referencia a la capacidad de goce de una sociedad comercial, siendo flexible generalmente para el desarrollo del objeto social y excepcionalmente rígido para su explotación. Ahora bien, en cuanto a la capacidad de ejercicio las empresas

“deben actuar siempre por conducto de uno o varios representante legales”¹⁰, los cuales hacen efectiva la relación y comunicación de la empresa con otros sujetos de derecho. Sus funciones son muy especiales en la realidad jurídica, ya que una actuación por parte de ellos comprometería a las sociedades a cumplir lo manifestado en un momento determinado. Es por esto que las funciones de los representantes legales y de los administradores de la sociedad tienen limitado su actuar al desarrollo del objeto social principal y

“está orientada a proteger los socios o accionistas, porque a lo menos en teoría permite controlar el destino que ha de dársele a los aportes hechos al fondo social”¹¹.

Dicha protección se extiende a los actos que sobrepasan las funciones encomendadas a los representantes legales, ya que por medio de la interposición de una demanda es posible solicitarle al representante legal de la sociedad abstenerse de ejecutar un acto determinado o que suspenda el ya iniciado:

“cuando el acto o contrato se ha celebrado en exceso del ámbito de actividades previstas en el objeto social, la ley le confiere a la sociedad la posibilidad de interponer demandas en contra de los administradores para que se abstengan de ejecutar actos no comprendidos en el objeto o para que suspendan aquellos que estén en curso o para que indemnicen los perjuicios causados. Pero es claro que estas acciones no pueden

¹⁰ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit Pág. 248.

¹¹ Ibídem, Pág. 251.

perjudicar la situación de terceros, ni afectar la firmeza de los actos jurídicos así celebrados.”¹²

Asimismo, la capacidad de goce y ejercicio en las sociedades están estrechamente relacionadas, ya que la una no puede subsistir sin la otra; es decir, una empresa no puede ejecutar su objeto principal si no es por medio de su representante legal, y éste a su vez, tampoco tiene la facultad de actuar por fuera del marco delimitado en el objeto principal.

Pero la Superintendencia de Sociedades diferencia éstos conceptos de la siguiente manera:

“el objeto social consiste en la definición de lo que es la empresa o negocio que pretende desarrollar la compañía, (...) entre tanto, la capacidad hace relación a los actos necesarios para cumplir y desarrollar las actividades principales previstas en el objeto social y los que se relacionen directamente con él, lo que en otras palabras significa que la capacidad es la facultad o límite de acción que tiene el ente societario para realizar cualquier acto o contrato que se relacione con la finalidad de la sociedad .”¹³

Es decir que, la Superintendencia divide la capacidad de goce en dos: el objeto social por un lado y la capacidad por el otro, en el entendido que ésta última hace referencia al objeto secundario de la sociedad, traducido en los medios o mecanismos como se desarrolla el primero. Es necesario entonces contar con una serie de herramientas idóneas para la ejecución del objeto social de la sociedad consiguiendo la explotación efectiva del mismo y trayendo como beneficio el crecimiento económico de la empresa.

¹² Ídem, Pág. 253.

¹³ Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-51188 de 30 de diciembre de 2001.

1.1. Capacidad de las sociedades comerciales en proceso de liquidación.

Cuando se está frente a la liquidación de una sociedad mercantil, el asunto es distinto, ya que el objeto principal de la sociedad cambia radicalmente yendo en función de la liquidación misma, lo cual genera una gran responsabilidad para los administradores y por ende, les corresponde saber qué actos específicos deberían realizar sin salirse de los límites del objeto social en cuanto a su actuar.

El artículo 222 del Código de Comercio afirma:

“Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia no se podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.”

Tal disposición es concisa al expresar que la capacidad de la sociedad queda supeditada a la liquidación y que en caso de existir un incumplimiento de ésta, la responsabilidad de los administradores será ilimitada y solidaria sin importar la clase de sociedad que se conformó en un principio.¹⁴ En el segundo capítulo del presente escrito se expondrán las diferentes formas en las que a pesar de existir dicha limitación, algunas empresas en liquidación han violado tajantemente este precepto legal haciendo que dicha norma sea completamente ineficaz en su aplicación.

¹⁴ En Argentina, al igual que en Colombia, “la sociedad conserva su personalidad, rigiendo las normas reguladoras del tipo social en tanto sean compatibles con el estado de liquidación.” En este país, la capacidad igualmente es limitada y va encaminada a la liquidación, sin perjuicio de ejecutar actos distintos que culminen con el proceso liquidatorio y se pueda continuar con la reactivación empresarial, en la cual se hará énfasis más adelante —Hugo Richard, Efraín, Manuel Muiño, Orlando, Derecho Societario, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007, pág. 258—.

“Así, por efecto de la disolución de la sociedad, su capacidad jurídica se restringe únicamente para los actos necesarios a su inmediata liquidación; respecto del contrato, algunas de sus cláusulas pierden vigencia, como por ejemplo las relativas a la forma de ejercer el objeto social, atendiendo a la prohibición expresa de continuar con los negocios sociales”¹⁵.

La Superintendencia de Sociedades entonces, es radical y restrictiva en el tema de la capacidad de las sociedades mercantiles en proceso de liquidación y, como se afirmó anteriormente, hace una interpretación exegética de la norma tratando de no dejar ningún vacío respecto al actuar de los administradores de una empresa en liquidación:

“si una sociedad en plena actividad no puede ejecutar actos o contratos no comprendidos dentro del objeto social, menos aún durante el trámite de la liquidación cuando incluso por disposición legal le está vedado iniciar operaciones comprendidas dentro del objeto social, lo que no impide continuar con los negocios jurídicos y obligaciones adquiridas con anterioridad a la fecha de la disolución, los cuales deben continuar hasta su vencimiento en los términos contraídos, sin que se permita su prórroga pues como es obvio, sería realizar nuevas operaciones en manifiesta violación al ordenamiento mercantil, aparte de innecesarias puesto que se prolongaría en el tiempo la existencia de la sociedad. Y no podía ser de otra manera puesto que permitir al ente societario desarrollar las actividades propias del objeto social o ejecutar actos que no tiendan a la pronta liquidación del mismo, sería contrario a la finalidad del proceso mismo, que pretende la realización de todos los bienes inventariados para atender el pago del pasivo externo e interno y, si hubiere remanente, distribuirlo entre los asociados.”¹⁶

¹⁵ Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-44462 de 30 de octubre de 2001.

¹⁶ Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-51188 de 30 de diciembre de 2001.

Pero a pesar de esta interpretación por parte del organismo de vigilancia y control, en la práctica, el silencio de la misma en cuanto a la contravención de la norma es realmente controversial, ya que dentro de la investigación que se realizó en dicha entidad se encontraron casos en los que ésta tuvo conocimiento del actuar contrario a la ley –o al menos discutible desde la perspectiva defendida por la Superintendencia- por parte de los liquidadores Poma y Jiménez, comportamientos que nunca fueron objetados. Así sucedió en el caso de Refrescando Ltda., donde el liquidador propuso a la junta asesora varios planes para continuar con la explotación del objeto social.¹⁷

Igualmente, en el caso de Hotelman Ltda., una funcionaria de la DIAN cuestionó el proceder del liquidador de la misma al darse cuenta que se estaba explotando el objeto social durante el proceso liquidatorio¹⁸. A esto el liquidador respondió que no tenía autorización de la Superintendencia de Sociedades pero que con la continuación de las actividades empresariales se estaban conservando los bienes de la concursada.¹⁹ Al ver dicha inconformidad por parte de la Dian y del Ministerio de Comercio Industria y Turismo la Superintendencia recalcó que el liquidador de la empresa no buscaba crear una nueva sino que *“se ha limitado a continuar con el contrato de operación hotelera.”*²⁰

Como se aprecia, existe una evidente contradicción entre lo contemplado en el artículo 222 del Código de Comercio, lo interpretado por la Superintendencia de Sociedades y lo que en la práctica sucede con la liquidación de las empresas, razón por la cual resulta de vital importancia la revisión de la norma, para así evitar que la conducta de los liquidadores sea temerosa.

¹⁷ ANEXO 5.

¹⁸ ANEXO 47.

¹⁹ ANEXO 47.

²⁰ ANEXO 49.

2. Disolución de las sociedades comerciales.

Para poder iniciar un proceso de liquidación de una sociedad mercantil, se debe primero disolver la misma, lo cual:

*“trae como consecuencia inmediata la liquidación, que no es sino el estado legal en que queda la compañía, por virtud del cual debe reducir sus bienes a dinero, pagar sus deudas y, finalmente, distribuir el remanente de los activos entre los asociados.”*²¹

Existe diferencia entonces entre la disolución de una sociedad y su respectiva liquidación, teniendo en cuenta que la primera:

*“no implica automáticamente la extinción de la sociedad, sino la apertura de un periodo que normalmente ha de conducir a ella.”*²².

*“Cuando se hace referencia a la disolución se está haciendo alusión a la resolución del negocio jurídico, y no a la extinción de la personalidad jurídica, pues esta subsiste para efectos de la liquidación, solamente se extingue con la finalización de la liquidación la aprobación de cuentas y la elevación a escritura pública registrada.”*²³

Una sociedad entonces:

“concluye su vida activa, a pesar de que frente a los asociados y a terceros persiste como sujeto de derecho con aptitud legal para ser demandante o demandada. Se inicia entonces una etapa de vida social pasiva, orientada básicamente a realizar el activo para cubrir primero el pasivo externo y luego el interno, pero la existencia de la

²¹ Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Tomo II, Editorial Temis, Segunda Edición, 2001 Pág. 329.

²² Reyes Villamizar, Francisco, Ibídem, Pág. 330.

²³ Barrero Buitrago, Álvaro, Manual para el Establecimiento de Sociedades, Librería ediciones del profesional Ltda., Quinta edición, 2011, Pág. 197.

*sociedad se prolonga hasta la aprobación definitiva de las operaciones propias de la liquidación.”*²⁴

En la ley española al igual que en Colombia se afirma:

*“La disolución, es pues, presupuesto para la extinción de la sociedad”*²⁵ y *“La disolución no es sino el efecto de un acto jurídico o de un hecho jurídico, que, a su vez, abre automáticamente la liquidación de la sociedad”*²⁶

En Argentina, por su parte,

*“la disolución implica la verificación de uno de los presupuestos previstos por la ley o por la voluntad de los socios, que inicia la última etapa de la vida societaria, denominada liquidación, donde se habrá de producir la realización del haber social.”*²⁷.

Como se puede ver, la autonomía de la voluntad de los socios al momento de incurrir en una causal de disolución es supremamente importante, ya que son precisamente ellos los llamados a tomar la decisión de terminar la sociedad.²⁸ Es decir que la voluntad plasmada en los estatutos sociales es ley para las partes y debe cumplirse y aceptarse o evitar su ocurrencia con una reforma estatutaria que sea el reflejo de la voluntad de los socios.

Pero la disolución puede no llevar necesariamente a una empresa a su liquidación. Existen otras figuras como la fusión y la escisión, dentro de las cuales las compañías se disuelven sin liquidarse y que se tratarán más adelante.²⁹ Tiene además unas etapas y

²⁴ Narváez García, José Ignacio, Ob. Cit., pág 403.

²⁵ Beltrán Emilio, La Disolución de la Sociedad Anónima, Segunda edición, editorial Civitas S.A, 1997, Pág. 25.

²⁶ Beltrán Emilio, Ibídem, Pág. 26.

²⁷ Hugo Richard, Efraín, Manuel Muíño, Orlando, Derecho, Ob. Cit., Pag. 351.

²⁸ Molina Sandoval, Carlos A, Tratado de las Asambleas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, primera edición, 2009. Pág. 135.

²⁹ Al igual que en Colombia, en España y Argentina las figuras de la escisión y fusión detienen el proceso de liquidación y, por supuesto, la extinción de la sociedad: *“La disolución determina la apertura del periodo de liquidación (“salvo en los supuestos de fusión o escisión total, o cualquier otro de cesión global del activo y del pasivo”: art. 266 LSA)*

puede que una empresa determinada no pase por todas o, que por el contrario, sí lo haga, eso depende de las decisiones que se tomen durante todo el proceso:

“La primera consiste en la disolución, aquel estado especial al que llegan las personas jurídicas cuando, en virtud de la voluntad de los asociados, del acaecimiento de causales especiales de orden estatutario, por disposición legal expresa o por orden de autoridad competente, no pueden seguir desarrollando su objeto social. Esta etapa debe formalizarse mediante el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes, de acuerdo con la causal que da lugar a ella.”³⁰

En esta etapa es donde se puede realizar una fusión, ya que como se verá más adelante, es necesario que la sociedad se encuentre disuelta para llevar a cabo dicha operación. En cuanto a la escisión, se puede presentar tanto en una sociedad disuelta como en una que no lo esté, eso dependerá de la decisión que tomen los socios respecto al futuro de su empresa y de qué clase de escisión quieren efectuar.

“La segunda etapa, es la liquidación propiamente dicha, o sea, el conjunto de actos mediante los cuales se realizan los activos de la compañía y se paga el pasivo externo e interno a su cargo.”³¹

Aquí, según la legislación colombiana, solo podría efectuarse la figura de la fusión impropia o reconstitución, la cual será retomada más adelante, pero siendo de vital importancia mencionar que ésta únicamente se puede implementar antes de seis meses contados a partir de la declaratoria de disolución. Además, en esta etapa las empresas que son vigiladas pueden realizar algunos actos que tienen que ver con la continuación de contratos de tracto sucesivo, siempre y cuando haya autorización de la Superintendencia de Sociedades:

³⁰ Cantillo, Ignacio, Mojica, María Esperanza, Procesos de disolución y liquidación de Sociedades, editorial Legis, 2001, Pág. 54.

³¹ Cantillo, Ignacio, Mojica, María Esperanza, Ibídem, Pág. 54.

*“Si ello no fuera así, todos los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la sociedad perderían su firmeza y seguridad jurídica una vez declarada la disolución y se estaría permitiendo a todas las sociedades burlar impunemente, mediante la declaración de disolución anticipada, las obligaciones adquiridas con terceros durante su vida social.”*³²

Pero, es aquí precisamente donde a pesar de la prohibición que trae la ley mercantil, algunas empresas han continuado con el desarrollo del objeto social anterior a la disolución, beneficiando no solo a los socios sino a trabajadores, acreedores y terceros que hacen parte de la liquidación misma. En este momento existe más claridad en el desarrollo práctico de dicho trámite gracias a la inclusión de la figura de la reactivación empresarial por medio de la ley 1429 de 2010, la cual permite la continuación de la explotación del objeto social por parte de una sociedad durante un proceso liquidatorio. Finalmente,

*“La tercera y última etapa es la de extinción; es decir, el cumplimiento de los trámites legales necesarios para que la sociedad deje de existir frente a terceros y frente a los socios.”*³³

En este punto la sociedad simplemente desaparece de la vida jurídica para siempre culminando así, el proceso de liquidación.

En cuanto a las dos primeras etapas de la disolución que son el punto central del presente escrito, se puede decir:

“El hecho de que una sociedad se disuelva y entre a la etapa de liquidación no significa que se suspendan sus órganos de administración, dirección y fiscalización, pues solo cuando se registre en la Cámara de Comercio del domicilio social el acta

³² Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, Orden Societario, Señal editora, Tercera Edición, 2010, Pág. 553.

³³ Cantillo, Ignacio, Mojica, Maria Esperanza, Ob. Cit., Pág. 54.

*contentiva de la cuenta final de liquidación, se extingue la persona jurídica, y por consiguiente la obligación de mantener dichos órganos en funcionamiento.”*³⁴

Lo cual quiere decir que los administradores de la sociedad en liquidación pueden continuar ejerciendo funciones y tomando decisiones con la representación del liquidador hasta el final del proceso, pero como sujetos consultivos nada más. Durante este tiempo podrían continuar ejecutando actos que beneficien a todos los participantes en la liquidación y hasta podrían impedir un daño mayor para la sociedad evitando la onerosidad que implica la liquidación misma.

Pero para que la disolución y por ende la liquidación de una sociedad se efectúe, ésta debe incurrir en las llamadas causales de disolución, que son:

*“a) Causas exigidas en la ley; b) Causas pactadas en los estatutos; c) Causas acordadas por el órgano máximo de la sociedad; d) Decisión administrativa o judicial.”*³⁵

Éstas causales son generales y se encuentran reunidas en el artículo 218 del Código de Comercio así:

“La sociedad comercial se disolverá:

- 1. Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;*³⁶
- 2. Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;*

³⁴Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 197.

³⁵ Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Primera Edición, Editorial ABC-Bogotá, 1975, pág 426.

³⁶ En Argentina, el artículo 94 de la Ley de Sociedades Comerciales enumera las causales de disolución, pero, en tratándose de la causal de expiración del término, ésta *“opera ipso iure (sin necesidad de declaración de los socios, pues así lo ha entendido mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia).”* —Molina Sandoval, Carlos A, ob. cit., pág. 136—. En cuanto a las demás causales, se pueden subsanar o corregir para que la sociedad continúe con sus actividades sin perder su personalidad jurídica, lo cual se conoce como *“subsistencia de la sociedad”*; y se trata *“de una facultad de los socios para poder continuar con la sociedad; es una solución normativa que pretende tutelar el interés en la subsistencia social (art. 100 LSC) por sobre los intereses en los que se funda la estipulación de un plazo determinado.”* —ibídem, pág. 137—.

3. *Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;*

(...) 5. *Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;*

6. *Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;*

7. *Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y*

8. *Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este código.”*

Del artículo anterior se puede colegir que, el contrato comercial de sociedad al ser ley para las partes podría llevar al fin a una compañía si no se modifica, como por ejemplo: el término de duración de la sociedad. Si éste no se aplaza en el tiempo estipulado podría incurrirse en la causal primera del artículo 218 del Código de Comercio y tendría como consecuencia la disolución, liquidación y extinción de la persona jurídica yendo tal vez en contra de los intereses de los socios que la conforman. Es por esto que dicho contrato social puede ser modificado por las partes para beneficio de sus asociados y de la empresa misma siguiendo claramente lo expresado en la ley mercantil.³⁷

³⁷ En España, por su parte, existen también las mismas formas generales de disolución de una sociedad, que son: por simple acuerdo social, disolución de pleno derecho, disolución por acuerdo social o por resolución judicial como consecuencia de una causa legal o estatutaria —Beltrán Emilio, ob. cit., pág. 167—. En este punto se nota una real diferencia entre la legislación colombiana y la española en el sentido que lo llamado “quiebra” en la ley española corresponde a lo que aquí se llama “insolencia o liquidación obligatoria” y la “liquidación social” corresponde a la “liquidación voluntaria”. Pero lo más novedoso de esta diferencia consiste en que una liquidación obligatoria no tiene que terminar con la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad en España, ya que lo que realmente se busca es responder a los acreedores con lo que tenga de patrimonialmente la sociedad. Así, “una sociedad puede ser declarada en quiebra cuando se encuentre en periodo de liquidación (art. 281 LSA); una sociedad puede ser disuelta cuando se encuentre en estado de quiebra; una sociedad, en fin puede ser declarada en quiebra y no por ello disolverse (art. 260.2 LSA).” —ibídem, pág. 33—. Cuando la sociedad se disuelve por simple acuerdo social en España: “el acuerdo no se concibe como una modificación estatutaria, de forma que no es de aplicación el especial derecho de información que asiste a los accionistas en relación con la modificación de estatutos.” —ídem, pág. 167—. Esta decisión tomada por los accionistas podría llegar a vulnerar los derechos de los socios minoritarios debido a que llegar al acuerdo de incurrir en una causal de disolución y pasar a la liquidación de la empresa, es contraproducente si no se hace con las formalidades legales, tales como informar a todos los socios un

Pero al momento de incurrir en una causal de disolución,

“La posibilidad de que las partes regresen al estado en que se encontraban antes de contratar, resulta inalcanzable en el caso de las sociedades, por la complejidad de las actividades que éstas realizan en el decurso de su existencia. No debe olvidarse que las compañías son, en general, el resultado de la celebración de un acuerdo de voluntades plurilateral, de colaboración y de tracto sucesivo, que envuelve múltiples e intrincados intereses jurídicos y económicos. Las operaciones del ente societario no solo se traducen en derechos y obligaciones para los asociados, sino que de continuo anexan intereses de personas extrañas a la compañía. Y es por esta razón por la que, después de disolverse la sociedad, es legalmente obligatorio cumplir el trámite de su liquidación, en la forma y términos establecidos en la ley.”³⁸

Así, muchos factores pueden ser impedimento para que una sociedad continúe desarrollando su objeto social, como sucede con el manejo desafortunado de una empresa o que debido a causas externas a la misma una autoridad como la Superintendencia de Sociedades en Colombia tome la determinación de disolver y por ende, liquidar a una compañía. Dicha imposibilidad:

“puede ser de carácter legal, físico o económico: es de carácter legal, cuando el Estado prohíbe o restringe a los particulares las actividades que venía desarrollando la

tema de tal talante. Por su parte, la disolución de pleno derecho en España, opera cuando en los estatutos sociales se cumple el término de la sociedad, y, al igual que en Colombia, se puede enervar la causal haciendo una reforma estatutaria antes de vencido dicho término, si no es así, entrará la sociedad en liquidación automáticamente. Por último la disolución como consecuencia de una causa legal consiste en que *“la ocurrencia de una causa de disolución no es suficiente para estimar disuelta una sociedad, sino que es necesario, además, un acuerdo en tal sentido de la sociedad o, en su defecto, una resolución judicial”* Esta disposición tiene sentido al no acabar con la sociedad por la incursión en una causal de disolución, sino que permite que los socios de la misma decidan si va de acuerdo con los intereses sociales. Entonces, en cuanto a las causales de disolución en España se puede decir: *“En ocasiones, ésta se produce automáticamente. Así sucede cuando es consecuencia de una decisión de la Junta General (...) del cumplimiento del término fijado en los estatutos (...), o de la apertura de la fase de liquidación en caso de concurso de la sociedad (...). En otros supuestos, la efectividad de la disolución requiere el reconocimiento de la existencia de la correspondiente causa por los socios o por el juez. Es el caso de la disolución por conclusión de la empresa, imposibilidad de realizar el fin social o paralización de los órganos sociales.”* —Fernández del Pozo, Luis, Sánchez Rus, Heliodoro, Ob. Cit., Pág. 837—.

³⁸ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 331.

sociedad; es de carácter físico, cuando se da por ejemplo una catástrofe, como un terremoto o una inundación, que destruya las instalaciones y la maquinaria de la sociedad; es de carácter económico, cuando tiene su origen en causas de este género, como por ejemplo, bruscas e imprevisibles devaluaciones, dificultades insuperables para obtener recursos económicos, etc.”³⁹

Al incurrirse entonces en una causal de disolución, sea cual fuere el motivo, cambia el objeto social de la compañía, ya que:

“la finalidad de carácter particular perseguida por los asociados en el momento de constituir la sociedad, consistente en “repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social” (C.de Co., art. 98), cambia radicalmente desde el momento de la disolución, para dar paso a un objetivo de carácter general: el de cancelar los pasivos sociales con el producto de la enajenación de los bienes de la compañía, esto es, dar por terminado el estado de liquidación.”⁴⁰

El objeto de la sociedad se transforma radicalmente al inicio de la liquidación para llevar a cabo la extinción de la sociedad mercantil, sin la posibilidad de continuar o ejecutar actos del objeto social anterior. Pero conserva en su totalidad la personalidad jurídica y únicamente al momento de terminar la liquidación desaparece para siempre. Ello es así, ya que si la personalidad jurídica terminara desde el momento de la disolución los socios no participarían en la liquidación o no podrían operar las figuras de la escisión, fusión o reactivación.

³⁹ Velásquez Restrepo, Ob. Cit., Pág. 563.

⁴⁰ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 333.

3. Liquidación de las sociedades comerciales.

Consecuencia inmediata de la disolución de una sociedad mercantil es su liquidación⁴¹, dentro de la cual los socios tomarán decisiones encaminadas a la destrucción de la misma, la persona jurídica se deshará de todos los bienes que la componían y desaparecerá de la vida jurídica para siempre.

*“La liquidación consiste básicamente en llevar a cabo un conjunto de operaciones y actos que son necesarios para desatar y extinguir todas las vinculaciones existentes entre la sociedad y los terceros que con ella contrataron; así como de las relaciones jurídico- económicas del ente colectivo con sus propios asociados.”*⁴²

Se exhibe una situación en la que la sociedad ha llegado a un punto de inactividad debido a que no está produciendo ni generando para los socios las utilidades que hacen de la empresa el real interés entre los asociados, y por lo tanto se ha convertido en un ente pasivo que tiene que cumplir con las obligaciones pendientes con los terceros, además de la culminación de la relación contractual entre los socios que la conforman. Así,

“La consecuencia necesaria de la disolución de la sociedad es la liquidación de su patrimonio (C. de Co., art. 222), porque deja de tener un papel activo, de servir de

⁴¹ En España se hace énfasis en las dos significaciones que se le da a la liquidación, ya que esta puede ser entendida como: “*el procedimiento (conjunto de operaciones materiales y jurídicas) dirigido a hacer posible el reparto del patrimonio social entre los accionistas previa satisfacción de los acreedores sociales.*” —Beltrán Emilio, ob. cit., pág. 26—. Esta definición es similar a la que contenía el artículo 95 de la Ley 222 de 1995, derogado en este momento por la ley de insolvencia 1116 de 2006, lo cual ha generado un vacío normativo al no existir siquiera una descripción de tal procedimiento en Colombia. La otra acepción que le da la doctrina española a la liquidación es el “*estado en que se encuentra la sociedad desde que se ha producido su disolución hasta que sobreviene la extinción definitiva. Se habla entonces, de estado de liquidación.*” —ídem—. Dicho razonamiento es la ubicación espacio-temporal de la sociedad que está pasando por su trámite liquidatorio que finalizará con su extinción.

⁴² Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, editorial Legis, Séptima edición, 1996, Pág. 353.

*medio de explotación del objeto o empresa social, para asumir un papel pasivo, servir de garantía o prenda común o general de los acreedores.”*⁴³

De esto se puede deducir que, un proceso de liquidación no debe ir más allá de la extinción misma de la sociedad y que por lo tanto no cabría el hecho de continuar ejecutando actos tendientes al desarrollo del objeto social de la compañía cuando estaba activa y tampoco:

*“supone la supervivencia de la persona jurídica porque desde el momento de la disolución el patrimonio deja de ser el medio para el cumplimiento de la finalidad perseguida por la sociedad (objeto social), para transformarse en el medio para liquidar las diversas situaciones jurídicas originadas durante la vida social.”*⁴⁴

En España,

*“una cosa es la liquidación del patrimonio social y otra es liquidación de sociedad”*⁴⁵, ya que *“la disolución conduce a la extinción de la sociedad, pero no necesariamente a la extinción de la empresa que puede sobrevivir, aunque la sociedad este disuelta, mediante una operación de reestructuración empresarial.”*⁴⁶

Esta diferenciación es importante incluirla en el régimen colombiano para entender que a pesar de liquidar el patrimonio de una sociedad, ésta no tiene necesariamente la obligación de liquidarse también, sino que puede continuar con el desarrollo de su objeto social sin extinguir su personalidad jurídica con figuras como la reactivación empresarial.

“La esencia de la liquidación radica en extinguir las relaciones jurídicas sociales con terceros (liquidación patrimonial) y con los socios (división patrimonial). Ni una ni otra fase implican la necesidad de convertir el patrimonio social en dinero o

⁴³ Neira Archila, Luis Carlos, Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades, Editorial Temis, 2006, Pág. 261.

⁴⁴ Neira Archila, Luis Carlos, Ibídem, Pág. 262.

⁴⁵ Beltrán Emilio, Ob. Cit., Pág. 31.

⁴⁶ Ibídem.

de eliminar la empresa. La Ley configura como hipótesis normal que los bienes sociales sean enajenados para la satisfacción de acreedores y socios; pero no lo exige. Es posible que la extinción de las relaciones con terceros pueda hacerse de otro modo y cabe, asimismo, que se establezca una división in natura entre los socios o la transmisión de la empresa a un tercero o a un socio”⁴⁷

Recogiendo entonces todo lo anterior, se puede afirmar:

“la liquidación de la sociedad, es un procedimiento regulado en la ley, cuya observancia es obligatoria en Colombia para todas las compañías mercantiles, que persigue, a través de la realización de una cadena de actos complejos, la conclusión de las actividades pendientes al tiempo de la repartición del remanente de dinero o bienes entre los socios y la extinción de la persona jurídica- sociedad.”⁴⁸

En cuanto a los socios de una empresa en liquidación el artículo 223 del Código de Comercio afirma:

“Disuelta la sociedad, las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación.”

De esto se desprende que el máximo órgano social de una empresa en liquidación tendrá funciones consultivas y de asesoramiento del liquidador para la realización efectiva de la operación liquidatoria, ya que el objeto mismo de la liquidación es pagar las obligaciones pendientes con los acreedores y si luego de esto queda algún remanente, será repartido entre los socios. La lógica misma de ésta figura permite entender que su objetivo no es precisamente que la empresa continúe creciendo, sino la destrucción total de la misma; ya que en el caso contrario no se estaría hablando de una liquidación sino de una fusión impropia o reorganización empresarial.

⁴⁷ Ídem. Pág. 28.

⁴⁸ Reyes Villamizar, Francisco Hernando, Disolución y liquidación de sociedades comerciales, Superintendencia de Sociedades, Bogotá 1992, Pág. 104.

Por lo tanto, la liquidación de una sociedad conlleva a la paralización de actividades de la empresa impidiendo la realización de nuevos contratos por parte de la misma, debido a que los administradores, incluyendo al representante legal, ya no continuarán a cargo de las funciones que ejercían normalmente. Ésta medida se toma para poder realizar un inventario de los bienes de la empresa que ahora es deudora y así poder efectuar el pago de las obligaciones pendientes con sus acreedores. Además, se congelan todas las actividades que venía ejecutando la sociedad deudora, los libros de contabilidad se retienen y se da aviso a la cámara de comercio, a los deudores y acreedores de la misma para que pueda efectuarse el proceso de liquidación.

La Ley 1116 de 2006 regula el procedimiento de insolvencia de las empresas y delimita la capacidad de las mismas dentro del proceso evitando que la situación del deudor empeore o se afecten los derechos de los acreedores. Así, el artículo 16 afirma:

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

Por lo tanto, las obligaciones contraídas por la empresa hasta el momento del inicio de la liquidación seguirán teniendo efectos y en ningún caso se podrán modificar para beneficio de ninguna de las partes interesadas en el proceso.

El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 también ordena:

“A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.”

Lo anterior se traduce en que las empresas dentro de un proceso de liquidación no pueden realizar ningún tipo de arreglo a las obligaciones pendientes, debido a que si se llegase a efectuar por ejemplo un acuerdo de pago con algún acreedor, se vulneraría el derecho de otros interesados en hacer efectivo su crédito en igualdad de condiciones según la prelación de pagos ordenada por la ley y, así mismo, la liquidación no cumpliría con su finalidad y mutaría en un acuerdo de pago dándole fin a la misma.

Dentro del proceso liquidatorio no cabe entonces la ejecución de actos diferentes a los de la liquidación misma; limitando la capacidad de la sociedad para continuar con el cumplimiento de obligaciones tales como el pago de salarios, los cuales, al irse acumulando generan cargas elevadísimas para una compañía. Cabe aclarar que cuando una sociedad entra en liquidación los pasivos laborales siguen corriendo intereses hasta

el momento en el que se paguen definitivamente las obligaciones pendientes, lo cual acrecienta la deuda de la empresa porque los trabajadores no continúan produciendo ni trabajando afectándose también sus propios intereses, ya que:

*“Tan pronto se conoce el hecho de la disolución, se produce un desestímulo casi total, cada empleado siente que su trabajo no tiene proyección alguna, que sus días laborales están contados y que seguramente ni siquiera se le podrá pagar lo que legalmente le corresponde.”*⁴⁹

Además,

*“Es importante tener en cuenta que la declaratoria de la disolución no es justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo y, en consecuencia de ser necesario, el empresario debe indemnizar a sus trabajadores.”*⁵⁰

Estas indemnizaciones generan costos elevadísimos a las empresas sumándose al mal estado económico en el que puedan encontrarse siendo inconveniente tanto para las sociedades como para los trabajadores mismos, que, como se afirmó anteriormente, no saben si se les pagará lo que les pertenece y si será pronto o no. Igualmente,

*“Al liquidador le toca hacer ingentes esfuerzos para mantener unos grupos de apoyo básicos, tratando de convencer a las personas claves por su experiencia y conocimientos sobre la sociedad, tales como el contador, las secretarías, jefes de producción, etc., para que permanezcan el mayor tiempo posible vinculadas a la empresa. Igualmente, resulta muy complejo reemplazar a las personas que se desvinculan, por el costo que ello representa, que es que muy poco atractivo entrar a laborar en una sociedad en trance de liquidación. Estas circunstancias hacen que los procedimientos que se deben cumplir vayan precedidos de demoras e incoherencias.”*⁵¹

⁴⁹ Cantillo, Ignacio, Mojica, María Esperanza, Ob. Cit., Pág. 60.

⁵⁰ Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 207.

⁵¹ Cantillo, Ignacio, Mojica, María Esperanza, Ob. Cit., Pág. 60.

El liquidador tiene infinidad de limitaciones que están definidas en la ley, pero que en la práctica son trabas a la ejecución del mismo proceso liquidatorio retardándolo y haciendo más oneroso para la compañía el pago de su pasivo externo y por supuesto, de la liquidación misma.

“Al liquidador, entonces, le corresponde convertirse en un ser muy creativo en el diseño de soluciones, en las que en múltiples ocasiones se ve obligado incluso a comprometer su responsabilidad personal y patrimonial de manera grave, pues decisiones como la compra de materia primas y equipos, la contratación de personal temporal o de supernumerarios, así como la vinculación de asesores contables, jurídicos, financieros, etc., tiene que ser evaluadas dentro del contexto global de la realidad que se da con motivo de la liquidación y no necesariamente dentro de la concepción teórica que muestra el Código de Comercio.”⁵²

Es por esto por lo que

“tanto las autoridades de vigilancia y control, como los accionistas, socios y aún los mismos acreedores, deben ser flexibles en relación con la aplicación del artículo 222, dejando básicamente al criterio del liquidador, orientado por la junta asesora y la misma asamblea de accionistas, el manejo particular de cada una de las situaciones, en el entendido de que se deberá dar preferencia a la conveniencia colectiva sobre la interpretación rigurosa de la disposición. No hacerlo así, genera un sinnúmero de problemas jurídicos con implicaciones económicas que entran a dificultar aún más el proceso liquidatorio.”⁵³

Aún así, no es claro qué actividades específicas se pueden o no ejecutar dentro de un proceso liquidatorio. Según el artículo 238 del Código de Comercio lo único que

⁵² Ibidem.

⁵³ Ídem. Pág. 58.

pueden hacer las sociedades en liquidación diferente a los actos encaminados a la liquidación misma es:

“continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución”.

Aunque tal norma no se refiere a la iniciación de nuevos negocios en desarrollo del objeto social, sí significa que el liquidador tiene la facultad y el deber de realizar los actos y contratos necesarios para dar cumplimiento a negocios celebrados por la compañía con anterioridad al advenimiento de la disolución. De manera que si por ejemplo, la sociedad se había comprometido con un tercero a suministrarle productos determinados durante un tiempo prefijado, el liquidador o representante legal podrá completar el suministro en la medida en que el cumplimiento de dicho contrato no sea incompatible con la finalidad de liquidar la sociedad.”⁵⁴

La Superintendencia de Sociedades analiza este punto y siguiendo los lineamientos legales afirma:

“si una sociedad en plena actividad no puede ejecutar actos o contratos no comprendidos dentro del objeto social, menos aún durante el trámite de la liquidación cuando incluso por disposición legal le está vedado iniciar operaciones comprendidas dentro del objeto social, lo que no impide continuar con los negocios jurídicos y obligaciones adquiridas con anterioridad a la fecha de la disolución, los cuales deben continuar hasta su vencimiento en los términos contraídos (num 1, art. 238 C. de Co.), sin que se permita su prórroga pues como es obvio, sería realizar nuevas operaciones en manifiesta violación al ordenamiento mercantil, aparte de innecesarias puesto que se prolongaría en el tiempo la existencia de la sociedad. Y no podía ser de otra manera puesto que permitir al ente societario desarrollar las actividades propias del objeto

⁵⁴ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 336.

social o ejecutar actos que no tiendan a la pronta liquidación del mismo, sería contrario a la finalidad del proceso mismo, que pretende la realización de todos los bienes inventariados para atender el pago del pasivo externo e interno y, si hubiere remanente, distribuirlo entre los asociados”⁵⁵.

Lo cual quiere decir que, a pesar de la prohibición contenida en la ley de continuar desarrollando el objeto social anterior a la liquidación existen algunos contratos que al extenderse en el tiempo no pueden culminar por el simple hecho de la liquidación de la sociedad, ya que podría entenderse como un notable incumplimiento de una obligación contractual resultando entonces en una carga adicional para la compañía. Así,

“Resulta útil, en este punto, advertir que las sociedades en desarrollo de su objeto social celebran tanto contratos de ejecución inmediata como de tracto sucesivo. Sobre éstos últimos al momento de la disolución, la ley comercial no dispuso su terminación inmediata, pues ello comprometería su responsabilidad por un incumplimiento contractual.”⁵⁶

Ejemplos de dichos contratos serían:

“el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que han de prolongarse por algún tiempo porque se derivan de contratos de tracto sucesivo o ejecución escalonada; o la realización de operaciones útiles a la liquidación, como la adquisición de materias primas o productos semielaborados para continuar explotando los establecimientos de la sociedad y cuya paralización ocasionaría perjuicios a los asociados y a terceros.”⁵⁷

Según esto, ¿Quién determina la compatibilidad del contrato con la ejecución de la liquidación? La ley afirma que podrían presentarse ciertos casos donde la Superintendencia de Sociedades por medio de una autorización permitiría la realización de alguna de estas acciones para beneficio de los negocios del deudor sin detrimento de

⁵⁵ Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-51188 de 30 de diciembre de 2001.

⁵⁶ Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, Ob. Cit., Pág. 553.

⁵⁷ Narváez García, José Ignacio, Ob. Cit., Pág. 426.

los acreedores; lo cual quiere decir que, la congelación de las actividades de la empresa dentro de un proceso de liquidación no es del todo estricta bajo esta normativa permitiendo realizar actividades a la misma. Podría además, en un momento determinado adquirir nuevas obligaciones e iniciar de nuevo el funcionamiento de la misma, como si se tratara de una empresa que apenas comienza a existir jurídicamente, si dichos contratos no afectan el transcurso de la liquidación.

Esta es la gran discusión que se presenta durante un proceso de liquidación, ya que por un lado no se permite continuar con la explotación del objeto social y así mismo, se hace necesario ejecutarlo para no hacerla más onerosa. La Superintendencia de Sociedades por su parte admite:

“es claro que la sociedad en liquidación conserva su capacidad para atender las obligaciones adquiridas y ejecutar los actos tendientes a la realización del haber social con el fin de pagar el pasivo externo y posteriormente el interno, pero ello no implica la pérdida ni suspensión de sus derechos pues en modo alguno la situación por la que atraviesa puede ser motivo para que se le vulneren sus derechos so pretexto de que carece de capacidad para desarrollar su objeto social o ejecutar actos en desarrollo del mismo.”⁵⁸

Pero,

“Desde el punto de vista práctico no siempre resulta fácil determinar la línea divisoria entre los actos propiamente liquidatorios y aquellos que se consideran una continuación irregular de las actividades previstas en el objeto social. En efecto, muchos actos de conservación de bienes o aun tendientes a facilitar la liquidación pueden confundirse con una reactivación de la sociedad disuelta. Dentro de los primeros pueden mencionarse, por ejemplo, la contratación personal para el cuidado o

⁵⁸ Superintendencia de Sociedades, Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 2000, Pág. 213.

*mantenimiento de los equipos que habrán de liquidarse, la conservación temporal de inversiones de recursos liquidados de la sociedad, el arrendamiento de equipos de la sociedad o aun del propio local donde funcionaba la compañía.”*⁵⁹

Debido a la nebulosidad de la ley mercantil respecto a lo que puede o no realizar una sociedad en proceso de liquidación obligatoria, los liquidadores son temerosos de traspasar los límites legales simplemente porque no saben dónde comienzan y terminan los tenues linderos que establece la ley pudiendo comprometer su propia responsabilidad. Pero básicamente la finalidad última de la liquidación:

*“es realizar un conjunto de operaciones materiales y jurídicas tendientes a establecer qué tiene y qué debe la sociedad; cumplir las obligaciones pendientes; saldar el pasivo externo y determinar el activo neto divisible entre los asociados, así como la distribución del remanente entre ellos.”*⁶⁰

Antes de ejecutar dichos actos se debe elaborar un inventario donde se conozcan tanto los activos como los pasivos de la sociedad incluyendo el capital no pagado, para así poder determinar si existe algún remanente para los socios luego de pagar los pasivos pendientes. El hecho de realizar un proceso liquidatorio conlleva a

*“...causar serios perjuicios a los socios y acreedores, por motivo de la presumible depreciación que han de sufrir los activos sociales durante el tiempo en que se mantengan inutilizados e ilíquidos.”*⁶¹

Es por esto que se han presentado muchos casos en los que las empresas continúan utilizando la maquinaria que hace parte de la liquidación con el fin de evitar su deterioro por falta de uso volviendo a generar ingresos para la empresa. Esto incrementa la

⁵⁹ Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, TOMO II, editorial Temis, 2008, Pág. 330.

⁶⁰ Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Décima edición, editorial Legis, 2008, Pág.416.

⁶¹ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 302.

producción, lo cual es conveniente también para los acreedores, ya que hay más posibilidades de hacer efectivo su crédito. A esto se suma que:

“No se contempla en la legislación colombiana la exigencia de un término definido y perentorio para que los liquidadores concluyan el proceso liquidatorio.”⁶²

Es decir que un proceso liquidatorio podría durar meses o años aumentando los pasivos de la empresa, pero no los activos para hacer efectivos los créditos disminuyendo las posibilidades de los acreedores a obtener el monto de las deudas que la empresa tiene con ellos. Además,

“podemos afirmar que las disposiciones legales relacionadas con este tema son insuficientes, tanto para el caso de las liquidaciones privadas como para el de las obligatorias.”⁶³

Se necesita pues, una normatividad que armonice con las necesidades de las empresas que se encuentran en liquidación, para facilitar no solamente el proceso mismo, sino para que los administradores, liquidadores y socios puedan guiarse sin el temor de errar en su actuar.

3.1. Clases de liquidación.

Para complementar el presente escrito es de vital importancia analizar las dos formas de liquidación que existen en la legislación colombiana como son: la voluntaria y la obligatoria.

Así, la Superintendencia de Sociedades afirma que la finalidad de las dos figuras consiste en el exterminio de la sociedad, pero que se diferencian en algunos aspectos a saber:

⁶² Ibídem, Pág. 302.

⁶³ Cantillo, Ignacio, Mojica, María Esperanza, Ob. Cit., Pág. 53.

- “1. La privada es consecuencia del acaecimiento de una causal de disolución establecida en la ley, la obligatoria se da por la verificación que hace el juez del concurso de los presupuestos que la hacen procedente, esto es, las dificultades económicas que afronta el deudor;*
- 2. En la privada la disolución debe ser decretada por los asociados y como consecuencia de ella sobreviene su inmediata liquidación; en la obligatoria la disolución de la sociedad es consecuencia de la apertura del trámite liquidatorio;*
- 3. En la privada al liquidador lo designan o remueven los socios, en la obligatoria es designado por el juez del concurso y su remoción la realiza el juez de oficio o a petición de la junta asesora, cuando se acredite el incumplimiento grave de sus funciones;*
- 4. En la privada los órganos sociales continúan ejerciendo funciones en los términos del artículo 223 del Código de Comercio, en la obligatoria los órganos de administración y dirección quedan en suspenso y la vigilancia recae directamente en los acreedores a través de la junta asesora del liquidador y el juez del concurso, con excepción de la revisoría fiscal;*
- 5. El inventario en la privada es aprobado por los asociados, en la obligatoria se verifica previamente por la junta asesora del liquidador y se aprueba por la Superintendencia de Sociedades, o el juez competente”⁶⁴.*

Ésta diferenciación permite deducir que dentro de una liquidación privada existe más libertad al momento de manejar los movimientos empresariales por parte de los administradores, pero siempre tendrá que terminar la sociedad con su personalidad jurídica. Mientras en la liquidación obligatoria la Superintendencia de Sociedades controla y vigila cada movimiento y operación que se haga limitando el campo de acción aún más. A pesar de esto, la sociedad no necesita exterminarse, ya que cabe la

⁶⁴ Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-44462 de 30 de octubre de 2001.

posibilidad de un acuerdo de pago, fusión, escisión o reorganización empresarial, casos en los cuales no se acabaría con la personalidad jurídica de la empresa.

Aunque en la liquidación privada no hay una separación de los cargos de administradores ni cambio alguno en cuanto a la calidad de los socios, la Superintendencia de Sociedades afirma:

“los actos de administración deben estar encauzados a la cancelación del pasivo tanto externo como interno de la sociedad, por lo que se concluye que en este estado, la representación legal y la administración de la sociedad, se confunden en la persona del liquidador y por tanto, desaparece la junta directiva, órgano social, que ordinariamente se transforma en junta asesora del liquidador.”⁶⁵.

Es por esto que la calidad de administrador de las sociedades mercantiles en un proceso de liquidación es absolutamente comprometedora y la ley es estricta con su actuar, ya que si toma alguna decisión que se salga del marco de la liquidación como tal compromete su responsabilidad ilimitadamente. Se deberán analizar entonces los dos trámites existentes dentro de la liquidación de las sociedades comerciales: la liquidación privada y la obligatoria.

3.1.1. Liquidación voluntaria o privada.

Se efectúa cuando una sociedad incurre en una causal de liquidación como por ejemplo su duración estipulada en los estatutos sociales. Es la que realiza la sociedad por sí misma sin necesidad de intervención de autoridad alguna:

“Es el trámite previsto en el Código de Comercio (artículos 225 a 259) que realizan los propios órganos de la sociedad y que opera para las sociedades que no

⁶⁵ Superintendencia de Sociedades, Concepto jurídico 220-34326 de 30 de agosto de 2001.

estén sometidas a la vigilancia de ninguna superintendencia ni a trámite especial de liquidación y en las cuales no existe desacuerdo entre los socios con respecto a la operancia de una causal de disolución o en cuanto a la liquidación misma”⁶⁶.

Pero cuando hay discordancia entre los socios en cuanto al trámite liquidatorio o a una causal de disolución, se lleva a cabo el proceso de liquidación judicial para que éste declare cuál causal se aplica al caso en concreto y define el proceso de la liquidación como tal:

“El conflicto entre los asociados sobre la forma de hacer la liquidación podría motivar que el trámite perdiera su carácter privado y se convirtiera en un procedimiento judicial.”⁶⁷

Igualmente,

“Puede suceder que la liquidación no pueda adelantarse satisfactoriamente por cuanto los bienes se encuentran embargados por un acreedor que no accede al levantamiento para facilitar su enajenación o que los mismos no pueden ser enajenados por cuanto el acreedor con garantía real no levanta el gravamen hasta tanto no se satisfaga su acreencia, pese a que existen acreedores de mejor privilegio y por tanto deban ser atendidos en primer lugar.”⁶⁸

El juez entonces entra a conocer en un primer momento el conflicto existente para la escogencia de la causal de disolución y

“una vez probada debidamente, se dicta sentencia declarándola y ordenando la liquidación de la sociedad”⁶⁹.

Luego de ordenada la liquidación de la sociedad, se pasa efectivamente a realizarla y

⁶⁶ Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, Ob. Cit., Pág. 593.

⁶⁷ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 419.

⁶⁸ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-59529 de 23 de junio de 1999.

⁶⁹ Peña Nossa, Lisandro, Ruiz Rueda, Jaime, Manual de Sociedades Comerciales, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, Pág. 305.

“el proceso liquidatorio concluye con la sentencia aprobatoria del trabajo de partición presentado con los respectivos comprobantes”⁷⁰

La liquidación judicial es subsidiaria al trámite voluntario, ya que procede cuando existe un conflicto en cuanto a la liquidación misma en el proceso privado. Por esto, si no se presenta inconveniente alguno, se efectúa la liquidación voluntaria por los mismos socios. Pero,

“el hecho de que el proceso lo adelanten las sociedades sin intervención de ningún organismo estatal, no quiere decir que puedan alterarse o pretermitirse los requisitos que fija la ley, pues como ya se señaló, las normas pertinentes son de carácter imperativo.”⁷¹

Teniendo esto en cuenta, el proceso de la liquidación voluntaria

“se inicia con la información a los acreedores sociales de que la sociedad se encuentra en estado de liquidación”⁷².

Esta información tiene que ser suministrada por el liquidador y luego se debe elaborar el inventario del patrimonio de la sociedad donde se conoce realmente en qué situación económica se encuentra. Dicho inventario lo debe presentar el liquidador a los socios de la sociedad para su aprobación, aunque

“bajo el régimen legal vigente, solo están obligadas a presentar el inventario del patrimonio social las sociedades anónimas y en comandita por acciones, sometidas permanentemente a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, así como las sucursales de sociedades extranjeras.”⁷³

La intervención por parte de la Superintendencia de Sociedades

⁷⁰ Peña Nossa, Lisandro, Ruiz Rueda, Jaime, Ob. Cit., Pág. 306.

⁷¹ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 414.

⁷² Narváez García, José Ignacio, Ob. Cit., Pág. 456.

⁷³ Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Temis, 2011, Pág. 414.

“no es para que bajo su dirección se haga el inventario sino para que ante su despacho se discuta y sea él quien decida cualquier objeción que se formule.”⁷⁴

Las demás clases de sociedades no necesitan presentar el inventario a la Superintendencia de Sociedades, pero si tienen que elaborarlo para que los socios conozcan la situación económica de su compañía y para que los acreedores se percaten de lo que puede suceder con sus créditos.

3.1.2. Liquidación obligatoria.

Por su parte, la liquidación obligatoria incluye la intervención de la Superintendencia de Sociedades debido al delicado estado en el que se encuentra la sociedad en cuanto a su liquidez y a su incumplimiento con los acreedores:

“Opera cuando una sociedad se halla en dificultades o deterioro de su situación patrimonial que le impidan cumplir sus obligaciones económicas frente a terceros.”⁷⁵

Estas dificultades se presentan:

“Cuando no se puede atender el pago de las obligaciones adquiridas consciente y voluntariamente en el ámbito de la administración de los recursos escasos, significa que algo en el ámbito empresarial no marcha bien, ya sea en el terreno de la administración financiera, ora en otra dimensión gerencial en donde se adopta la decisión de adquirir las obligaciones de contenido patrimonial. Es probable que la crisis se genere por causas fortuitas o de fuerza mayor, como fenómenos de la

⁷⁴ Narváez García, José Ignacio, Ob. Cit., Pág. 458.

⁷⁵ Peña Nossa, Lisandro, Ruiz Rueda, Jaime, Ob. Cit., Pág. 306.

naturaleza o propios del mercado; aun así, es deber del empresario prever las contingencias en un medio donde el negocio es el manejo del riesgo.”⁷⁶

Hoy en día, las empresas entran a competir en el mercado con más fuerza que antes y si no están preparados para afrontar riesgos económicos pueden llevar a sus empresas a la ruina:

“a diferencia del pasado, las empresas se someten hoy a profundos cambios de tecnología, a una mayor complejidad y alcance de sus negocios, a la aplicación intensiva de prácticas y estándares reconocidos internacionalmente”⁷⁷.

Pero la crisis empresarial en Colombia no solamente se da por factores externos del mercado, sino también por un mal manejo administrativo dentro de las mismas compañías. Así,

“Tradicionalmente un número importante de empresarios han tenido la mala costumbre de no pagar correctamente los impuestos, los aportes patronales, las prestaciones laborales, los pagos de cartera y otros compromisos. Existe una actitud mental negativa, pues se utilizan maquinaciones y artificios para reducir tales pagos, por ejemplo, ocultando ingresos con una doble contabilidad, informando menores valores salariales para reducir los aportes o mostrando dificultades financieras irreales para no cumplir con sus obligaciones contractuales”⁷⁸.

Éste comportamiento afecta de forma directa a la empresa, a los que hacen parte de la misma y a los que trabajan para ella, pero igualmente contagia dicho perjuicio a los acreedores, inversionistas y al Estado mismo desencadenando un “efecto dominó” al momento de revelar sus cifras reales.

⁷⁶ González H., Oscar, El Conflicto de La Sociedad y sus Acreedores, El proceso concursal en la nueva legislación comercial colombiana, Derecho Societario Contemporáneo, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, Pág. 484.

⁷⁷ Ámbito Jurídico, Los Nuevos Desafíos de la Competencia Profesional, del 1 al 14 de marzo de 2010, número 292.

⁷⁸ Amado Hernández, Orlando, Algunas causas no críticas para la disolución de sociedades y cómo corregirlas, Causas y Soluciones a las Crisis Empresariales, Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá, 1999, Cámara de Comercio de Bogotá. Pág. 101.

*“Otras tendencias, como la manipulación o “arreglo” de estados financieros y declaraciones tributarias, han generado sanciones a representantes legales, contadores públicos, revisores fiscales, administradores y otros funcionarios; las leyes tributarias y comerciales sancionan drásticamente estas actitudes, por lo que dicen los empresarios que hay ‘una persecución, que no dejan trabajar’ y lo utilizan como pretexto para mostrar una situación caótica y acabar con las empresas. En muchos casos, los socios de las empresas utilizan los recursos económicos de estas para atender sus gastos personales, autorizando pagos indebidos a nombre de terceros y aprobando anticipos de utilidades no causadas. Esta descapitalización necesariamente agota con los recursos de las empresas y también las lleva a situaciones de alto endeudamiento y, por lo tanto, a su desmejoramiento financiero.”*⁷⁹

El hecho de realizar este tipo de actos engañosos para sacar un supuesto beneficio para la empresa generan una desorganización interna que conlleva, como ya se ha dicho, a su pronta liquidación y más preocupante aun, es que la economía del país decae también por la falta de empleo, crecimiento industrial y tecnológico. Entonces:

“La experiencia señala que en las mas de las veces existe una nítida relación de causalidad entre variables de contenido administrativo y la situación de crisis. En otras palabras, es muy frecuente encontrar nexos causales entre situaciones internas de la compañía y la iliquidez propia de estos conflictos. Esta situación que cuestiona diariamente la eficiencia de las organizaciones, es muchas veces ignorada de manera deliberada, eludiendo las responsabilidades propias de los administradores y quienes están comprometidos en el proceso de toma de decisiones de las empresas deudoras, de tal suerte que se le endilga la responsabilidad a las variables exógenas, como el mal gobierno, las fuerzas de la naturaleza, los caprichos del mercado, la maledicencia de la

⁷⁹ Orlando Amado Hernández, Ob. Cit., Pág. 103.

competencia, las desmedidas ambiciones de los agentes financieros, la incomprensión ajena, la mala voluntad de los acreedores, en fin, se busca el ahogado río arriba.”⁸⁰

Por tal razón, los empresarios deben concientizarse de las responsabilidades que trae el conformar una empresa actuando con rectitud y atendiendo las exigencias contables y legales, además de invertir, por ejemplo, en capacitaciones idóneas que permitan emplear un correcto manejo administrativo de la sociedad.

Pero algunas empresas han llegado a puntos críticos, no teniendo otra salida que iniciar el trámite de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades, donde se realizarán sus activos para poder pagar a los acreedores lo que se les debe y si queda algo de dinero repartírselo entre los socios de la compañía. Así,

“los presupuestos de la liquidación obligatoria consisten en que la sociedad deudora se encuentre en incumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial, o en graves y serias dificultades para cumplirlas o en el temor razonable de llegar a las circunstancias anteriores. El trámite de liquidación obligatoria pretende la enajenación de los bienes del deudor, con el propósito de proceder a pagar los pasivos de la entidad deudora, con rigurosa observancia del orden de prelación legal de pagos.”⁸¹

De esta forma, se debe nombrar al liquidador o liquidadores de acuerdo con las necesidades de cada empresa, quienes serán los llamados a realizar el inventario de la sociedad presentándolo a la Superintendencia de Sociedades para su respectiva revisión y aprobación. Si se logra la liquidez necesaria por medio de la venta de los activos de la empresa para pagar los pasivos externos, así se hará. Por último se elaborará la cuenta final de liquidación y en caso de quedar remanente, se repartirá entre los socios.⁸²

⁸⁰ González H., Oscar, Ob. Cit. Pág. 484.

⁸¹ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 420.

⁸² Ibídem, Pág. 495.

Pero, en caso de no lograr vender los activos de la sociedad se buscarán acuerdos con los acreedores dependiendo claro, de las prelación de pagos y así pagarles, por ejemplo, con maquinaria. El problema que se presenta consiste en que un proceso de liquidación puede durar años y en caso de no lograr venderse por ejemplo una máquina, no solo se está devaluando con el pasar del tiempo, sino que además, por falta de utilización sufre un desgaste por abandono, siendo una pérdida no solo para la empresa sino también para el acreedor que la va a recibir por concepto de su crédito. Es por esto que a pesar de contravenir la ley mercantil, algunas empresas y específicamente sus liquidadores han conseguido continuar con el funcionamiento de las empresas por medio de la utilización de maquinaria como se verá en algunos expedientes que reposan en la Superintendencia de Sociedades.

Para poder efectuar la liquidación obligatoria, la ley colombiana le brinda competencia a la Superintendencia de Sociedades para vigilar, inspeccionar y controlar las sociedades constituidas dentro del territorio nacional. Además, le permite conocer de la situación de las empresas en dificultades iniciando cualquiera de las operaciones pertinentes para solucionarlas, ya sea con la reorganización empresarial o en última instancia con la liquidación. Así, el artículo sexto de la Ley 1116 de 2006 le brinda competencia de la siguiente manera:

“Conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso: La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3o 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.”

Con esto la ley no solamente permite que la Superintendencia de Sociedades tenga funciones de vigilancia y control, sino que además, y por vía constitucional, ésta la

faculta para realizar funciones jurisdiccionales en cuanto a los procesos concursales. Ésta disposición es relevante en cuanto a que realmente ésta es la verdadera entidad especializada y capacitada para conocer y entender financieramente el estado de una sociedad, evitando que se tomen medidas o decisiones erróneas frente a un caso en concreto y, así dar soluciones eficaces y benéficas a todas las personas que hacen parte de los negocios dentro de una empresa.

3.2. El liquidador y sus funciones.

El liquidador es la persona que representa y realiza el proceso liquidatorio de una sociedad hasta llevarla a su extinción. Dicha labor trae consigo la responsabilidad de hacerlo con la diligencia debida y en beneficio no solo de la sociedad misma, sino de los socios, acreedores, trabajadores y cualquier persona involucrada dentro de la liquidación. Es de vital importancia entonces, presentar la importancia de su actuar y exponer las funciones que ejercen. Así,

“A partir de la declaratoria de disolución, la persona jurídica entra en el proceso de liquidación y solamente será representada por el liquidador con quien los acreedores, socios y terceros deberán entenderse.”⁸³

El liquidador entonces, está autorizado para realizar todo el trámite liquidatorio de una empresa sustituyendo al representante legal de la misma y ejecutando acciones encaminadas únicamente a la liquidación de la misma. Se puede afirmar que, el objeto social de la sociedad en etapa de liquidación consiste precisamente en liquidar la sociedad y que el liquidador es el representante legal de la misma para efectos de dicho objeto.

⁸³ Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 202.

Pese a que existen dos clases de liquidaciones: la voluntaria y la obligatoria, mencionadas anteriormente, es igualmente necesario determinar las condiciones en las que el liquidador puede actuar en cada una de ellas. Así, dentro de una liquidación voluntaria, éste puede ser el mismo representante legal de la empresa u otra persona, dependiendo de la decisión que tomen los socios o la junta asesora de la sociedad en liquidación, lo cual quiere decir que no se requiere de una característica específica para ejercer dicha función.

Por su parte, en la liquidación obligatoria es necesario que el liquidador sea abogado titulado según el artículo 631 numeral 3° del Código de Procedimiento Civil y la Resolución 100-003042 del 31 de octubre de 2002 de la Superintendencia de Sociedades; agregando que en lo que respecta a las liquidaciones obligatorias, la persona idónea para ejecutarlas debe estar inscrito en la lista de liquidadores de la Superintendencia de Sociedades. Así, el artículo quinto del Decreto 962 de 2009 dispone:

“5.1. Personas naturales y designados por las personas jurídicas.

Las personas naturales que aspiren a ser inscritas en la lista de auxiliares de la justicia en el Régimen de Insolvencia Empresarial, deberán cumplir los siguientes requisitos:

5.1.1. Formación académica y registro profesional, matrícula profesional, o tarjeta profesional. (...)

5.1.2. Formación académica en insolvencia

El aspirante a formar parte de la lista de promotores y liquidadores deberá acreditar haber realizado un curso de formación en insolvencia que utilice la marca de certificación de la Superintendencia de Sociedades, en una institución de educación superior debidamente constituida y que cuente con registro calificado en Derecho, Administración de Empresas, Economía o Ingeniería.(...)

5.1.3. Experiencia

5.1.3.1. Experiencia profesional

Experiencia acreditada en por lo menos dos (2) procesos concursales como contralor o liquidador, o en el mismo número de procesos de insolvencia como promotor o liquidador, o en igual número de trámites de acuerdos de reestructuración como promotor. (...)

5.1.3.2. Experiencia como partícipe en la administración de empresas

Tener experiencia acreditada por lo menos de cinco (5) años como administrador en empresas, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 6° de este Decreto, del sector privado, público, de economía mixta o industrial y comercial del Estado.”

Esta exigencia de la ley en cuanto a la escogencia de personas capacitadas para ejercer la liquidación de una sociedad, se debe a lo delicado e importante que es efectuarla. Y es preciso que sea así, ya que un liquidador se enfrenta a una empresa con una situación económica crítica y debe favorecer por un lado a los acreedores, y por otro a los trabajadores, con el pago de sus obligaciones y pasivos laborales respectivamente, recayendo en cabeza de él una importante tarea que necesita gran diligencia y cuidado.

Por su parte el Código de Comercio en su artículo 238 enuncia las funciones de los liquidadores:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, los liquidadores procederán:

- 1) A continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución;*
- 2) A exigir la cuenta de su gestión a los administradores anteriores, o a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad, siempre que tales cuentas no hayan sido aprobadas de conformidad con la ley o el contrato social;*

- 3) *A cobrar los créditos activos de la sociedad, incluyendo los que correspondan a capital suscrito y no pagado en su integridad;*
- 4) *A obtener la restitución de los bienes sociales que estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega, lo mismo que a restituir las cosas de que la sociedad no sea propietaria;*
- 5) *A vender los bienes sociales, cualesquiera que sean estos, con excepción de aquellos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuidos en especie;*
- 6) *A llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad y velar por la integridad de su patrimonio;*
- 7) *A liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios como se dispone en los artículos siguientes, y*
- 8) *A rendir cuentas o presentar estados de la liquidación, cuando lo considere conveniente o se lo exijan los asociados.”*

Éstas funciones, otorgan al liquidador la libertad de tomar decisiones convenientes para la ejecución de la liquidación y al mismo tiempo se hace responsable de su actuar, ya que de él depende la satisfacción de los intereses de los involucrados dentro del proceso liquidatorio.

Pero,

“Las funciones que asumen los liquidadores son, pues, de naturaleza diferente a las que ejercen los administradores durante la vigencia de la sociedad”⁸⁴.

Es decir, y teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 238 del Código de Comercio, en ningún momento se afirma que el liquidador pueda continuar ejecutando el objeto social de la empresa de alguna forma.

⁸⁴ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 346.

En Argentina, por el contrario, no se tiene limitante alguna para las actuaciones que pueda ejecutar el liquidador:

“En principio, creemos que no puede hablarse de una capacidad restringida, porque no hay ninguna categoría de actos, concretamente, que no pueda realizar el liquidador. La liquidación no significa “bajar la cortina”, ni se advierte que el liquidador no puede realizar ventas o constituir derechos reales, o dar en locación bienes”⁸⁵.

Pese a la prohibición legal de ejecutar actos diferentes a los encaminados a la liquidación, en Colombia algunos liquidadores de sociedades mercantiles para beneficio no solo de los socios de compañías en etapa de liquidación, sino también de trabajadores, proveedores y acreedores, han continuado desarrollando el objeto social y logrado levantar empresas que se encontraban en su fin antes de acogerse la figura de la reactivación en Colombia, como se verá más adelante en el caso de la empresa Hotelman Ltda. en liquidación obligatoria.

En este momento los liquidadores que hacen parte de procesos liquidatorios voluntarios ya no tienen una limitante para poder contribuir a la reactivación de las empresas actuando con seguridad, certeza y para el beneficio de todos los participantes de una liquidación. En cambio, las empresas que se encuentran obligadas a liquidar su empresa deberán continuar con la ejecución del proceso sin tener la oportunidad de reactivarse siendo desigual la ley al no brindarles la oportunidad de rescatarlas.

⁸⁵ Hugo Richard, Efraín, Manuel Muiño, Orlando, Ob. Cit., Pág. 386.

4. Figuras que impiden la liquidación de las sociedades mercantiles.

A pesar de incurrirse en una causal de disolución, una empresa no necesariamente se tendrá que liquidar, ya que con la aplicación de las figuras de la fusión y escisión se pueden enervar dichas causales, si así lo determina el máximo órgano social de la misma:

*“Resulta oportuno mencionar que en nuestro derecho mercantil, también se regularon situaciones de extinción que no comportan necesariamente la liquidación, esto ocurre en los casos de fusión propia e impropia, escisión y reconstitución de sociedades”*⁸⁶ Igualmente,

*“A partir de la doctrina pronunciada por la Superintendencia de Sociedades mediante oficio de 2002, es factible que una sociedad en estado de liquidación se escinda o se fusione, siempre que desaparezca como consecuencia de la operación.”*⁸⁷

Al igual que en Colombia, en la ley española la fusión y la escisión son figuras que en determinado momento constituyen una solución para las empresas que se encuentran en peligro de extinción:

*“mientras con la disolución se busca la finalización del desarrollo de una actividad económica, con la fusión o con la escisión total se tiende precisamente a lo contrario, a proseguir con el desarrollo de esa actividad a través de un proceso de reestructuración empresarial.”*⁸⁸

⁸⁶ Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, Ob. Cit., Pág. 556.

⁸⁷ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 406.

⁸⁸ Beltrán, Emilio, Ob. Cit., Pág. 29.

4.1. Fusión.

En Colombia, el artículo 172 del Código de Comercio define la fusión de la siguiente manera:

“Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.”

Igualmente en la legislación Argentina⁸⁹,

“La mayoría de la doctrina en virtud del principio de conservación de la empresa (art. 100 LS) y de subsistencia de la personalidad (art. 101 LS), considera que mientras queden bienes a liquidar no hay por qué negar la posibilidad de su fusión a las sociedades en liquidación.”⁹⁰

Se puede ver que tanto la legislación colombiana como la argentina son claras al afirmar que si bien una sociedad puede incurrir en una causal de disolución no necesariamente se tendrá que liquidar, sino que, en un momento determinado podría convertirse en una nueva sociedad llamándose éste procedimiento fusión por creación, o ser absorbida por otra, caso en el cual se llamará fusión por absorción. También existe dentro de esta figura la llamada fusión impropia, definida en el artículo 180 del Código de Comercio colombiano:

“Lo dispuesto en esta sección podrá aplicarse también al caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios de una sociedad disuelta, siempre

⁸⁹ El artículo 82 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, define la figura de la fusión de la siguiente manera: *“Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva; o cuando una ya existente incorpora a otra y otras que, sin liquidarse, son disueltas.”*

⁹⁰ Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Editorial La Ley, 2006, Pág. 243.

que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución.”

Del mismo modo, el artículo 250 de la ley mercantil colombiana afirma que:

“Por acuerdo de todos los asociados podrá prescindirse de hacer la liquidación en los términos anteriores y constituir, con las formalidades legales, una nueva sociedad que continúe la empresa social.”

Los dos artículos recalcan el hecho de dar la posibilidad a una empresa en un caso de liquidación de transformarse en una nueva, pero nunca de reactivarse, es decir, que la misma persona jurídica liquidada no está facultada para continuar explotando el objeto social que su compañía desarrollaba antes de su declaración de disolución, sino que será otra persona jurídica la llamada a hacerlo. La Superintendencia de Sociedades por su parte, define la fusión impropia de la siguiente manera:

“mediante la fusión impropia una sociedad disuelta prescinde del proceso liquidatorio al que está obligada y en su lugar se crea una nueva sociedad que se hace cargo de sus obligaciones y adquiere sus bienes y derechos, previo el cumplimiento de los requisitos especiales exigidos en el artículo 180 comentado, y los previstos para la fusión en general.”⁹¹

Contando además con algunos elementos para que se pueda configurar:

“a) Ocurre cuando la sociedad ya se encuentra disuelta y en estado de liquidación; b) La correspondiente determinación debe adoptarse dentro de los seis meses siguientes al acaecimiento de la disolución respecto de terceros; c) La nueva sociedad que se crea adquiere no sólo el activo de la absorbida, sino también sus pasivos externo e interno que estén pendientes de pago;

⁹¹Superintendencia de sociedades, Concepto 220-41365 de 9 de octubre de 2001.

d) La determinación de la asamblea general o junta de socios requiere unanimidad en los términos del artículo 250, ibídem, y

e) Si la sociedad en estado de liquidación se encuentra sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, la operación requiere autorización de esa entidad.”⁹²

La utilización de ésta figura es una forma de continuación de la explotación de un objeto social determinado por parte de los mismos socios que hacían parte de la sociedad liquidada cambiando solamente los aspectos formales que resultarían en la práctica como un gasto inoficioso para los socios y por ende, para la empresa misma:

“...cumplido el proceso de reconstitución, la nueva compañía, debe obtener una nueva matrícula mercantil (artículos 31 y 32 del Código de Comercio), como un nuevo NIT, pues se trata de un ente distinto de aquél que prescindió realizar la liquidación; en tal virtud, aunque la actividad social sea la misma, el sujeto que la realiza es distinto y las obligaciones que contrae como sujeto de derechos y obligaciones, también lo son. Por esta razón, tiene la obligación de llevar nueva contabilidad de los negocios, con los correspondientes libros de contabilidad, de registro de accionistas y de actas de junta directiva y asamblea.”⁹³

A lo anterior se suma lo afirmado por la Superintendencia de Sociedades:

“aun cuando esta última continúa la empresa social, se estará frente a un nuevo sujeto de derecho, de entidad individual y diferente, que surge a partir del otorgamiento de la escritura pública mediante la que se solemnice el acuerdo primero, de prescindir de la liquidación, y segundo, de constituir la nueva compañía, la que se registrará por los estatutos sociales que para ese fin aprueben los asociados.”⁹⁴

De esto se desprende que, al crearse una nueva sociedad diferente a la anterior los estatutos, contabilidad y manejo cambian sirviendo como experiencia el fracaso de la

⁹²Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 405.

⁹³ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-049333 del 10 de octubre de 2007.

⁹⁴ Superintendencia de Sociedades, Concepto 220- 5819 de 31 de enero de 2003.

anterior dirección de la empresa. Podría afirmarse que los gastos e inconvenientes por los que tiene que pasar la nueva sociedad, que es la misma anterior, son la consecuencia de haber incurrido en una causal de disolución y por ende de haber iniciado una liquidación, independientemente de si ésta es voluntaria u obligatoria. Se generan serios inconvenientes para las empresas que han conseguido con el pasar de los años el establecimiento de su “*good will*”, es decir, su reconocimiento y acreditación dentro del mercado, ya que al cambiar su nombre o razón social, a pesar de continuar siendo internamente la misma sociedad, le será más difícil para la nueva compañía la ejecución y desarrollo de su objeto social contraviniendo lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política:

“La empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.”.

Tal agresión a la norma constitucional por parte de la figura de la fusión impropia hace referencia al evidente desestímulo del desarrollo empresarial de las sociedades comerciales, ya que permite que éstas pasen por trámites inoficiosos, pérdida de relaciones contractuales y por ende de dinero yendo en contra de los presupuestos constitucionales de conformar una sociedad con la finalidad de explotar un objeto social empresarial y por consiguiente de fortalecerla en el futuro.

A esto se añade que la Superintendencia de Sociedades acogía una doctrina diferente anteriormente, dentro de la cual era prohibido para una sociedad en liquidación efectuar una fusión, ya que contravenía lo establecido en el artículo 222 del Código de Comercio, el cual no permitía que se realizaran actos distintos de los encaminados a la

extinción de la sociedad.⁹⁵ Pero hoy en día es permitida dicha figura con una condición adicional:

*“las referidas operaciones no pueden utilizarse como un medio para prolongar la vida de la sociedad en liquidación o para reconducir su actividad mediante una continuidad en el desarrollo del objeto social.”*⁹⁶

La fusión en general, trae consigo beneficios para algunas empresas que deciden aplicarla:

“Facilita la concentración empresarial.

Permite acogerse a beneficios tributarios. En países donde es necesario impulsar la economía nacional, buscando la consolidación de las empresas para que puedan competir en el mercado tanto interno como externo, es común que se dicten disposiciones gubernamentales en el sentido de otorgar beneficios fiscales a las fusiones (...)

*La tercera razón que alienta las fusiones es su versatilidad, puesto que la utilización de ella es factible en la mayoría de las actividades económicas, tanto en producción o comercialización de bienes como en prestación de servicios.”*⁹⁷

Pero la decisión de fusionarse, independientemente de si se encuentra en proceso de liquidación o no, es muy delicada debido a la responsabilidad que conlleva y a los gastos que acarrea tal operación. Es por esto que:

“las distintas legislaciones exigen la participación de las asambleas generales o juntas de socios, y con frecuencia fijan requisitos especiales de convocatoria, quórum y mayorías decisorias calificadas. También, dados los riesgos que tanto los accionistas

⁹⁵ Según Francisco Reyes Villamizar “no debe olvidarse que la doctrina anterior de la Superintendencia, es decir aquella que apuntaba hacia la imposibilidad de fusionar sociedades en liquidación, la había ratificado el Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 1992. La existencia de este precedente judicial, además de poner en riesgo la estabilidad de la nueva doctrina de la Superintendencia, crea alguna incertidumbre sobre la aplicación práctica de la tesis contenida en ella.” Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 171.)

⁹⁶ Ibídem, Pág. 171.

⁹⁷ Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 197.

como los terceros pueden asumir, se prevén diversas modalidades de garantías para los asociados y para terceros.”⁹⁸

Pero,

“el interés del legislador en facilitar e incentivar el acaecimiento de reformas encaminadas a la reorganización empresarial- no solo desde la perspectiva de los beneficios tributarios-, motiva que la fusión pueda realizarse mediante un procedimiento tan sencillo como las complejas relaciones económicas y jurídicas incluidas en él lo permiten.”⁹⁹

La fusión es entonces, una opción y una oportunidad para las empresas que ha entrado en crisis trayendo beneficios a sus socios y acreedores evitando tener que pasar por un penoso proceso liquidatorio.

4.2. Escisión.

La escisión es también una forma de evitar la posible liquidación de una empresa traspasando parte del patrimonio a otra sociedad¹⁰⁰. Ésta figura se definió por primera vez en Colombia en el párrafo del artículo 75 del Decreto 1026 de 1990, de la siguiente manera:

“Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto se entiende que hay escisión cuando se segrega una parte sustancial del patrimonio de una sociedad para ser traspasado a otra persona.”¹⁰¹

⁹⁸ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 90.

⁹⁹ Ibídem, Pág. 405.

¹⁰⁰ En Argentina, por su parte, la escisión: “es una forma de organización de la actividad económica de una o varias sociedades, mediante la adopción de una nueva organización jurídica, que supone un desprendimiento patrimonial” —Hugo Richard, Efraín, Manuel Muiño, Orlando, ob. cit., pág. 277—.

¹⁰¹ En la Ley 222 de 1995 se hace referencia a las diferentes clases de escisión que existen y que por lo tanto se pueden aplicar dentro de una empresa. Así, el artículo tercero establece: “Habrá escisión cuando: 1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades. 2. Una sociedad se disuelve

Para que la escisión se pueda aplicar no es necesario que la sociedad se encuentre en causal de disolución, a diferencia de la fusión, donde si es requisito para que se pueda dar. Se presenta además:

“cuando una parte del patrimonio se separa de una sociedad para ser traspasado a otra persona, atribuyendo a la correspondiente Superintendencia la facultad de determinar la ocurrencia de dicho fenómeno.”¹⁰²

Pero la escisión, al igual que la fusión son figuras que trajeron incertidumbre y problemas prácticos al momento de aplicarse a sociedades en estado de liquidación. En el caso de la escisión:

“Desde que se expidió el Código de Comercio en 1971 se admitió que, a pesar de que la legislación mercantil no contenía una regulación específica sobre el particular, la operación era posible dentro de la autonomía de la voluntad.”¹⁰³

Lo cual quiere decir que debido a que en el derecho comercial las partes pueden establecer sus propias reglas como comerciantes que son y al no existir prohibición alguna en cuanto a la aplicación de la figura de la escisión en el régimen colombiano, se podía utilizar ésta sin ningún inconveniente. Así,

“desde antes era utilizada por los comerciantes, haciendo uso de la reglamentación existente para la fusión, la cual se aplicaba por analogía y de acuerdo con las directrices trazadas coyunturalmente por las Superintendencias Bancaria, de Sociedades y de Valores, de manera especial para el sector financiero.”¹⁰⁴

sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades. La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias. Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés Representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.”

¹⁰² Fierro Méndez, Heliodoro, Sociedades, Legislación, Conceptos, Doctrinas, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Primera Edición, 1997, Pág. 210.

¹⁰³ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 183.

¹⁰⁴ Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 202.

La carencia de normatividad respecto a tantos sucesos que se adelantan en el campo comercial permite que los comerciantes, empresas y personas que intervienen en el mercado ejecuten actos que convengan para sus negocios buscando beneficios, utilidades y agilidad. La escisión entonces, es entendida como:

“una forma de reorganización empresarial que en el derecho societario vigente en Colombia está regulada como una reforma estatutaria.”¹⁰⁵.

Es una solución para los conflictos que se pueden presentar durante periodos de crisis económicas o también puede ser utilizada para sacar provecho de un recurso determinado; fraccionando un patrimonio y obteniendo más utilidades para los socios. Así,

“cuando la sociedad alcanza dimensiones excesivas, puede ser conveniente fraccionarla con el propósito de lograr una mayor eficiencia de las distintas unidades patrimoniales separadas”.¹⁰⁶

Esto permite que las empresas sean más productivas y por lo tanto rentables, ya que:

“Además de la simple finalidad de desconcentración, la escisión permite cumplir otros propósitos económicos, tales como los de especializar los recursos administrativos y técnicos para mejorar la productividad, dividir las actividades de producción, distribución o comercialización de un bien o servicio, independizar varias actividades de explotación económica, separar las responsabilidades y obligaciones de cada empresa, delimitar y especializar las funciones de un grupo de profesionales o ejecutivos, facilitar la penetración en el mercado mediante unidades empresariales de menor dimensión, servir de instrumento de saneamiento de empresas en crisis mediante la separación de unidades improductivas, facilitar el acceso a créditos para pequeños o medianos empresarios, diversificar el riesgo concentrado en un solo patrimonio,

¹⁰⁵ Superintendencia de Sociedades, Ob. Cit., Pág. 241.

¹⁰⁶ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 180.

facilitar la expansión regional o geográfica de la sociedad, o cumplir cualquiera otra finalidad lícita concebida por los asociados.”¹⁰⁷

Tiene también varias formas de aplicarse según le convenga a una sociedad, tal y como establece el artículo tercero de la Ley 222 de 1995 mencionado anteriormente.

4.2.1. Escisión por absorción.

La escisión por absorción es la figura por medio de la cual:

“Una sociedad, sin disolverse, segrega parte de sus activos, pasivos y cuentas patrimoniales resultantes, para traspasarlo en bloque a una o varias sociedades ya existentes”¹⁰⁸

4.2.2. Escisión por creación.

La escisión por creación o parcial destina parte de su patrimonio pero ya no a sociedades existentes, sino para la creación de una nueva sin necesidad de disolverse.

Lo cual

“implica el mantenimiento de la personalidad jurídica de la compañía escidente que no se disuelve, ni se extingue.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ibídem, Pág. 181.

¹⁰⁸ Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 159.

¹⁰⁹ Reyes Villamizar, Francisco, Ob.Cit., Pág. 192.

4.2.3. Escisión total.

La escisión total consiste en:

“Una sociedad se disuelve sin liquidarse, divide su patrimonio y los transfiere a varias sociedades. No se reserva ninguna porción de su patrimonio y por ende se extingue. Los socios migran.”¹¹⁰.

Esta es la clase de escisión aplicable dentro de un proceso de liquidación, ya que lo importante es la desaparición de la sociedad, lo cual coincide con la finalidad última de la liquidación que es igualmente la extinción de la persona jurídica. Pero independientemente de la clase de escisión que se llegue a aplicar en un momento determinado:

“Las obligaciones existentes con anterioridad a la escisión, producen obligaciones solidarias entre la sociedad escindida y las demás sociedades que participaron en la transacción. En esos casos, la responsabilidad queda circunscrita a los activos netos que le hubieren correspondido en el acuerdo de escisión.”¹¹¹.

Con todo, a pesar de la limitación legal para no ejecutar actos distintos a los encaminados a la liquidación misma, por vía doctrinaria se ha conseguido la aplicación de algunas figuras sin afectar el trámite liquidatorio en sí; es más, el uso de dichas figuras ha impedido la extinción de muchas sociedades contribuyendo con el desarrollo de la economía del país. Así,

“La doctrina actual de la Superintendencia coincide con la susodicha tendencia legislativa vigente en los países pertenecientes a la Unión Europea, en donde, desde hace mas de dos décadas, se ha reconocido la posibilidad de operaciones de

¹¹⁰ Barrero Buitrago, Álvaro, Ob. Cit., Pág. 160.

¹¹¹ Fierro Méndez, Heliodoro, Ob. Cit., Pág. 213.

reestructuración, tales como fusión y escisión respecto de sociedades disueltas, siempre que no se haya comenzado a pagar el pasivo interno.”¹¹²

Pero, en el caso de no lograrse la configuración de la figura de la reconstitución dentro del término establecido, la fusión con otra compañía o la escisión de una empresa que entró en causales de disolución, se pasaría entonces a su inmediata liquidación y por ende al exterminio de la sociedad, a menos que se logre reactivar y continúe con el desarrollo de su objeto social.

5. Reactivación empresarial.

Viendo el triste destino de algunas empresas colombianas que han sido liquidadas, se puede evidenciar el vacío normativo existente en la legislación mercantil en cuanto a las maniobras permitidas para las sociedades que se encuentran en liquidación. Este ha sido el motivo por el cual algunas compañías efectúan actos que desarrollan el objeto social anterior a la entrada del proceso de liquidación. Lo anterior constituye una contravención a la ley mercantil, pero es benéfico para los socios, trabajadores y terceros relacionados con la liquidación de una empresa siendo de vital importancia la revisión de las normas que tratan el tema y así escudriñar la interpretación de las mismas para su adecuada aplicación. Pese a esta deficiencia normativa, en el 2010 se promulgó la Ley 1429 con la finalidad de promover la creación de empresa en Colombia brindando garantías a partir de su formación hasta la etapa de liquidación.

“Tanto la supervivencia empresarial como la formalización de empresas, la combinación de estos dos mecanismos, permiten la generación de empleo. Esta es la finalidad última perseguida por la ley 1429.”¹¹³

¹¹² Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 190.

Así, el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010 sostiene:

“La asamblea general de accionistas, la junta de socios, el accionista único o la sociedad extranjera titular de sucursales en Colombia podrá, en cualquier momento posterior a la iniciación de la liquidación, acordar la reactivación de la sociedad o sucursal de sociedad extranjera, siempre que el pasivo externo no supere el 70% de los activos sociales y que no se haya iniciado la distribución de los remanentes a los asociados. La reactivación podrá concurrir con la transformación de la sociedad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley. En todo caso, si se pretende la transformación de la compañía en sociedad por acciones simplificada, la determinación respectiva requerirá el voto unánime de la totalidad de los asociados. Para la reactivación, el liquidador de la sociedad someterá a consideración de la asamblea general de accionistas o junta de socios un proyecto que contendrá los motivos que dan lugar a la misma y los hechos que acreditan las condiciones previstas en el artículo anterior. Igualmente deberán prepararse estados financieros extraordinarios, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes, con fecha de corte no mayor a treinta días contados hacia atrás de la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social. La decisión de reactivación se tomará por la mayoría prevista en la ley para la transformación. Los asociados ausentes y disidentes podrán ejercer el derecho de retiro en los términos de la ley. El acta que contenga la determinación de reactivar la compañía se inscribirá en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. La determinación deberá ser informada a los acreedores dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se adoptó la decisión, mediante comunicación escrita dirigida a cada uno de ellos. Los acreedores tendrán derecho de oposición judicial en los términos previstos en el artículo 175 del

¹¹³Tomado de:

http://www.legis.com.co/informacion/aplegis/archivos/LeyGeneracion_Empleo_Beneficios_CharlesChapman.pdf, visita realizada el 20 de agosto de 2012.

Código de Comercio. La acción podrá interponerse dentro de los treinta días siguientes al recibo del aviso de que trata el inciso anterior. La acción se tramitará ante la Superintendencia de Sociedades que resolverá en ejercicio de funciones jurisdiccionales a través del proceso verbal sumario.”

Esto quiere decir que en Colombia es admitida la figura de la reactivación empresarial a partir del 29 de diciembre de 2009, bajo las condiciones que establece el mismo artículo, generando mayores beneficios para las empresas, socios, trabajadores y acreedores. Además, permite la ejecución de actos durante la liquidación, actuando los liquidadores con la seguridad de no ir en contra de las normas legales que prohíben la continuación del objeto social por parte de una empresa en proceso de liquidación, tal y como se hizo referencia anteriormente. Así,

“La reactivación o revitalización puede definirse como la revocatoria de la disolución ordenada por los asociados, reunidos en asamblea o junta de socios, que produce como efectos inmediatos la suspensión del proceso liquidatorio, la recuperación de la plenitud jurídica de la sociedad y la continuación de las actividades propias de su objeto social.”¹¹⁴

Pero antes de expedida la Ley 1429 de 2010, había incertidumbre e inseguridad en este punto limitando la capacidad de actuar de los liquidadores y por ende de las mismas empresas que tenían la intención de continuar con sus actividades para no hacer más onerosa su liquidación. Dicha inseguridad se presentaba por el obstáculo existente en la legislación mercantil causando que los empresarios no se arriesgaran a tratar de reactivar las empresas. Por el contrario, otras empresas y en sí los administradores de las mismas decidieron continuar con la ejecución del objeto social y lograron levantar y continuar con las labores propias de su empresa, en busca no solo del beneficio para los

¹¹⁴ Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Ob. Cit., Pág. 401.

socios sino también para los trabajadores y acreedores, pero contraviniendo el régimen legal vigente en ese momento.

La nueva Ley de Formalización y Primer Empleo se preocupa por la estabilidad económica de las empresas y en especial de los ciudadanos colombianos que trabajan para las mismas, ya que durante mucho tiempo en el país se ha presentado un alto nivel de desempleo:

“Históricamente, la falta de generación de puestos de trabajo formales por parte del sector empresarial ha afectado particularmente a la población de bajos ingresos y a los jóvenes. Estos últimos, han enfrentado tasas de desempleo alrededor del 20% durante los últimos diez años”¹¹⁵

El desempleo en el país afecta no sólo a los ciudadanos sino también a la economía del mismo ya que:

“Si usted está desempleado, no está produciendo. De tal modo que la economía no estará operando a plena capacidad. Pero, igualmente importante el hecho de que usted no está comprando. Por lo tanto, cuando está desempleado, también está por debajo de su consumo.”¹¹⁶

Mientras que si hay empleo se genera:

“un mayor estímulo a la demanda por bienes y servicios de consumo así como por nuevos bienes de capital. Esa mayor demanda incentiva por tanto la expansión de las empresas y la creación de nuevos empleos de calidad.”¹¹⁷

Los altos niveles de desempleo en Colombia se deben a que existe la llamada “informalidad empresarial”, la cual:

¹¹⁵ Congreso de la República, Gaceta Judicial 532, Exposición de motivos, proyecto de ley 057 por la cual se expide la ley de formalización y primer empleo, Pág. 19.

¹¹⁶ Charles Pool, John, LaRoe, Ross M., Cómo Comprender los Conceptos Básicos de la Economía, Editorial Norma, 1989, Pág. 7.

¹¹⁷ Congreso de la República, Ob. Cit., Pág. 20.

“se traduce en una competencia desleal para las empresas formales generada por la evasión de obligaciones tributarias, laborales y regulatorias, lo que afecta la competitividad de los precios de las empresas formales y, en consecuencia, las desincentiva a crecer, invertir e innovar.”¹¹⁸

Es por esto que la Ley 1429 de 2010 busca incentivar a las pequeñas y medianas empresas informales para que se formalicen y así puedan generar empleos provistos de las protecciones y garantías que exige la ley; brindándoles beneficios a corto, mediano y largo plazo generando estabilidad empresarial, laboral y por supuesto un aumento en el desarrollo de la economía del país:

“Dicha ley no se limita a promover formalización a través del interesantísimo incentivo tributario de renta, lo hace también a través de medidas novedosas como una favorable progresividad para el pago de parafiscales y de la tarifa del registro mercantil, así como de una radical simplificación del trámite correspondiente a la liquidación de empresas entre otros.”¹¹⁹

Dichas soluciones se proponen debido a que:

“A pesar de los avances en materia de simplificación del régimen de insolvencia empresarial contenidos en la Ley 1116 de 2006, y sus correspondientes decretos reglamentarios, el proceso de cierre voluntario de empresas aun es complejo y demorado debido a la cantidad de trámites y plazos que este requiere. Ésta falta de claridad y dificultad en los mecanismos de salida, afectan la decisión de un empresario de crear empresa formal.”¹²⁰

Como se ha venido afirmando a lo largo del presente escrito, la ley comercial en materia de liquidación no es práctica ni flexible para las empresas colombianas en procesos

¹¹⁸ Ibídem, Pág. 20.

¹¹⁹ Tomado de: <http://www.portafolio.co/opinion/ley-1429-2010-oportunidad-oro>, visita realizada el 10 de junio de 2012.

¹²⁰ Congreso de la República, Ob. Cit., Pág. 26.

liquidatorios, ya que limitan la actividad de las empresas al ser difusa. Es por esto que se incluye la aplicación de la figura de la reactivación empresarial para empresas en trámite de liquidación voluntaria incentivando así, la recuperación de las sociedades y acrecentando la seguridad laboral. La Superintendencia de Sociedades al respecto agrega:

“entre las disposiciones consagradas en la mencionada Ley 1429 de 2010, el Capítulo Tercero implementó una serie de medidas que procuran la simplificación de trámites comerciales, entre las cuales el artículo 29 estableció un mecanismo que permite en cualquier momento posterior a su liquidación, adelantar la reactivación de la sociedad o la sucursal de sociedad extranjera, siempre que se den las condiciones al efecto señaladas.”¹²¹

Lo más novedoso que presenta esta figura y que cambia de manera radical toda la doctrina y dirección que se llevaba antes de promulgada esta ley, es que:

“Con la reactivación no surge un nuevo ente jurídico, es la misma sociedad que nuevamente emprende operaciones que por disposición legal le estaba prohibido adelantar precisamente por encontrarse en estado de disolución y liquidación (Art. 220 C. de Co)”¹²²

Sin embargo, esta ley tiene una limitante, que consiste en que solamente se puede efectuar la reactivación en los casos de sociedades que se encuentren en proceso de liquidación voluntaria, pero excluye a las empresas que lo hacen de manera obligatoria:

“la “reactivación” o posibilidad de emprender nuevamente los negocios propios de la actividad social que venía desarrollando la compañía, es un mecanismo creado en la Ley de Formalización y Generación de Empleo orientado a revivir, como bien podría definirse, a las sociedades y sucursales que se encuentra adelantando un

¹²¹ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-025320 del 26 de abril de 2012

¹²² Ibidem.

*trámite de liquidación voluntaria, pero que para acogerse a ella el legislador impuso, entre otras, las condiciones antes señaladas, es decir, i) que el pasivo externo de la misma no supere el 70% de los activos sociales y ii) que no se haya iniciado la distribución del remanente a los asociados.*¹²³

En Colombia por lo tanto, no cabe la utilización de dicha figura por parte de una empresa que está siendo liquidada por un juez o por la Superintendencia de Sociedades, a pesar de cumplir con los requisitos establecidos en la ley. Sin embargo, constituye un gran avance para la legislación mercantil colombiana el hecho de incluir y aplicar ésta figura que podría llegar a solucionar conflictos empresariales importantes.

Por su parte, en la legislación española¹²⁴ cabe la posibilidad de reactivar la sociedad evitando así la extinción de las sociedades comerciales que por alguna causa deben liquidarse:

*“También será de aplicación la ley española a la extinción sin liquidación mediante cesión global del activo y pasivo de la SE (artículo 266 LSA), así como a la “decisión de continuación de la sociedad” (...). En nuestro derecho, esta última expresión debe entenderse referida a la prórroga de la sociedad constituida por tiempo determinado (arts. 261 LSA y 238.3 RRM) y a la reactivación de la sociedad disuelta (art. 242 RRM).”*¹²⁵

Como se puede ver, es de vital importancia para el desarrollo empresarial español que exista flexibilidad legal en cuanto a la recuperación empresarial y, una forma de

¹²³ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-171221 del 18 de diciembre de 2011.

¹²⁴ el artículo 370 del Real Decreto Legislativo 1 de 2010 afirma:

“1. La junta general podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. No podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho.

2. El acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos.

3. El socio que no vote a favor de la reactivación tiene derecho a separarse de la sociedad. 4. Los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la ley para el caso de reducción del capital.”.

¹²⁵ Fernández del Pozo, Luis, Sánchez Rus, Heliodoro, Ob. Cit., Pág. 842.

permitirla es por medio de la figura de la reactivación de la sociedad evitando no solo su extinción sino además costos adicionales que generan pérdidas. Pero igualmente es tajante al establecer la prohibición de reactivarse en los casos de disolución de pleno derecho que son según el artículo 360 de la misma ley los siguientes:

“a) Por el transcurso del término de duración fijado en los estatutos, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil.

b) Por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.”

Por el contrario, en la legislación colombiana cabe la reactivación empresarial en los casos de liquidación voluntaria, pero no en los de la obligatoria. En España además, la figura de la reactivación de una sociedad solo se puede dar si esta es de responsabilidad limitada, pero en ningún caso se permite para sociedades anónimas siendo un simple capricho legislativo poco práctico para el beneficio de los socios y los mismos acreedores de una empresa constituida como anónima.

“A diferencia de lo sucedido para las sociedades de responsabilidad limitada, continúa echándose de menos en la Ley de Sociedades Anónimas una regulación de la reactivación de la sociedad disuelta, de forma tal que se armonicen todos los intereses en juego”¹²⁶.

¹²⁶ Beltrán Emilio, Ob. Cit., Pág. 169.

Ahora, en la legislación Argentina¹²⁷, la reactivación de sociedades es denominada “reconducción” y consiste:

*“en una resolución de los socios similar (anterior o posterior a su vencimiento), cuya inscripción se peticiona luego del vencimiento del plazo (id est, cuando la sociedad esta disuelta)”*¹²⁸

Igualmente,

*“La naturaleza de la sociedad disuelta impone el estudio para determinar la posibilidad de reactivación de la sociedad o de remoción de la causal disolutiva. Según cuál sea la conclusión sobre si se mantiene o no la personalidad, podrá haber reactivación o se estará ante la constitución de una nueva sociedad.”*¹²⁹

Constituye entonces un gran avance en materia de liquidaciones la inclusión de la figura de la reactivación en la ley mercantil colombiana brindando seguridad, certeza y agilidad a los administradores y liquidadores dentro de un trámite liquidatorio y beneficiando a los socios, acreedores, trabajadores, etc., involucrados en el mismo. La reactivación además permite que los liquidadores de una sociedad tengan certeza de que su actuar va de acuerdo con la ley y no como ocurría bajo las normas anteriores, donde se permanecía en una constante incertidumbre sobre si un determinado acto se sale de los límites legales o no, pudiendo sentirse comprometida su responsabilidad solidaria e ilimitadamente.

Igualmente,

¹²⁷ Ésta figura fue implementada en Argentina a partir de 1983, donde se consideraba “que una sociedad en la que se ha producido una causal de disolución de pleno derecho (...), si continúa su actividad, ha mutado de tipo y pasa a ser una sociedad de hecho o una sociedad irregular.” —Ibíd—.

Hoy en día, “En relación con los fundamentos de la instrumentación legal, se ha sintetizado: i) la reconducción se compadece con el principio de conservación de la empresa, al permitir reactivar una sociedad disuelta sin que sea necesario volver a fundar una nueva sociedad como estructura jurídica de la empresa que se desea reencaminar; ii) en esta mecánica, no se advierte perjuicio para terceros, acreedores, socios ni para acreedores particulares de los socios; iii) la figura nunca fue prohibida expresa ni tácitamente, ni resulta contraria a disposición legal” —Molina Sandoval, Carlos A, ob. cit., pág. 139—.

¹²⁸ Molina Sandoval, Carlos A, Ob. Cit., Pág. 138.

¹²⁹ Hugo Richard, Efraín, Manuel Muiño, Orlando, Ob. Cit., Pag. 363.

*“ofrece ventajas prácticas, tales como “el ahorro de los gastos que supone la constitución de una nueva sociedad”. Además, la conservación de la personería jurídica y el mantenimiento de la capacidad de la compañía disuelta servirían de fundamento jurídico para una verdadera revitalización.”*¹³⁰

Aunque todavía falta más desarrollo respecto a la aplicación de esta figura, el paso a seguir es continuar con la ampliación y flexibilización de la legislación colombiana para el crecimiento de las empresas y de la economía del país.

¹³⁰ Reyes Villamizar, Francisco, Ob. Cit., Pág. 401.

CAPÍTULO II

REALIDAD PRÁCTICA DE EMPRESAS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN

OBLIGATORIA

Si bien en la primera parte de éste escrito se expuso la imposibilidad legal de explotar el objeto social de una sociedad que se encuentra en liquidación, en éste capítulo se presentará lo que sucede en la realidad práctica dando un giro total a lo visto hasta el momento.

Así, se realizó una exhaustiva investigación en la Superintendencia de Sociedades, donde, luego de dar una ojeada a algunos expedientes de liquidaciones obligatorias practicadas a empresas colombianas, se encontraron los casos particulares de dos de ellas, en las que sus liquidadores prescindieron de la aplicación de la ley comercial en beneficio de sus representadas.

A pesar de la prohibición contenida en la legislación mercantil, estos decidieron continuar con el desarrollo del objeto social de las empresas teniendo la firme intención de reactivarlas o al menos, de disminuir la onerosidad de su liquidación. Con esto, arriesgaron su propia responsabilidad y la de los socios que intervinieron en la ejecución de tal proeza.

Por esa razón, en la segunda parte del presente escrito se hará una descripción de lo ocurrido en cada una de éstas compañías liquidadas mostrando cómo se consiguió continuar con la explotación del objeto social y los resultados obtenidos.

El trabajo de campo se efectuó con la finalidad de demostrar que a pesar de la tajante y limitante afirmación de la ley mercantil en cuanto a la capacidad de las empresas dentro de un proceso de liquidación, algunos liquidadores la han contravenido con la finalidad de reactivar sus empresas, proteger los derechos de los trabajadores y por supuesto de

los acreedores. Es por esto que se propone un cambio en la legislación mercantil acorde a las necesidades de las empresas colombianas y en beneficio de la economía del país.

Así, en defensa de las compañías cuyos casos se expondrán a continuación, los liquidadores idearon varias estrategias para reactivarlas, pero debido a la falta de normatividad al respecto, estos tomaron caminos diferentes, lo cual dio lugar a soluciones diferentes para los problemas de cada una de las empresas.

De esta manera, la investigación busca entonces enriquecer y complementar el aporte teórico presentado en el primer capítulo porque demuestra, por medio de casos reales, la carencia y vacío de la ley en cuanto a la capacidad de las sociedades en liquidación.

1. Sociedad Refrescando Limitada en Liquidación Obligatoria.

Refrescando Limitada era una empresa que tenía como objeto social principal el embotellamiento de gaseosas y agua, además de la distribución de estos en el municipio de Girardot (Cundinamarca). Pero, debido al incumplimiento de varias obligaciones con acreedores y trabajadores, se hizo necesaria la intervención de la Superintendencia de Sociedades ya que:

“durante el último trimestre de 1998, de donde se puede establecer que los mismos reflejan pérdidas por la suma de \$360.858.665”¹³¹.

Este comportamiento es el reflejo de una mala administración de la empresa:

“La facturación de la empresa se realizaba indistintamente o de acuerdo a los requerimientos de la sociedad, esto es, a nombre de Embotelladora Risaralda, Edumar, Refrescando, con un desorden total en cuanto a la contabilidad lo cual ocasionaba también contratiempos a sus acreedores.”¹³²

¹³¹ ANEXO 1

¹³² ANEXO 2

Pese a la crisis económica en la que se encontraba la empresa, el revisor fiscal de la misma pasó de vivir en arriendo en una casa a hospedarse en un hotel y al final solo podía hacer su trabajo por medio de correo, ya que no contaba con dinero para viajar hasta las instalaciones de Refrescando Ltda. Adicionalmente, la empresa le adeudaba la suma de 6 millones de pesos por concepto de honorarios.¹³³ Así, se ordenó la liquidación obligatoria de la mencionada empresa el 25 de septiembre de 1998¹³⁴ nombrándose al liquidador y siguiéndose los lineamientos de la ley 222 de 1995 y el Código de Comercio para efectuarla.

A pesar de esto, los socios de la empresa, es decir, los miembros de la Junta Asesora de la liquidada manifestaron el interés de reactivar la misma inyectando capital para cubrir las acreencias y continuar con la ejecución del objeto social.¹³⁵ Pero, al no poder hacerlo, tanto el liquidador como la Junta Asesora hicieron caso omiso de la prohibición legal y continuaron con sus actividades con el propósito de generar ingresos y no aumentar el pasivo.

“La empresa continúa produciendo para apenas sostenerse, sin que ello signifique aumento en los pasivos y los gastos ocasionados por su funcionamiento vienen atendiéndose como gastos de administración, tal como lo contempla la ley”¹³⁶.

Podría decirse que la continuidad de la actividad empresarial de Refrescando Ltda. se efectuó dentro de los lineamientos legales, ya que se hicieron pasar como acciones que se ejecutaban dentro de los llamados “gastos de administración”, los cuales se pagaban durante todo el proceso de liquidación y tenían prioridad frente a los mismos acreedores de la empresa en liquidación.

¹³³ ANEXO 3

¹³⁴ ANEXO 4.

¹³⁵ ANEXO 1.

¹³⁶ ANEXO 5.

El liquidador igualmente propuso varios planes para lograr la reactivación de la empresa con la continuación de producción de agua en botella, agua en vaso y gaseosa, distribuyéndolas en la región y en Bogotá, generando unos posibles ingresos de 10´032.000 pesos mensuales.¹³⁷ Para conseguir esto, la empresa contaba con algunos activos, tales como vehículos para transportar los líquidos, botelleros, neveras, kioscos y carpas. Así mismo, el liquidador propuso la venta de

*“algunos activos inservibles como envase (vidrio), cajas plásticas, vehículos descontinuados y carrocerías para obtener recursos adicionales y poder mejorar la operación de la empresa.”*¹³⁸

Pero también tenían maquinaria que precisaba ser reparada, necesitándose la inversión de al menos 30´150.000 pesos,¹³⁹ sin contar con las reparaciones que debían hacerse a los vehículos como el cambio de llantas y mantenimientos generales con un valor de alrededor de 20´000.000 de pesos.¹⁴⁰ Los vehículos transportadores en 1999 fueron vendidos por la suma de 20´500.000, lo cual constataba que su utilización fue únicamente de un año y que el proyecto de reactivación empresarial no estaba dando el resultado esperado.¹⁴¹

Así, en cuanto a la maquinaria de la empresa que no se estaba utilizando y que se hubiera podido vender ya fuera para la reactivación de la misma o para el pago de los pasivos existentes dentro de la liquidación, no se efectuó ninguna acción respecto a ella. Con el paso del tiempo, y más específicamente, cuando el nuevo liquidador en el 2001 se posesionó entró a revisar los bienes existentes en la empresa y:

“se encontró que dos equipos de aire acondicionado que estaban a unos 8 metros de altura solo tienen los cajones desocupados, que algunos teclados no

¹³⁷ ANEXO 5.

¹³⁸ ANEXO 7.

¹³⁹ ANEXO 8.

¹⁴⁰ ANEXO 9.

¹⁴¹ ANEXO 10.

corresponden a los números inventariados; unas CPU solo eran el cascarón, una balanza de laboratorio estaba rota, el equipo ozonizador desvalijado; en un cuarto que no se había abierto por extravío de la llave y donde había una gran cantidad de tubería de acero inoxidable solo se encontraron 4 tubos, los demás habían sido saqueados.”¹⁴²

Igualmente, en el año 2006, durante el acta número 63, el liquidador propuso castigar el valor de ciertos bienes como el

“Tanque Floculador, que se encontraba totalmente destruido por el óxido, con grandes huecos y por su tamaño y el estar incrustado en el piso era imposible de recuperar habiéndose tenido que cortar con acetileno, su valor inicial es de \$3´270.400.00=; el Tanque Equilibrio elaborado en ladrillo y cemento empotrado en el piso imposible de trasladar tuvo que destruirse sin recuperar nada; valor inicial \$1´792.000.00= y otros elementos de los cuales se adjunta listado, fueron destruidos al tumbar paredes o se perdieron en el traslado del inventario o las bodegas de Almacafé cuyo valor total es de \$5´613.888.00=.”¹⁴³

Éstas eran pérdidas significativas para la empresa en liquidación, ya que no se utilizaron las máquinas para el propósito propuesto inicialmente que era el de la reactivación empresarial y por otro lado no se consiguió la venta de las mismas para obtener liquidez y así poder solventar los gastos que se contrajeron durante la liquidación o para el pago de acreencias con trabajadores, entre otros.

Existían además unos botelleros que por un contrato de Leasing que había realizado Refrescando Ltda. con Leasing Aliadas pertenecían a ésta última, pero

“se encuentran en poder de tenderos, almacenistas, cafeterías, canchas de tejo de varios Municipios de Cundinamarca y el Tolima, cuya recolección requiere una

¹⁴² ANEXO 11.

¹⁴³ ANEXO 12.

inversión de treinta (30) millones de pesos por parte de la liquidación.”¹⁴⁴ Esto

“pagando el arriendo de un vehículo de unas 10 toneladas y 2 operarios, el conductor y un ayudante para que se demoren unos 3 o 4 meses buscando a los posibles poseedores con la posibilidad de que no sean entregados , que muchos negocios ya hayan desaparecido o cambiado de dueños y otras situaciones similares.”¹⁴⁵, “además de la imposibilidad de ir preguntando de tienda en tienda, cafetería en cafetería, piscina en piscina, de más de 30 municipios y veredas de acción de la empresa”¹⁴⁶

Aquí es donde se debe analizar si hubiera valido la pena recuperar dichos bienes para continuar con la liquidación o como ocurrió en éste caso, no haberlo hecho para evitar una situación más onerosa y gravosa. Esto debido a que la inversión de una suma tan elevada de dinero en el rescate de los botelleros hubiera imposibilitado el pago de pasivos que tenía la sociedad dentro de la liquidación. Pero, en el caso en el que se hubiera contado con recursos para recuperarlos,

“como se van a identificar?, si no tenemos ninguna relación que lo permita, además los poseedores se podrán oponer a su entrega ya que ellos los tienen en posesión desde hace mas de cinco (5) años y esto los vuelve posibles dueños del bien mueble. Finalmente, reitero que los botelleros nunca me fueron entregados como se prueba en los diferentes documentos que ya reposan en el expediente.”¹⁴⁷

Debido a la falta de presentación de informes por parte del señor Poma a la Junta Asesora, el nuevo liquidador informa además que los envases y empaques que tenían un valor de 135´538.500.

¹⁴⁴ ANEXO 13.

¹⁴⁵ ANEXO 14.

¹⁴⁶ ANEXO 15.

¹⁴⁷ ANEXO 16.

“fueron destruidos y vendidos por retal para fundir (vidrio o acrílico) y el resto se le vendió ó entregó a la fábrica de Mariquita, como consta en declaración extrajuicio de los celadores FERNANDO GARCIA y NILSON OSUNA”¹⁴⁸

“se puede concluir que el recaudo de las obligaciones, es de difícil cobro, toda vez que no existen soportes, no existen documentos idóneos que la sustenten y en general, las obligaciones se encuentran y están totalmente prescritas.”¹⁴⁹

Con lo anterior, se puede afirmar que no solamente existía un desorden en la contabilidad de la empresa cuando se encontraba activa comercialmente, sino que además dentro de la misma liquidación se cometieron varios errores causados por la negligencia del liquidador afectando el recaudo del dinero que se hacía necesario para cubrir gastos y pagar a los acreedores.

En cuanto a la situación laboral, el primer liquidador de la empresa afirma que:

“Cuando llegué a la Empresa la encontré funcionando, esto es produciendo y vendiendo, y con los ingresos se atendía la nómina y los gastos mínimos de funcionamiento, razón por la que opté porque siguiera funcionando, en especial por dos razones: Una tenía que ver con el mantenimiento de los puestos de trabajo para no aumentar los pasivos laborales de la Empresa mientras se tramitaba ante el Ministerio de Trabajo el permiso para el despido de los trabajadores, y la otra era la de mantener la Empresa funcionando como una Unidad económica para que no perdieran su valor los activos incorporados a ella. Así, se mantendría el valor de los activos y los intereses de los acreedores estarían mejor protegidos, para efectos de la misma liquidación.”¹⁵⁰

Pero en el año 2001 el nuevo liquidador se encontró con que el único trabajador que seguía laborando en la empresa era el señor Fernando García, el cual trabajaba como

¹⁴⁸ ANEXO 17.

¹⁴⁹ ANEXO 17.

¹⁵⁰ ANEXO 18.

vigilante. Los demás empleados que se creía estaban vinculados desde antes del proceso de liquidación de Refrescando Ltda., no habían sido localizados¹⁵¹.

Esto se convirtió en una desorganización no sólo para la empresa sino para la liquidación misma, ya que no había certeza de la cantidad de dinero que se debía en cuanto al pasivo laboral. Para los trabajadores era menos benéfico por que no se les estaba pagando el salario acordado y tampoco había certeza de su derecho. Además, éstos estaban actuando de buena fe esperando beneficiarse a sí mismos al continuar trabajando y devengando un salario digno para vivir; e igualmente, favoreciendo a la empresa con la expectativa de una posible reactivación.

Tal desorden era un inconveniente para el pago de las acreencias de los leales trabajadores de Refrescando Ltda., el cual expuso la abogada de los mismos en los siguientes términos:

“Para el caso de mis clientes, ellos laboraron en la liquidada durante un lapso anterior al 25 de Septiembre de 1998 y otro después de esa misma fecha, como reposa en el expediente y consta en el concepto emitido por el Dr. Pastás Peruchuaque, lo que perfectamente permite que se efectúen dos liquidaciones como solución al conflicto surgido, por cuanto por una parte se les debe liquidar acreencias laborales causadas con anterioridad a la precitada fecha con lo que quedarían en igualdad de condiciones a los otros extrabajadores como es el criterio que esgrime el Señor liquidador y así tendrían derecho a percibir la indemnización moratoria a que sin lugar a dudas tienen derecho, y por otra parte las acreencias laborales causadas con posterioridad a esa fecha. Porque de no atenderse esta solicitud se estaría propinando un severo castigo a quienes como mis clientes se mantuvieron en sus puestos de trabajo estoicamente a fin

¹⁵¹ ANEXO 19.

de que la situación no se hiciera más gravosa para la empresa, pues cual capitanes de navío solo se retiraron cuando ya el naufragio era inminente.”¹⁵²

La Superintendencia de Sociedades por su parte afirmó que a los trabajadores que laboraron antes de iniciada la liquidación merecían un trato diferente de los que lo hicieron luego de ésta; ya que estos últimos se pagarían como gastos de administración y los primeros entrarían a ser parte del pasivo de la liquidación misma, pagándose de acuerdo con la prelación de créditos. Pero la abogada laboralista Ayme Ortiz Díaz, manifestó:

“se debe dar aplicación a lo dispuesto por la sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de justicia proferida en el mes de Abril de 2006, en donde se elimina la liquidación obligatoria como causal de fuerza mayor para desconocer derechos inciertos a los trabajadores y también existe abundante jurisprudencia en la que se prohíbe cargar a los trabajadores la consecuencia de las quiebras de los empleadores, pues según la misma corte, estas generalmente se producen por culpa de los malos manejos de los mismos y no por la culpa de los trabajadores de los cuales son las víctimas más afectadas en estos infortunados eventos y entonces se hace necesario establecer los periodos laborados por mis clientes...”¹⁵³

Pero, mientras se discutía la situación de igualdad de los trabajadores, las condiciones de los mismos se iban agravando aún más, tanto así que el nuevo liquidador, el doctor Samuel Sarmiento Martínez en uno de sus informes presentados a la Superintendencia de Sociedades afirmó:

“Por ejemplo a tres celadores que actualmente cuidan las instalaciones y la maquinaria existente no se les ha podido cancelar un solo centavo de salario desde hace mas de 4 meses; por lo cual pido autorización para entregarles bienes que no

¹⁵² ANEXO 20.

¹⁵³ ANEXO 21.

*dañan el funcionamiento de la unidad económica de producción de gaseosas como por ejemplo escritorios, mesas, máquinas de escribir y elementos que ellos puedan disponer para su venta y obtener recursos para su subsistencia.”*¹⁵⁴

Uno de los vigilantes era el señor Fernando García, quien inició sus labores con Refrescando Ltda. el 7 de Abril de 1994 hasta el 31 de agosto de 2005, pero el pago de sus salarios no se efectuaba a tiempo por parte del primer liquidador como tampoco del segundo, llegando al punto de tener que demandar la empresa.¹⁵⁵

Dentro de la demanda no solamente se reclamaron los salarios no recibidos sino que además se evidenciaba que no fue afiliado a seguridad social a partir de 1996 y que tampoco recibía subsidio de transporte, ni subsidio familiar, no recibió primas ni vacaciones, ni el pago de horas extras entre otros.¹⁵⁶ Ésta era una situación que vulneraba y abusaba de los derechos de los trabajadores, ya que por una parte se estipulaban contratos desiguales y con falta de garantías para los mismos.

Todo lo anterior es consecuencia por una parte, de la conducta omisiva de los liquidadores al no reconocer el pago de los salarios de los trabajadores como prioridad dentro de la liquidación y por otra, de la limitante legal de no poder continuarse con la ejecución del objeto social de la empresa. Es decir que, si se hubiera percibido algún tipo de ganancia, se hubiera evitado al menos la evasión del pago de la obligación salarial. Pero debido a la falta de liquidez de Refrescando Ltda. y el aumento del pasivo laboral, se llegó a un acuerdo con los trabajadores para el pago de sus prestaciones debidas pero no con dinero sino con maquinaria de la misma¹⁵⁷ por un valor total de 230,492.329 pesos.¹⁵⁸

¹⁵⁴ ANEXO 22.

¹⁵⁵ ANEXO 23.

¹⁵⁶ ANEXO 24.

¹⁵⁷ ANEXO 25.

¹⁵⁸ ANEXO 26.

Entre los bienes que se les dieron a los trabajadores como pago del pasivo laboral se encontraban lavadoras de envases, llenadoras, transportadoras de botellas y Carbo Coolers; maquinaria que con la falta de uso no solo se desvalorizó, sino que también causó que su venta fuera más difícil para los trabajadores que las recibieron. A pesar de esto, los trabajadores se beneficiaron de este convenio, ya que consiguieron asociarse y continuar con el uso de la maquinaria para percibir utilidades. Pero, para llegar a dicho acuerdo fue necesario contratar a un profesional para que revisara las liquidaciones de los 54 trabajadores adicionando otro gasto administrativo a la liquidación por un valor de diez millones de pesos.¹⁵⁹

Esta revisión debió haberse efectuado muchos años atrás y no en el 2005, ya que los intereses de la liquidación se veían comprometidos y los derechos de los trabajadores se estaban menoscabando al no recibir nada a cambio del esfuerzo entregado durante algunos años a Refrescando Ltda. La entrega de los bienes a los trabajadores como dación en pago se efectuó en el año 2006, casi 10 años después de iniciada la liquidación contrariando lo establecido en la ley mercantil, ya que una liquidación debe ser pronta y ágil, con el fin de satisfacer los intereses de los involucrados en la misma, en especial los de los trabajadores.¹⁶⁰

El liquidador por su parte, debido a la situación en la que se encontraba la empresa tuvo que incurrir en gastos que le correspondían a la empresa como viáticos, transportes, correspondencia entre otros, ya que no se contaba con dinero para el pago de los mismos.¹⁶¹

“Aclaro que yo vivo en la ciudad de Zipaquirá y utilizo la vía Zipaquirá, Funza, Mosquera, La Mesa, Anapoima, Tocaima y Girardot por la facilidad de su desplazamiento ya que no hay tanto tráfico como por la vía Melgar, en éste recorrido

¹⁵⁹ ANEXO 27.

¹⁶⁰ ANEXO 28.

¹⁶¹ ANEXO 29.

se pagan 4 peajes (...), en muchas oportunidades y debido al tener que manejar en horas nocturnas debo llevar un conductor que me cobra sin la alimentación veinte mil pesos día (\$20.000=); como estas situaciones de pedir y guardar recibos es difícil de controlar o se pasa por alto, se pedirá a la Junta Asesora el reconocimiento de un valor por viaje.”¹⁶²

Manifestó también el nuevo liquidador de la empresa ante la Superintendencia de Sociedades que:

“Debido a situaciones que se han presentado con la Junta Asesora respecto al no reconocimiento de costos del proceso de la liquidación de Refrescando Ltda., me permito solicitar su concepto sobre los mínimos costos que conlleva un proceso de liquidación; ya que yo creo que al iniciarse un proceso, se necesita de una secretaria que digite los documentos que se tramitan, un mensajero que esté llevando las diferentes cartas y documentos a los diferentes sitios de la ciudad, se incrementa el costo del teléfono, el coste de arrendamiento de oficina, los servicios de papelería, mantenimiento de equipos, etc.; costos que NO se presentarían si no se tiene la liquidación. Un auxiliar de la justicia para poder desempeñar dignamente sus funciones debe adquirir y efectuar gastos que conllevan un costo mínimo que debe ser reconocido dentro de gastos del proceso y no de los recursos propios del liquidador.”¹⁶³

Agregó además ante la misma entidad, que

“El día 6 de marzo de 2006 suspendieron el servicio de energía prometiendo la administración que en tres (3) días la reconectaría, al cabo de una semana fue imposible y es el caso que hasta la fecha no la han realizado, ya que la deuda es bastante alta; a partir de esta fecha inicié la consecución de una nueva oficina,

¹⁶² ANEXO 30.

¹⁶³ ANEXO 31.

*encontrándola hace 2 días y trasladando los elementos necesarios para medianamente funcionar como usted debe saber un cambio de estos trastorna todo el orden y organización que se tenga, además con la desgracia que aquí ningún teléfono está en servicio ya que hacía varios años estaba desocupada”*¹⁶⁴

Todas estas necesidades y trabas dentro del proceso de liquidación se iban sumando a los gastos de administración, los cuales en el año 2008 ascendían a la suma de 1.046.332.375 pesos.

Si se hubieran tenido las herramientas legales con miras a reactivar la empresa como se proyectó desde un comienzo, no se incurriría en tan altísimos gastos y no se hubiera perjudicado a socios, trabajadores y acreedores participantes en la liquidación.¹⁶⁵ El señor Poma, primer liquidador de la empresa, al no rendir los informes pertinentes y descuidando la liquidación y reactivación propuesta por el mismo consiguió que decayera la empresa, complicando también su liquidación al aumentarse los pasivos, los cuales se hubieran podido evitar con una mínima dosis de diligencia. Así, en una de las actas que se elaboraron durante la liquidación de Refrescando Ltda., se afirmó:

*“el anterior liquidador Dr. JAIME OSWALDO POMA AVILA no hizo entrega de la contabilidad, ni siquiera un informe de actividades además el contador Dr. RICARDO PABÓN, lo mismo que el liquidador informan que lo único que se pudo recuperar de Contabilidad fue lo que se encontró en un computador ya que el resto de estos aparatos se encontraban desvalijados, situación corroborada por la Junta Asesora a quien el Sr. Poma informó de la pérdida de todos los soportes de la contabilidad.”*¹⁶⁶

El desorden en la contabilidad de la empresa ocasionó que la liquidación no pudiera efectuarse dentro de los lineamientos legales; ya que se supone que una liquidación

¹⁶⁴ ANEXO 32.

¹⁶⁵ ANEXO 33.

¹⁶⁶ ANEXO 34.

debe hacerse en un tiempo prudencialmente corto y en éste caso se había retardado bastante. La Junta Asesora entonces, no aprobó los estados financieros de Refrescando Ltda. debido a que no existía el respaldo suficiente para los mismos, a causa del desorden preexistente al inicio de la liquidación y a la falta de cuidado del antiguo liquidador.¹⁶⁷

Por su parte la Superintendencia de Sociedades en cuanto a la falta de diligencia del doctor Poma afirmó:

*“en el presente caso el despacho considera que el señor liquidador no atendió a la buena marcha del proceso, observando para ello el deber de conservación de los activos de la liquidación, lo cual implicaba, entre otros aspectos, minimizar los gastos de administración con el fin de pagar al mayor número de acreedores del concurso, y en consecuencia, igualmente procediendo a la terminación de los contratos que además de no reportarle beneficio alguno a la concursada, si hacía más gravosa la situación económica de la sociedad en perjuicio de los acreedores de la misma.”*¹⁶⁸

El liquidador Samuel Sarmiento Martínez, viendo la precaria situación de la contabilidad de la empresa, demandó al antiguo liquidador, el señor Poma

*“para que entregara documentos, informes, etc., lo cual nunca se realizó, debiendo interponer Demanda de Rendición Provocada de cuentas correspondiéndole al Juzgado 24 C.C de Bogotá, sin obtener ninguna respuesta y por lo tanto, el suscrito quedó sin DE PESOS M/CTE \$1.000.000.000.”*¹⁶⁹.

Además de esto, la Superintendencia de Sociedades lo removió de su cargo como liquidador y lo excluyó de la lista de liquidadores afectando no sólo su vida profesional, sino también a la empresa, socios, trabajadores y acreedores.¹⁷⁰

¹⁶⁷ ANEXO 35.

¹⁶⁸ ANEXO 36.

¹⁶⁹ ANEXO 37.

¹⁷⁰ ANEXO 38.

Finalmente, en el año 2012 terminó la liquidación de la empresa Refrescando Ltda. dejando un amargo sabor entre todos los participantes al no poder cumplir con la meta más importante que era la de lograr reactivar la sociedad. Los trabajadores de la misma no continuaron con la sociedad que habían conformado al principio y decidieron vender las máquinas recibidas como pago de sus acreencias,

“lo cual ha sido imposible ya que las circunstancias han variado sustancialmente, seguramente debido a la recesión económica ya que anteriormente habían realizado ofertas para su compra y no lo han vuelto a hacer o lo han hecho con valores irrisorios, además hasta el momento no se ha podido conseguir un solo postor, alegando que dichos bienes tienen valores muy elevados.”¹⁷¹

El asunto es que cada máquina tenía al menos 12 dueños con porcentajes distintos y fue imposible hasta para el mismo liquidador tratar de venderlas, argumentando que:

“La maquinaria tiene tamaños que en algunos casos sólo se puede manejar con GRUA y por lo cual en el expediente existe el C.D. con el video respectivo para que se formen el concepto de la realidad y la imposibilidad de hacerlo y que estoy expresando hace más de un año, EJEMPLO La máquina Carbo Cooler Mojonier que pesa unas diez (10) toneladas está dividida en 33%, 6%, 7%, 17%, 0.5%, 5%, 3%, 5%, 11%, 4%, 5% y 1%, o sea entre doce (12) trabajadores, por favor, que le corresponde a cada uno?, quien y como se va a hacer la entrega?, retaría a un empleado de la Superintendencia que lo haga sin problemas. Además sería que el señor XXX quien va a recibir del valor de dicha máquina \$149.943= cancelará el servicio de grúa por unos \$50.000=, y así otros tantos; y con la posibilidad que les ofrezcan por las máquinas sólo un 10% del valor del avalúo, ya que están totalmente obsoletas y la chatarra se está comprando en el mercado a \$340.000= tonelada, o sea que se recuperarían

¹⁷¹ ANEXO 39.

\$3'400.000=, si se reparten en los porcentajes anotados, a algunos les correspondería menos de lo que aporten para el servicio de la grúa, será que se enfrentan esta realidad?.”¹⁷²

A fin de cuentas, los más perjudicados resultaron ser los leales trabajadores, ya que se quedaron sin trabajo, sin el pago de sus salarios y con máquinas que a la fecha son inservibles. Es más, éstas se convirtieron en un estorbo, ya que es más costoso preparar su venta y traslado que lo que realmente podrían recibir enajenándolas.

Luego del análisis y desarrollo de éste caso se puede observar que fueron varios aspectos los que confluyeron y terminaron con la empresa Refrescando Ltda. Por un lado, la falta de normatividad en cuanto a una posible reactivación llevó a que los liquidadores y personas a cargo del proceso idearan infinidad de planes para levantar la empresa y que finalmente no se llevaron a cabo. Lo único que se logró fue la vulneración de los derechos de los trabajadores expectantes de un futuro laboral promisorio que implicaba recibir nuevamente un salario digno para vivir.

Por otra parte, la falta de organización en cuanto a la contabilidad de la empresa generó incertidumbre y confusión al momento de conocer los activos con los que contaba la sociedad al iniciar su liquidación dando pie a saqueos y pérdida de bienes. Además, la falta de vigilancia, diligencia y organización por parte del primer liquidador produjo un alargamiento del proceso liquidatorio aumentándose los gastos y costos del mismo.

La expectativa y el optimismo con el que se inició ésta liquidación se fue perdiendo con el transcurrir del tiempo convirtiéndose en catorce años de decepción para los trabajadores y socios deteriorándose los bienes que iban a convertirse en la compensación de tan larga espera.

¹⁷² ANEXO 40.

Si los liquidadores hubieran cumplido a cabalidad con sus funciones agilizando el trámite y haciendo prevalecer los derechos de los acreedores y en especial de los trabajadores de la sociedad, se habría podido lograr una reactivación efectiva de la misma en beneficio de sus participantes y de la economía del país.

2. Sociedad Hotelman Limitada en Liquidación Obligatoria.

Ésta empresa se dedicaba a la prestación del servicio hotelero en Bogotá por medio de su establecimiento de comercio Von Humboldt Grand Hotel and Convention Center. Al igual que en el anterior caso, la sociedad entró en un proceso de liquidación obligatoria ordenada por la Superintendencia de Sociedades el 3 de febrero de 2003, luego de un acuerdo de reestructuración fallido.¹⁷³ El liquidador, al igual que en el caso anterior, se enfrentó a un desorden en cuanto a la contabilidad que se estaba llevando a cabo dentro de la empresa y que no coincidía con la realidad que vivía la misma en ese momento.

“En síntesis, los requisitos de forma de la contabilidad se cumplen pues existen libros oficiales registrados en la cámara de comercio, pero no los de fondo, pues la información consignada en ellos no refleja razonablemente la situación jurídica y económica del ente.”¹⁷⁴

Muchos de estos datos contables no tenían soportes y muchos de ellos se encontraban contenidos en algunos discos duros que pertenecían a la empresa, pero que por extrañas razones habían sido borrados o alterados.¹⁷⁵ En general, la parte administrativa del hotel no estaba encaminada a llevar una contabilidad seria ni a registrar los movimientos que se presentaban día a día dentro del hotel, lo cual generó un vacío en la contabilidad.

¹⁷³ ANEXO 41.

¹⁷⁴ ANEXO 42.

¹⁷⁵ ANEXO 43.

Además, el servicio de hotelería como tal había decaído enormemente, ya que no contaba con el servicio de telefonía ni acueducto por falta de pago. En el caso del segundo, *“el hotel funcionaba con carro tanque.”*¹⁷⁶ Se suma a lo anterior, la falta de pago de impuestos, el incumplimiento en el pago de salarios y obligaciones exigidas por la ley para con los trabajadores, quienes son los más afectados en estos casos, tal y cómo se vio en el caso de Refrescando Ltda. El inevitable proceso liquidatorio ante la Superintendencia de Sociedades se dio nombrándose al señor Álvaro Jiménez Sánchez como liquidador de la empresa Hotelman Ltda.

Iniciado el proceso en mención, el señor Jiménez Sánchez firmó un contrato de prestación de servicios con el señor Ernesto Rodríguez Landínez, para que éste último reforzara los conocimientos acerca de la administración del hotel,¹⁷⁷ con el fin de continuar y mejorar la actividad perteneciente al desarrollo del objeto social. Los propósitos de dicho contrato consistían en:

*“1. Evaluar los actuales vínculos comerciales de EL HOTEL y fortalecer los que resulten beneficiosos. 2. Conseguir nuevos negocios y nuevos clientes. 3. Aumentar las ventas y los ingresos que de ellas se deriven. 4. Posicionar EL HOTEL en el sector hotelero. 5. Buscar consolidar alianzas con canales de distribución especializados. 6. Manejar las relaciones públicas. 7. Concebir y dirigir estrategias de publicidad y mercadeo. 8. Fijar políticas de tarifas de los servicios del EL HOTEL. 9. Mejorar la cultura de servicio y ambiente laboral. 10. Desarrollar nuevos conceptos. 11. Mantener y mejorar las relaciones y comunicaciones con los copropietarios. 12. Mejorar la imagen del EL HOTEL.”*¹⁷⁸

Con el inicio de la ejecución de éstos concisos objetivos podría lograrse una reactivación empresarial, siempre y cuando se ejecutaran con seriedad y compromiso.

¹⁷⁶ ANEXO 44.

¹⁷⁷ ANEXO 45.

¹⁷⁸ ANEXO 46.

Es así, como en la primera reunión que se realizó con la junta asesora, el liquidador informó que continuará con la ejecución del objeto social, a lo cual

“La representante de la DIAN, le solicita al liquidador que informe si existe autorización escrita de la Superintendencia de Sociedades para desarrollar la Operación Hotelera, estando en liquidación Obligatoria.”¹⁷⁹

Era evidente que, al encontrarse la prohibición en la ley mercantil de no ejecutar actos diferentes a los encaminados a la liquidación misma surgiera ésta inquietud por parte de las personas que hacían parte de tal reunión, ya que no solamente se comprometía la responsabilidad del liquidador, sino también la de los administradores que toleraran tal comportamiento. A esto el liquidador respondió:

“que no dispone de una autorización expresa y escrita por parte de la Superintendencia de Sociedades para desarrollar la Operación Hotelera, pero deja constancia que ha desarrollado la gestión como mecanismo indispensable para recuperar y conservar los bienes de la concursada, sobre todo para preservar los bienes como una unidad económica que genera más de 100 empleos de manera directa y como mecanismo de conservación de esos bienes, máxime si se considera el multimillonario costo fijo que tendría que cubrir mensualmente la liquidación por concepto de vigilancia, servicios públicos, impuestos y otros rubros semejantes.”¹⁸⁰

Es ésta conciencia la que sobrepasa los límites legales, ya que busca tanto el desarrollo empresarial como la defensa de los derechos de los trabajadores, quienes aportan con su labor las utilidades que percibe la empresa. Se continúa con el desarrollo de los objetivos propuestos por el liquidador teniendo como pilar el pago de las acreencias laborales y ponerse al corriente con la seguridad social de los trabajadores.¹⁸¹ A pesar de éste arriesgado pero inteligente manejo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

¹⁷⁹ ANEXO 47.

¹⁸⁰ ANEXO 47.

¹⁸¹ ANEXO 48.

objetó tales actuaciones ante la Superintendencia de Sociedades, afirmando que el liquidador iba en contra de la ley comercial y que su finalidad era crear una nueva sociedad que ejecutara el objeto social de Hotelman Ltda., a lo cual la entidad respondió:

“observa el Despacho que en ningún momento el liquidador de la sociedad HOTELMAN LTDA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, ha fundado una nueva sociedad, solo se ha limitado a continuar con el contrato operación hotelera”¹⁸².

Además, la misma entidad en otro escrito enviado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reiteró y confirmó que el señor Jiménez buscaba con esto

“la recuperación y conservación de los activos de la sociedad, con el apoyo de colaboradores del Hotel, compuesto actualmente por más de 115 personas”¹⁸³

La Superintendencia era consciente entonces de la necesidad que tenían algunas empresas de continuar ejecutando su objeto social para no hacer más onerosa su liquidación y no permitir el deterioro de los bienes que hacían parte de las mismas. Además coincidía su pensar con el liquidador de Hotelman Ltda., en cuanto a que no se podían menoscabar los derechos de los trabajadores quitándoles la oportunidad de continuar trabajando para la empresa.

Así, la señora Martha Uribe de Rodríguez, miembro principal de la junta asesora del liquidador reconoció que el trabajo del señor Jiménez Sánchez era impecable en cuanto al manejo de la empresa en liquidación, ya que con las estrategias que estaba aplicando, los trabajadores tenían al día sus pagos y la empresa estaba creciendo nuevamente.¹⁸⁴

Éste favorable concepto no se dio solamente por los informes presentados por el liquidador a la junta asesora sino que los mismos trabajadores manifestaron su conformidad con la nueva administración:

¹⁸² ANEXO 49.

¹⁸³ ANEXO 50.

¹⁸⁴ ANEXO 51.

*“Sea esta la oportunidad de manifestarles nuestra voz como trabajadores actuales de lo que hoy en día bien puede llamarse hotel, y quienes sufrimos directamente los resultados de la mala administración que antiguos operadores le dieron a la que hoy consideramos nuestra empresa. (...) Es claro para nosotros que gracias a la buena administración que actualmente se está dando, hemos comprobado que en efecto, este negocio es rentable para los trabajadores y quienes se encuentran involucrados directa e indirectamente con la misma.”*¹⁸⁵

Éste sentimiento de satisfacción entre los trabajadores fue el resultado de la organizada administración que efectuaba el liquidador, y por

*“la fe puesta por nosotros en esta causa, ha sido tal que ni siquiera en los peores momentos del hotel y en contra de nuestros propios beneficios, decidimos no dar marcha atrás y seguir creyendo en el futuro promisorio que estamos a punto de ver.”*¹⁸⁶

Era tal el compromiso por parte de los trabajadores, que sentían la empresa como suya; y al ver que ésta les estaba dando el trato merecido bajo las condiciones ordenadas por la ley laboral, se pudo sostener y levantar nuevamente con metas serias y expectativas certeras. Pero anterior a esta situación y a pesar del esfuerzo constante proporcionado por los trabajadores, no existían garantías ni había protección alguna para con ellos. Así,

*“Nuestro trabajo no fue remunerado, ni a tiempo ni con justicia, no contábamos con seguridad social, sistemas pensionales y beneficios para nuestras familias; por supuesto, ni siquiera soñábamos con programas de capacitación, mejoramiento continuo, dotación, etc, cosas de las que hoy podemos dar gracias y que gozamos de ellas debido a una acción humana y conjunta de la actual gerencia y sus colaboradores.”*¹⁸⁷

¹⁸⁵ ANEXO 52.

¹⁸⁶ ANEXO 52.

¹⁸⁷ ANEXO 52.

Es decir, la antigua administración ni siquiera se interesaba por la productividad de la empresa; no tenía visión para desarrollar las estrategias adecuadas que llevaran a la consecución de la actividad hotelera con miras a un futuro comprometedor; ya que los trabajadores no estaban capacitados debidamente para prestar un buen servicio a los clientes de la empresa estancándose y limitando la explotación efectiva del objeto social contenido en los estatutos sociales. El liquidador de Hotelman Ltda., se preocupó por el mejoramiento de éste aspecto y se propuso en primera medida:

“Contar con un manual de funciones elaborado con base en los perfiles determinados para cada cargo, existente dentro de la organización, con el fin de lograr un desempeño más eficiente, partiendo de un conocimiento previo de las funciones por parte de las personas que proveen los diferentes cargos.”¹⁸⁸

Esto junto con los propósitos de capacitar a los trabajadores en el área de servicio al cliente, mejorar la calidad del servicio¹⁸⁹ y aumentar la clientela, trajo como resultado el ingreso de mayores utilidades para la sociedad en liquidación.

Finalmente, en cuanto a la suerte de los empleados de Hotelman Ltda., se puede afirmar que gracias a la preocupación e interés del señor Jiménez de defender los derechos de los trabajadores logró incentivarlos y motivarlos a continuar ejerciendo sus labores, pero con un mayor empeño y preparación brindando a los clientes de la empresa un servicio con un alto índice de calidad hasta el presente.

Respecto a la contabilidad de la liquidada, no se contaba en principio con la información suficiente acerca del funcionamiento de la misma creándose una discordancia entre los pocos documentos existentes y la realidad, por lo cual el liquidador

¹⁸⁸ ANEXO 53.

¹⁸⁹ ANEXO 54.

“informó a la Junta que ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, la información contable debe ser útil, pertinente y confiable y que con los estados financieros de la concursada, no se cumplen esos presupuestos básicos pues se reflejan allí hechos económicos que no se compadecen con la realidad de la deudora.”¹⁹⁰

Además, el revisor fiscal de la empresa en liquidación era el mismo que realizaba esa labor antes de entrar la sociedad en el proceso ante la Superintendencia de Sociedades; el cual afirmó que no tenía

“explicación satisfactoria para argumentar la forma irregular en que se encuentra la contabilidad del ente”¹⁹¹

Y tampoco se dio razón del por qué había desaparecido gran cantidad de información contable de los discos duros de los computadores pertenecientes a la sociedad. Es por esto que durante un tiempo no se logró establecer la real situación económica en la que se encontraba la empresa por medio de estados financieros teniendo que invertir gran cantidad de tiempo en la elaboración de

“un inventario para poder para poder disponer de una base confiable que permita reconstruir la contabilidad y emitir estados financieros ajustados a la realidad.”¹⁹²

Se suma a todo lo anterior la falta de conocimiento de los administradores de la empresa en cuanto al cobro de los servicios que se prestaban, ya que no se detenían a analizar los costos que se generaban al realizar la actividad hotelera para luego determinar un precio competitivo y generador de utilidades para la sociedad.

Es por esto que, el señor Álvaro Jiménez Sánchez juiciosamente llevó a cabo varias maniobras que permitieron reducir los costos, aumentar la productividad y obtener

¹⁹⁰ ANEXO 47.

¹⁹¹ ANEXO 42.

¹⁹² ANEXO 42.

utilidades generando en la empresa un incremento de su capital, lo cual determinó su reactivación. Pero, se debe tener en cuenta que tales estrategias estaban contrariando las disposiciones mercantiles vigentes en aquel momento comprometiendo, como en el caso anterior, su responsabilidad personal y la de los demás administradores de Hotelman Ltda.

Dentro de la gran variedad de maniobras se puede resaltar en primer lugar, el trato que se le dio a las tarifas de la prestación del servicio hotelero, las cuales se manejaron inicialmente de acuerdo al precio que daba el mercado pasando a realizar

*“los costos de acuerdo a un criterio técnico y sustentado”*¹⁹³, dando a conocer lo que realmente se invertía y se gastaba, para fijar un precio consecuente y razonable.

También se logró la obtención de créditos por parte de proveedores importantes de la sociedad; ya que ésta anteriormente no contaba con la credibilidad suficiente para endeudarse haciendo más difícil el crecimiento económico de la empresa.¹⁹⁴

En cuanto a los servicios públicos que se encontraban interrumpidos por el incumplimiento del pago, se logró llegar a un acuerdo con las empresas prestadoras, para que continuara la prestación de los mismos y además, se incluyeron como parte dentro de la liquidación, ya que no estaban incluidos. Así, los servicios de telefonía, gas y acueducto finalmente comenzaron a funcionar a cabalidad consiguiendo la prestación del servicio hotelero con unas condiciones apropiadas.¹⁹⁵

Otra estrategia importante para conseguir la reactivación de Hotelman Ltda. consistió en la reducción de gastos de la empresa eliminando a los intermediarios, quienes proveían los alimentos. Así, se tomó la decisión de obtener los productos de los *“distribuidores directos o por compra directa en Corabastos”*¹⁹⁶ consiguiendo atesorar más dinero para

¹⁹³ ANEXO 60.

¹⁹⁴ ANEXO 44.

¹⁹⁵ ANEXO 44.

¹⁹⁶ ANEXO 43.

invertirse en otros bienes y servicios necesarios para el desarrollo y levantamiento de la empresa.

Es así, como Hotelman Ltda. logró evadir la liquidación total de la empresa, reactivándose y continuando con una actividad organizada y seria hasta el día de hoy. La experiencia le enseñó a todos los participantes de éste arduo proceso, que llevando una contabilidad fiel y ajustada a la realidad, incentivando y capacitando a los trabajadores para mejorar la calidad de su servicio hotelero y siendo disciplinados, ordenados y cuidadosos con el manejo de las finanzas de la empresa, se podía lograr el máximo desempeño y utilidad.

El liquidador de Hotelman Ltda. decidió tomar el camino que iba en contra de la ley pero que resultó ser el más apropiado para los empleados y socios que hacían parte de la misma, ya que se pudo continuar con la vigencia de los contratos laborales por un lado, y se buscaron estrategias para conseguir un beneficio económico para los socios por el otro.

3. Consideraciones.

Haciendo una comparación entre las dos empresas presentadas, se puede ver que al inicio de sus respectivas liquidaciones las metas eran claras para los señores Poma y Jiménez. Es decir, los dos tenían la intención de reactivar las empresas a su cargo, buscando proteger los derechos de los trabajadores y los intereses de los socios, pero contrariando la ley mercantil.

Fue así como, al no efectuar la recolección de los documentos pertinentes con miras a la realización de un inventario detallado de los bienes con los que contaba Refrescando Ltda., el señor Poma afectó la elaboración y entrega de los estados financieros. Esto

generó que los socios de la empresa perdieran tiempo y dinero, que los trabajadores terminaran como propietarios de máquinas obsoletas e inservibles por el paso del tiempo y que su responsabilidad quedara comprometida ante las autoridades jurisdiccionales.

Por su parte, el señor Jiménez se afanó por obtener todos los datos necesarios de la empresa, al encontrarse interesado en saber con qué se contaba y así poder iniciar con las estrategias de recuperación de la sociedad. Con un plan determinado y organizado consiguió la reactivación de Hotelman Ltda. incentivando y capacitando a los trabajadores, educando a los socios en cuanto al manejo fiel y certero de los libros de contabilidad y sin comprometer la responsabilidad de nadie.

Fueron dos manejos diferentes los que se les dieron a éstas empresas en vía de extinción, a pesar de haber tenido un mismo fin: la reactivación. Pero, éstos resultados diversos no son únicamente causa de la estrategia y orden que se llevó a cabo en cada uno de los casos, sino que, al no existir una reglamentación y parámetros claros acerca de cómo dirigir una posible reactivación empresarial dentro de una liquidación generaron incertidumbre entre los liquidadores. Estos se atrevieron a proceder basados simplemente en su criterio personal.

En definitiva, la clave del futuro de las empresas en liquidación no siempre es acabar con ellas por el simple hecho de incurrir en una causal de disolución, sino que es necesario contar con un asesoramiento en cuanto al manejo adecuado del capital con que se cuenta al momento de tomar la decisión de endeudamiento. Además, la lealtad y rectitud con que se llevan los libros de contabilidad de las empresas determinan su buen funcionamiento.

Sin embargo, la falta de interés de algunos socios en capacitarse y el recelo de invertir en sus compañías permiten que se cometan errores gravísimos perjudicando la

productividad en el presente, y los frutos en el futuro. No saben entonces, que actuar de manera contraria atenta contra la compañía misma, ya que en el momento de afrontar una crisis no tienen información verídica y confiable, ni la preparación profesional adecuada para salir de ella incurriendo entonces en alguna causal de disolución que los llevará a su liquidación y extinción.

CONCLUSIONES

Luego de recorrer la legislación mercantil colombiana extrayendo los lineamientos que tiene en cuanto a la capacidad de las sociedades mercantiles que se encuentran en liquidación y analizando tal proceso desde el punto de vista teórico y práctico, se pueden recoger varias apreciaciones y posturas que podrían conseguir cambiar el rumbo actual de dicho sistema.

En primer lugar, se puede evidenciar que muchas empresas explotan su objeto social sin tener el conocimiento suficiente acerca del manejo y cuidado que se debe tener con la contabilidad incurriendo muchas veces en la ejecución de acciones fraudulentas. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una compañía prescinde del fiel registro de los movimientos que efectúa la sociedad día tras día, con la finalidad de evadir los impuestos exigidos por la ley.

Además, se abusa de los derechos de los trabajadores vinculándolos a las sociedades por medio de contratos desfavorables y que contrarían la ley laboral. Adicionalmente, algunos empresarios no se preocupan por capacitar e instruir a sus empleados para que se genere un mejor desarrollo del objeto social, ya que muchos lo consideran como una pérdida de dinero, pero no se dan cuenta de que realmente están dejando de invertir en un mejor futuro para la empresa y sus trabajadores.

Este afán por generar dinero apresuradamente evitando cumplir con sus obligaciones legales ya sea con el Estado o con los trabajadores (en vez de hacer planes de reducción de costos de insumos, por ejemplo) termina por descontrolar el manejo interno de la empresa y limita la capacidad de idear nuevos mecanismos, que sirvan para ampliar la explotación del objeto social. Se llega entonces a la destrucción de la compañía desde

adentro acabando en un trámite liquidatorio muchas veces largo, extenuante, costoso y decepcionante para todos.

Pero no solo se afectan los socios, acreedores y trabajadores, sino que además se limita la evolución empresarial y económica del país, ya que se genera más desempleo, menos productividad e innovación disminuyendo la competencia y el poder adquisitivo de los ciudadanos colombianos, pilares del desarrollo de un país. Es por ello que el Congreso de la República fue consciente de tal situación y sancionó en el año 2010 la “Ley de Formalización y Generación de Empleo”, la cual tiene como objetivo incentivar a las empresas a contratar jóvenes menores de 28 años, por medio de exenciones tributarias y además, pretende disminuir la informalidad empresarial y laboral, para contribuir con el desarrollo de Colombia.

Pero, la propuesta más novedosa que ésta ley implementa para impulsar las empresas nacionales hacia un camino de desarrollo es la figura de la reactivación empresarial. Ésta permite que el liquidador de la compañía en un proceso de liquidación, junto con el visto bueno de la junta asesora continúe explotando el objeto social, para así poder reactivarla.

Éste es solo el comienzo de un largo camino de adecuación de la ley a la realidad mercantil de las empresas, ya que, a pesar de la inclusión de la reactivación, no existe un régimen que pretenda explicar y delimitar su perfeccionamiento para aplicarla efectivamente. Además, admite únicamente su utilización sobre las sociedades que se encuentren en liquidación voluntaria dejando de lado la obligatoria, lo cual no permite dar solución a los problemas económicos y jurídicos que se presentan en empresas como Refrescando Ltda. y Hotelman Ltda. en liquidación obligatoria.

Es necesario complementar y desarrollar a cabalidad la figura de la reactivación empresarial para evitar que se continúe promoviendo la destrucción y desaparición de

las compañías colombianas, ya que en últimas los más afectados son los socios y trabajadores, quienes constituyen dos de los rubros más importantes de la economía de éste país.

Pero, antes de la ley 1429 de 2010 la limitante legal no permitía en ningún caso la ejecución de actos distintos a los de la liquidación encasillando el actuar del liquidador dentro del proceso mismo, lo cual contribuyó a que el desarrollo empresarial fuera en retroceso. A esto se agrega la contradicción entre lo afirmado por la Superintendencia de Sociedades en cuanto a la exegética y restrictiva interpretación que hace del artículo 222 del Código de Comercio y el silencio evidente en los casos presentados.

Ésta discreta conducta podría entenderse como una conformidad con el actuar de los liquidadores encaminado a la recuperación de las empresas por medio de la explotación del objeto social, pero claramente contraviniendo lo establecido en la Ley Comercial. Es por esto por lo que algunos liquidadores decidieron arriesgarse a continuar explotando el objeto social de las empresas y aún lo siguen haciendo, pese a la continuación de la prohibición para las empresas en liquidación obligatoria, tal y como se vio en los casos presentados.

Igualmente, no es posible reactivar las empresas en todas las situaciones, ya que todo depende de las condiciones en las que se encuentre la sociedad y en las estrategias que se tomen para llevarlas a cabo. Pero, a pesar de existir la reactivación a partir de la vigencia del artículo 29 de la Ley 1429 de 2010, no existen reglas claras que permitan desarrollarla siguiendo unos parámetros que encaminen a las empresas a su posible levantamiento, dejando al arbitrio de los liquidadores el manejo y desarrollo de la figura.

Así, en el caso de Refrescando Ltda., las intenciones del liquidador eran adecuadas al principio para socios y trabajadores al no existir parámetros claros a seguir, la seriedad

de la gestión se fue perdiendo terminando con una liquidación tortuosa, onerosa y perjudicial para todos. Por su parte, el liquidador de Hotelman Ltda. tuvo una actitud comprometida con el desarrollo de la empresa ideando y llevando a cabo un plan estratégico de reactivación empresarial, el cual no sólo consiguió salvar la empresa de una liquidación, sino que también la renovó y revitalizó hasta el presente.

Por lo tanto, el paso a seguir en este momento en cuanto a las crisis empresariales y su impacto en la economía del país es proponer principios y reglas básicas para llevar a cabo una correcta y satisfactoria reactivación empresarial. Sin embargo, lo fundamental es concientizar a los empresarios acerca de la importancia que tiene su aporte en la economía del país. Las empresas en liquidación traen consigo desempleo y éste, a su vez conlleva una falta de poder adquisitivo haciendo decaer a otras empresas, lo que finalmente entorpece el desarrollo económico de Colombia.

Por último, cabe afirmar que la liquidación no es la única alternativa para terminar con la crisis económica de una empresa, sino que, con la continuación de la explotación del objeto social, se logra reducir los gastos que genera el proceso y continuando con las relaciones contractuales, comerciales y laborales, se puede llegar eficazmente al punto de reavivar la empresa y prolongar el crecimiento de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

Amado Hernández, Orlando, Algunas Causas no Críticas para la disolución de Sociedades y cómo Corregirlas, Causas y Soluciones a las Crisis Empresariales, Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá, 1999, Cámara de Comercio de Bogotá.

Barrero Buitrago, Álvaro, Manual para el Establecimiento de Sociedades, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Quinta Edición, 2011.

Beltrán, Emilio, La Disolución de la Sociedad Anónima, Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A, 1997.

Cantillo, Ignacio, Mojica, María Esperanza, Procesos de Disolución y Liquidación de Sociedades, Editorial Legis, 2001.

Congreso de la República, Gaceta Judicial 532, Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 057, Por la cual se expide la Ley de Formalización y Primer Empleo.

Correa Henao, Magdalena, Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Fernández del Pozo, Luis, Sánchez Rus, Heliodoro, La Sociedad Anónima Europea, Disolución, Liquidación, Insolvencia y Suspensión de Pagos, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 2004.

Fierro Méndez, Heliodoro, Sociedades, Legislación, Conceptos, Doctrinas, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Primera Edición, 1997.

González H., Oscar, El Conflicto de las Sociedades y sus Acreedores, El Proceso Concursal en la Nueva Legislación Comercial Colombiana, Derecho Societario Contemporáneo, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

Hugo Richard, Efraín, Manuel Muíño, Orlando, Derecho Societario, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, ciudad de Buenos Aires, 2007.

León Robayo, Edgar Iván, La Capacidad: Atributo de la Personalidad y Presupuesto de Validez del Acto Jurídico, Los Contratos en el Derecho Privado, El Régimen General del Contrato, Universidad del Rosario, Editorial Legis, 2009.

Molina Sandoval, Carlos A., Tratado de las Asambleas, Tratado de las Asambleas, Albeledo Perrot, Buenos Aires, Primera Edición, 2009.

Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Décima Edición, Editorial Legis, 2008.

Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Editorial Legis, 2009.

Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Editorial Legis, Séptima Edición, 1996.

Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Primera Edición, Editorial ABC- Bogotá, 1975.

Neira Archila, Luis Carlos, Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades, Editorial Temis, 2006.

Peña Nossa, Lisandro, Ruíz Rueda, Jaime, Manual de Sociedades Comerciales, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

Reyes Villamizar, Francisco Hernando, Disolución y Liquidación de las Sociedades Colombianas, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 1992.

Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Editorial Temis S.A., Segunda Edición, 2011.

Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Tomo II, Editorial Temis, Segunda Edición, 2001.

Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Tomo II, Editorial Temis, 2008.

Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Temis, 2011.

Reyes Villamizar, Francisco, SAS, Editorial Legis, Segunda Edición Actualizada, 2010.

Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Editorial La Ley, 2006.

Superintendencia de Sociedades Oficio 220- 171221 del 18 de abril de 2011.

Superintendencia de Sociedades, Concepto 220- 41365 de 9 de octubre de 2001.

Superintendencia de Sociedades, Concepto 220- 5819 de 31 de enero de 2003.

Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220- 34326 de agosto de 2001.

Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220- 44462 de 30 de octubre de 2001.

Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-44462 de 30 de octubre de octubre de 2001.

Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-51188 de 30 de diciembre de 2001.

Superintendencia de Sociedades, Concepto Jurídico 220-51188 de 30 de diciembre de 2001.

Superintendencia de Sociedades, Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 2000.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220- 025320 del 26 de abril de 2012.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220- 049333 de 10 de octubre de 2007.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220- 59529 de 23 de junio de 1999.

Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, Orden Societario, Señal Editora, Tercera Edición, 2010.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Ámbito Jurídico, Los Nuevos Desafíos de la Competencia Profesional, del Primero al Catorce de Marzo de 2010, número 292.

PAGINAS WEB

Editorial Legis, artículos de opinión. [http://www.legis.com.co/información/aplegis/archivos / LeyGeneración_Empleo_Beneficios_CharlesChapman.pdf](http://www.legis.com.co/información/aplegis/archivos/LeyGeneración_Empleo_Beneficios_CharlesChapman.pdf).

Periódico Portafolio. <http://www.portafolio.co/opinion/ley-1429-2010-oportunidad-oro>.