



**Universidad del
Rosario**

**EL PAPEL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA APLICACIÓN DEL “NO
CUMPLIMIENTO DE LA HIPOTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA (HNM)”
COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES**

**THE ROLE OF MANAGERS IN THE APPLICATION OF "NON-COMPLIANCE
WITH THE BUSINESS IN PROGRESS HYPOTHESIS (BPH)" AS GROUNDS FOR
THE DISSOLUTION OF COMPANIES**

Autor

Luz Natalia Ayala Guerrero

**Trabajo presentado como requisito para optar por el
título de Magíster en Derecho Corporativo**

Director

Dr. Nicolás Pájaro Moreno

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Corporativo

Universidad del Rosario

Bogotá D.C., Colombia

2023

RESUMEN

La expedición de la Ley 2069 de 2020 derogó la antigua causal de disolución de sociedades conocida como disolución por pérdidas, y en su lugar trajo consigo la “causal de no cumplimiento de la hipótesis en marcha”, concepto introducido por las normas técnicas contables desde el 2015; dicha causal permite tener en cuenta criterios un poco más subjetivos para determinar la continuidad de las sociedades, de acuerdo a su propia realidad, por lo cual plantea grandes retos y por supuesto responsabilidades para los administradores y los demás actores intervinientes en el momento de su aplicación.

PALABRAS CLAVE: “Hipótesis de Negocio en Marcha” (HNM), Causal de disolución, Disolución por pérdidas, Ley 2069 de 2020, Administradores, Responsabilidad.

ABSTRACT

The issuance of Act 2069 of 2020 repealed the old cause of the dissolution of companies known as a dissolution for losses, and instead brought with it the reason of non-compliance with the business in progress hypothesis, a concept introduced by the accounting technical standards in 2015; such a ground allows to take into account criteria a little more subjective to determine the continuity of societies, according to their reality, thus posing major challenges and of course responsibilities for managers and other stakeholders at the time of implementation.

KEY WORDS: Business in Progress Hypothesis (BPH), Causal of dissolution, Dissolution for losses, Act 2069 of 2020, Administrators, Liability.

Objetivo

Describir el manejo de la figura de la “hipótesis del negocio en marcha” y la inclusión de la “causal de disolución de sociedades por su no cumplimiento”, con ocasión de la expedición de la Ley 2069 de 2020, así como examinar la responsabilidad de los administradores sobre su aplicación.

Sumario

1.1. Introducción **1.** Antecedentes. **1.1.** Concepto contable. **1.2.** Causal de disolución por pérdidas **2.** Normatividad. **2.1.** Ley 2069 de 2020. **2.2.** Decreto 854 del 3 agosto de 2021. **2.3.** Decreto 1378 del 28 octubre de 2021. **2.4.** Suspensión temporal de la “causal de disolución por no cumplimiento de la Hipótesis de Negocio en Marcha”. **3.** Papel de los administradores **3.1.** Actividades que deben desarrollar los administradores en la aplicación de la Hipótesis de Negocio en Marcha. **3.2.** Informe de los administradores. **3.3.** Algunos comentarios sobre insolvencia y liquidación. **3.4.** Sobre la regla de discrecionalidad. **3.5.** Responsabilidad y posibles sanciones de los administradores. **4.** Conclusiones. **5.** Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La revisión y análisis de la figura de la “hipótesis del negocio en marcha” (concepto contable), definida en el “Anexo 5 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015”, es relevante en la actualidad porque a partir de la expedición de la “Ley 2069 de 2020”, más conocida como “Ley de emprendimiento”, se abrió la puerta a que las pérdidas generadas en las sociedades (superiores a un 50 % del capital social), no sea de por sí una causal de disolución de éstas, sino que por el contrario se dio la posibilidad a que sean las mismas sociedades quienes indiquen si están o no en capacidad de seguir adelantando normalmente sus operaciones.

Así las cosas, el “artículo 4 de la Ley 2069 de 2020” trajo consigo la nueva causal de disolución de sociedades comerciales denominada “causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”, reemplazando así a la tradicional conocida “causal de disolución por pérdidas”. Por lo cual, toda alusión normativa de dicha causal se entenderá siempre referidas a la nueva, y de esta forma se derogo específicamente el “numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008”, así como los “artículos 342,351, 370, 458, 459, 490 y el numeral 2 del artículo del artículo 457 del Decreto 410 de 1971” Código de Comercio (Desde ahora C.Co).

Esta nueva causal supone un desafío para los administradores de las sociedades, dado que pasamos de un régimen objetivo que tenía en cuenta unas determinadas cifras, a un régimen subjetivo que apela a su buen juicio y criterio a efecto de determinar si eventualmente una sociedad se encuentra en una situación en la cual es necesario adoptar medidas que garanticen su supervivencia, por lo cual su responsabilidad –la de los administradores- debe ser revisada a fondo.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Concepto contable

El concepto de Hipótesis de Negocio en marcha debuto en nuestra legislación nacional a partir de la expedición de la “Ley 1314 de 2009”, “*por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia (...)*” y su “Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015”, en el cual en el Anexo No. 5, por primera vez se menciona este concepto en los siguientes términos:

“La hipótesis de negocio en marcha es un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales. Una consideración especial de la hipótesis de negocio en marcha es que la entidad tiene los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones cuando ellas sean exigibles en el futuro predecible.

A menos que la entidad esté ante una situación de inminente liquidación, o en proceso de liquidación, esta debe preparar sus estados financieros bajo la presunción de que continuará operando como una entidad que cumple la hipótesis de un negocio en marcha”¹

Es de esta forma que vemos que este concepto llegó como un tema meramente contable, donde se le pedía a los contadores que los estados financieros debían prepararse bajo este nuevo supuesto, es decir advirtiendo que la sociedad tenía o no vocación de permanencia desde el punto de vista de cifras. Sin embargo, lo indicado en la norma antes citada, en la cual se referencia la “preparación de los estados financieros de **propósito general**” (Negrilla fuera del texto), esto no prohíbe que las compañías puedan realizar una evaluación parcial aplicando este principio para los estados financieros intermedios.

¹ “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015. Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en marcha. <https://www.ctcp.gov.co/publicaciones-ctcp/compilaciones-normativas/anexo-5-del-dur-2420-de-2015-normas-de-informacion/compilacion-anexo-5-a-diciembre-31-de-2020-entidad> (Consultado el 13-6-2022). 2”.

Ahora bien, esta “evaluación del cumplimiento” o no de la Hipótesis de Negocio en marcha, supone la revisión de diferentes factores de la compañía, como financieros, legales y operacionales –como mínimo, además de los que la compañía considere relevantes-, factores sobre los cuales se determinarán si existen “dudas significativas” sobre la posible continuidad del negocio, por ejemplo:

Financieros

- Posición patrimonial neta negativa o capital de trabajo negativo.
- Préstamos a plazo fijo próximos a su vencimiento sin perspectivas realistas de reembolso o renovación; o dependencia excesiva de préstamos a corto plazo, para financiar activos a largo plazo.
- Indicios de retirada de apoyo financiero por los acreedores.
- Flujos de efectivo de explotación negativos en estados financieros históricos o prospectivos.
- Razones financieras claves desfavorables.
- Pérdidas de explotación sustanciales o deterioro significativo del valor de los activos utilizados para generar flujos de efectivo.
- Atrasos en los pagos de dividendos o suspensión de estos.
- Incapacidad de pagar al vencimiento a los acreedores.
- Incapacidad de cumplir con los términos de los contratos de préstamo.
- Cambio en la forma de pago de las transacciones con proveedores, pasando del pago a crédito al pago al contado.
- Incapacidad de obtener financiación para el desarrollo imprescindible de nuevos productos u otras inversiones esenciales.
- La significatividad de dichos hechos o condiciones, a menudo, puede verse mitigada por otros factores. Por ejemplo, el efecto de la incapacidad de una entidad para reembolsar su deuda puede verse contrarrestado por los planes de la dirección para mantener flujos de efectivo adecuados por medios alternativos, como, por ejemplo, mediante la enajenación de activos, la renegociación de la devolución de los préstamos o la obtención de capital adicional. De forma similar, la pérdida de un proveedor principal puede mitigarse por la disponibilidad de una fuente alternativa de suministro adecuada”².

² “Superintendencia de Sociedades - Oficina Jurídica. Concepto 220-033122 del 2021 Marzo 25. Doctrina sobre normas de información financiera. (Colombia). Legis Editores.”.

Operacionales

- “Intención de la dirección de liquidar la entidad o de cesar en sus actividades”.
- “Salida de miembros claves de la dirección, sin sustitución.
- Pérdida de un mercado importante, de uno o varios clientes claves, de una franquicia, de una licencia o de uno o varios proveedores principales.
- Dificultades laborales.
- Escases de suministros importantes.
- Aparición de un competidor de gran éxito”³.

Legales y otros

- “Incumplimiento de requerimientos de capital o de otros requerimientos legales.
- Procedimientos legales o administrativos pendientes contra la entidad que, si prosperasen, podrían dar lugar a reclamaciones que es improbable que la entidad pueda satisfacer.
- Cambios en las disposiciones legales o reglamentarias o en políticas públicas que previsiblemente afectarán negativamente a la entidad.
- Catástrofes sin asegurar o aseguradas insuficientemente cuando se producen.
- Cuando exista un cese de actividades y no se tenga certidumbre sobre la fecha en la que se reiniciará la operación.
- Cuando existan incertidumbres importantes sobre la fecha de vigencia o término de duración de una entidad”⁴.

Ahora bien, mediante el “Decreto 2101 de 2016”, por el cual se adiciono el título quinto “*Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en Marcha*”, a la “Parte 1 del Libro 1 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015” ya mencionado, se dispuso aquellas conclusiones a las cuales se pueden llegar posterior a la evaluación del cumplimiento o no de la hipótesis de negocio en marcha. Es decir que al terminar el ejercicio las sociedades se encontrarán en las siguientes posibilidades y de acuerdo con ellas la compañía podrá o no continuar con sus operaciones:

³ Véase la nota 2.

⁴ Véase la nota 2.

“Conclusión de la evaluación del cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.

De acuerdo con la hipótesis de negocio en marcha y, como resultado de la evaluación antes descrita, puede considerarse que las entidades se encuentran ubicadas en alguno de los siguientes escenarios:

- a) No existen incertidumbres importantes relacionadas con eventos o condiciones que puedan generar dudas significativas acerca de la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha.*
- b) No existen incertidumbres importantes relacionadas con eventos o condiciones que puedan generar dudas significativas acerca de la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha, pero la administración ha tomado la decisión de liquidar la entidad y el valor de sus activos o pasivos se ha afectado significativamente. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma.*
- c) Existen incertidumbres importantes relacionadas con eventos y condiciones que pueden generar dudas significativas acerca de la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha, pero la hipótesis de negocio en marcha continúa siendo apropiada.*
- d) La hipótesis de negocio en marcha no es apropiada debido a que la entidad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones o liquidarse. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma”⁵.*

Es de esta forma, que si después de realizar el ejercicio de evaluación de la compañía, se encuentran en escenarios donde se presentan dudas significativas sobre la hipótesis fundamental de negocio en marcha, será necesario que la administración ponga en marcha posibles planes de acción relacionados con los riesgos identificados, evaluando claro está la viabilidad de dichos planes contra los pronósticos de flujo de efectivo.

Por lo anterior, se evidencia que no existen reglas definitivas y taxativas para establecer que el “principio de la hipótesis de negocio en marcha” no se configura, por ende, se deberá acudir a los indicios como la intención de la sociedad de continuar y la capacidad para hacerlo.

⁵ “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015. Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en marcha. <https://www.ctcp.gov.co/publicaciones-ctcp/compilaciones-normativas/anexo-5-del-dur-2420-de-2015-normas-de-informacion/compilacion-anexo-5-a-diciembre-31-de-2020-entidad> (Consultado el 13-6-2022). 5”.

1.2.Causal de disolución por pérdidas

El Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) traía consigo varias referencias respecto a las causales por las cuales los diferentes tipos societarios⁶ entrarían en disolución, entre ellas la disolución por pérdidas, la cual consistía en general en que cuando las pérdidas de la sociedad hicieran que se disminuyeran por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito el patrimonio neto, la compañía automáticamente se configuraría como candidata a la disolución, dado que dichas cifras demostraban que era inviable su continuidad en dichas condiciones.

No obstante, lo anterior, la “Ley 1429 de 2010 en su artículo 24” sobre la “Determinación de la causal de disolución de una sociedad” estableció:

“Los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida, siempre que el acta que contenga el acuerdo se inscriba en el registro mercantil dentro de los dieciocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal. (...)”⁷

Así las cosas, se dio la posibilidad de enervar la causal, con el ánimo de que las sociedades continuaran desarrollando sus operaciones, cumpliendo así con la finalidad del Régimen de Insolvencia que es la conservación de las empresas, siempre y cuando las sociedades diseñaran un plan adecuado -y por supuesto verificable y efectivo- con el fin de reestablecer el patrimonio a índices óptimos, plan con medidas tales como vender bienes inmuebles y muebles, siempre y cuando no se encuentren catalogados como necesarios, emisión de nuevas acciones, búsqueda de inversionistas entre otros. Si dicho plan no se cumplía por la sociedad en el tiempo estipulado por la ley (18 meses) se entendería como disuelta y debían proceder con el inicio del proceso de liquidación.

⁶ “Para el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas la causal de disolución por pérdidas estaba regulada por la Ley 1258 de 2008, Artículo 34 Numeral 7”.

⁷ “Colombia. Congreso de la República de Colombia. Ley 1429 de 2010. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Artículo 4”.

2. NORMATIVIDAD:

2.1. Ley 2069 de 2020.

La “Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020”, conocida como “Ley de Emprendimiento” fue unade las tantas leyes de la avalancha legislativa que trajo consigo la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional en virtud de la “pandemia por el Covid 19” en el mes de marzo del año 2020 y prorrogada de manera consecutiva hasta la actualidad.

Dicha ley fue radicada en el Congreso el 20 de julio del mismo año, con un “mensaje de urgencia por parte de la Presidencia de la República”, en una época de total incertidumbre y decadencia económica por las medidas de cierres adoptadas y la pérdida de empleo de gran cantidad de la población.

Desde la exposición de motivos, se enfocaron en el fortalecimiento de las MiPymes, que para finales del 2019 representaban el noventa por ciento (90%) del tejido empresarial colombiano y producía alrededor del ochenta por ciento (80%) del empleo en el país⁸ por lo cual se consideraban –y se consideran- un punto clave la para reactivación económica del país a través de las ellas.

Así las cosas, y con el fin de apoyar a la empresa del país, la mencionada Ley 2069 trajo consigo varias medidas y entre ellas, la derogación de la “causal de disolución por pérdidas” y la reemplazó con la “causal de no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”, en coherencia con la situación del país y de esta forma evitar que muchas compañástuvieran que entrar en disolución y posterior liquidación por las consecuencias económicas de la pandemia. La mencionada derogatoria e inclusión de nueva causal se estableció en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los Administradores

⁸ “Ministerio del Trabajo. MiPymes representan más de 90% del sector productivo nacional y generan el 80% del empleo en Colombia: ministra Alicia Arango, 2019. <https://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/septiembre/mipymes-representan-mas-de-90-%20del-sector-productivo-nacional-y-generan-el-80-del-empleo-en-colombia-ministra-alicia-arango> (Consultado el 13-6-2022). Inciso 1”.

sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los Administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal. Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles” a las sucursales de sociedad extranjera.

“PARÁGRAFO SEGUNDO. Deróguese el numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008, así como los artículos 342, 351, 370, 458, 459, 490, el numeral 2 del artículo del artículo 457 del Decreto 410 de 1971”⁹.

Con la expedición de esta Ley igualmente se buscó igualar las normas societarias de nuestro ordenamiento nacional en equidad con la normatividad y mejores prácticas internacionales, conforme a la revelación y estándares de “información financiera”, aplicables a la revisión de las compañías y su capacidad de continuidad en el tiempo.

2.2. Decreto 854 del 3 agosto de 2021.

En el mes de agosto del 2021, ocho meses después de la expedición de la Ley 2069, el Gobierno, a través del “Ministerio de Comercio Industria y turismo”, expidió el Decreto 854 del 3 de agosto de 2021, *“Por el cual se señalan razones financieras o criterios para*

⁹ “Colombia. Congreso de la República de Colombia. Ley 2069 de 2020. Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. Artículo 4”.

establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones”

Mediante dicho decreto reglamentario, se establecieron unos indicadores económicos que le permiten, a aquellas personas que elaboran los estados financieros de las compañías, determinar de una manera “fiable” el cumplimiento o no con la “hipótesis de negocio en marcha” y de esta forma la administración dará paso a la aplicación de la nueva causal de disolución que trajo consigo la Ley 2069.

Aunque en dicho decreto 854 de 2021, se dejó de precedente que los criterios de revisión para monitorear y hacer la medición del “cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”, iban a depender del modelo de negocio específico y el sector económico en el cual opera cada compañía, se establecieron los siguientes como referencia:

INDICADOR	DIMENSIÓN	FÓRMULA
Posición Patrimonial Negativa	Detrimiento Patrimonial	Patrimonio total < \$0
Pérdidas consecutivas en dos periodos de cierre o varios periodos mensuales según el modelo de negocio	Detrimiento Patrimonial	(Resultado del ejercicio < 0) y (Resultado del ejercicio anterior < 0)
Capital trabajo neto sobre deudas a corto plazo (<0,5)	Riesgo de Insolvencia	(Cuentas comerciales por cobrar clientes + inventario corriente - Cuentas comerciales por pagar) / Pasivo Corriente
UAI / Activo total < Pasivo	Riesgo de Insolvencia	(Utilidades antes de intereses e impuestos / Activos Totales) < Pasivo Total

Fuente: “Artículo 2.2.1.18.2. Alertas y criterios sobre deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia Decreto 1074 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Modificado por el artículo 1 del Decreto 854 de 2021 Continuación del Decreto Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones”¹⁰.

¹⁰ “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 854 de 2021 Continuación del Decreto Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones. <https://www.mincit.gov.co/getattachment/38e553ba-ca42-4fec-8b6b-0063fcbd60d9/Decreto-854-del-3-de-agosto-de-2021.aspx> . (Consultado el 13-6-2022). Artículo 1”.

El primer grupo está orientado a determinar los detrimentos patrimoniales, es decir para revisar si existe disminución o pérdida en el patrimonio, allí encontramos los siguientes indicadores:

- a) “Posición Patrimonial Negativa”: En el cual se establece que el efecto el patrimonio total de la compañía es menor a cero, es decir que es una cifra negativa.
- b) “Pérdidas consecutivas”: Como se ha mencionado, esto dependerá de la naturaleza del negocio, pero la fórmula consiste en que el resultado del ejercicio actual y el anterior haya sido inferior a cero, nuevamente una cifra negativa.

El segundo grupo es aquel que me permite determinar que hay riesgo de insolvencia, es decir la probabilidad de que una empresa no tenga la capacidad de cubrir sus deudas en el tiempo estipulado, igual que el anterior, encontramos dos indicadores:

- c) “Capital trabajo neto sobre deudas a corto plazo”: Se debe realizar la fórmula con la inclusión de varias cuentas (como se establece en el gráfico) sobre el pasivo corriente, y si la cifra que arroja es menor a 0,5 es un indicio que la hipótesis de negocio en marcha no se está cumpliendo.
- d) “Utilidades antes de intereses e impuestos, dividido en los activos totales”: si la cifra que arroja es mejor a los pasivos totales nuevamente estamos ante el escenario que la hipótesis podría no estarse cumpliendo.

Los anteriores indicadores fueron incluidos como capítulo dieciocho al “título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario” - DUR 1074 del 2015, y deberán ser verificados dentro de los informes financieros que se presentan, a fin de que los administradores, puedan analizar la situación de la compañía y tomar decisiones frente a dicha información a tiempo.

2.3. Decreto 1378 del 28 octubre de 2021.

Dos meses después de la expedición del decreto 854, el Gobierno expidió el Decreto 1378 del 28 Octubre de 2021, con el fin de ajustar los indicadores establecidos en el decreto anterior.

Ahora bien, dichos ajustes fueron justificados en los siguientes términos:

*“Que una vez inició la vigencia el Decreto 854 de 2021, y se comenzaron a aplicar los indicadores de referencia por parte de los destinatarios de la norma, se identificó que el indicador **UAIII Activo Total < Pasivo** no cumple, adecuadamente, con el criterio de objetividad. Se generaron varias consultas de índole técnico con diversas interpretaciones, demostrando que el concepto de Pasivo total se podría estructurar de diferentes formas en la operación, a partir de los indicadores financieros particulares de cada sector, industria y tipo de negocio, por lo que no sería posible aplicarlo de forma general.*

*Que los indicadores **Posición patrimonial negativa** y **Pérdidas consecutivas endos periodos de cierre o varios periodos mensuales según el modelo de negocio**, hacen parte de la dimensión de deterioros patrimoniales. El artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 contempló que la causal de disolución por incumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha puede estar asociada a dos dimensiones: (1) los deterioros patrimoniales y (2) el riesgo de insolvencia. Sin embargo, a pesar de pertenecer a la dimensión de deterioro, en el Decreto 854 de 2021 se hace referencia a detrimentos patrimoniales. Para guardar correspondencia con la Ley y evitar confusiones en la aplicación de la norma, toda vez que deterioro y detrimento son conceptos distintos, es necesario ajustar el texto del decreto.*

*Que se busca incorporar ajustes a los indicadores de referencia, de forma que se pueda cumplir con el criterio de objetividad que persigue el decreto. Así pues, es necesario incluir otros rubros del activo corriente, que hacen parte integral de la liquidez de las sociedades comerciales y permitirían gestionar el cumplimiento de las obligaciones de corto plazo, por lo anterior, se ajustará el indicador de referencia **Capital trabajo neto sobre deudas a corto plazo**, sustituyéndolo por el de **Dos periodos consecutivos de cierre con razón corriente inferior a 1,0**. Además, se considera necesario dar mayor claridad sobre el número de periodos en los cuales se debe implementar el indicador **Dos periodos consecutivos de cierre con utilidad negativa en el resultado del ejercicio**”¹¹.*

Por lo anterior, los nuevos indicadores y/o criterios que los administradores deberán implementar en sus organizaciones, para evidenciar la “causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”, son los siguientes:

¹¹ “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1378 del 28 de Octubre de 2021. Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201378%20DEL%2028%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf> . (Consultado el 13-6-2022). 1-2”.

INDICADOR	DIMENSIÓN	FÓRMULA
Posición patrimonial negativa	Deterioro Patrimonial	Patrimonio total < \$0
Dos periodos consecutivos de cierre con utilidad negativa en el resultado del ejercicio	Deterioro Patrimonial	(Resultado del ejercicio anterior < \$0) y (Resultado del último ejercicio < \$0)
Dos periodos consecutivos de cierre con razón corriente inferior a 1,0	Riesgo de Insolvencia	(Activo Corriente / Pasivo Corriente < 1,0, del ejercicio anterior) y (Activo Corriente / Pasivo Corriente < 1,0, del último ejercicio)

Fuente: “Artículo 2.2.1.18.2. Decreto 1074 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Modificado por el artículo 1 del Decreto 1378 de 2021 Continuación del Decreto Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”¹².

2.4.Suspensión temporal de la causal de disolución por no cumplimiento de la Hipótesis de Negocio en Marcha.

Es pertinente indicar que a pesar de que la “causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha” fue expedida desde el treinta y uno (31) de diciembre de 2020, la misma estuvo suspendida hasta el pasado dieciséis (16) de abril del año en curso 2022.

Dicha suspensión estuvo respaldada por lo indicado en normatividad expedida a lo largo del año 2020 con ocasión a la “declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dada por el Gobierno Nacional” en virtud de la pandemia derivada por el Covid 19. Sin embargo, la normatividad que se menciona estaba dirigida a la “causal de disolución por pérdidas”, esto con el fin de dar un alivio a las empresas que estaban pasando por un momento difícil y que los números en sus contabilidades no eran favorables por los estragos

¹² “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1378 de 2021 Continuación del Decreto Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201378%20DEL%2028%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf> (Consultado el 13-6-2022). Artículo 1”.

económicos a nivel nacional y mundial, es de esta forma que para evitar disoluciones masivas de empresas (sobre todo Mipymes) se suspendió la aplicación de la causal de disolución por pérdidas.

Así las cosas, la suspensión de la causal se reflejó en las siguientes normas:

2. Decreto Legislativo 560 de 2020 artículo 15 numeral 3:

“Artículo 15. Suspensión temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y facilitar el manejo del orden público económico, se suspenden de manera temporal las siguientes normas: (...)

*3. Suspéndase, a partir de la expedición del presente Decreto Legislativo y por un periodo de 24 meses, la configuración de la causal de disolución por pérdidas prevista en el artículo 457 del Código de Comercio y del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008.
(...)”¹³.*

3. Decreto Legislativo 772 de 2020 artículo 16:

“Artículo 16. Suspensión Temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, facilitar el manejo del orden público económico y extender la suspensión de” la “causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y SAS a otros tipos societarios, se suspenden de manera temporal, hasta el 16 de abril 2022, los artículos 342, 351, 370 Y el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio y el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, frente a la causal de disolución por pérdidas; y el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, frente al término para enervarla”¹⁴.

¹³ “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto Legislativo 560 de 2020. (Quedará prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2022 con excepción del parágrafo 3 del artículo 5, el Título III del Decreto Legislativo 560 de 2020). Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=113637> (Consultado el 13-6-2022). numeral 13, artículo 15”.

¹⁴ “Colombia. Presidencia de la República de Colombia. DECRETO 772 DE 2020. Junio 3. (Quedará prorrogado

Como se evidencia y ya se mencionó, las anteriores normas hablaban de la “causal de disolución por pérdidas” pero en virtud del “parágrafo primero del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020”, se estableció que “(...) *Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal (...)*”- es decir “la causal de no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”-, y por ende se hizo extensible la suspensión de la configuración de dicha causal, no obstante dicha suspensión no representa que se deban igualmente dar interrupción a la aplicación de las variables contables que se deben tener en cuenta para preparar y elaborar los estados financieros correspondientes.

4. PAPEL DE LOS ADMINISTRADORES

La Superintendencia de Sociedades dispone de manera clara en la “Guía práctica para Administradores” que los mismos son “*el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones. (Artículo 22 de la Ley 222 de 1995)*”, y sobre ellos que recaen las obligaciones relativas a la aplicación y cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha en cuanto a la evaluación integral de la viabilidad de las compañías.; ahora bien, es preciso indicar que en el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas se hacen extensivas dichas obligaciones y/o responsabilidades a “*las personas naturales o jurídicas que, sin ser Administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad*” conforme lo indica el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Ahora bien, en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se establecen los “*Deberes de los Administradores*” donde se establece que su actuar debe estar centrado en los principios de *buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*

4.1. Actividades que deben desarrollar los administradores en la aplicación de la Hipótesis de Negocio en Marcha

En un inicio para comprender las conductas que debe desplegar el Administrador ante una

hasta el 31 de diciembre de 2022 el Título III del Decreto Legislativo 772 de 2020). Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=127362> (Consultado el 13-6-2022). Artículo 16”.

situación que involucra la causal de disolución “por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha” es vital hacer referencia a las disposiciones normativas consagradas en la Ley que creó mencionada causal, “Ley 2069 de 2020”. En esta, se precisa en su artículo 4 de manera taxativa que: *“Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los Administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios”* (Artículo 4, Ley 2069 de 2020), esta última actividad tiene como fin la de: *“Informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber”* (Artículo 4, Ley 2069 de 2020).

Además, en el mismo artículo se precisa una segunda acción, que es: *“convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia”* (Artículo 4, Ley 2069 de 2020).

Estas acciones al estar consagradas en una normativa se establecen como una obligación de carácter legal, por lo tanto, circunscribe una fuente de obligaciones por disposición de lo indicado en el artículo 1494 del Código Civil. Dichas obligaciones trascienden a un mero deber moral, y se consagra como una obligación legal en cabeza de los administradores que se encuentran revisando la viabilidad en una sociedad en curso de una posible “causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”.

Así las cosas, en resumen, las obligaciones que debe desarrollar los administradores, cuando no se cumple la “hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio”, una vez “verificada razonablemente”, estas corresponden a:

- i.** La prohibición taxativa de realizar operaciones que sobrepasen el denominado “giro ordinario de los negocios”
- ii.** A la mayor brevedad, realizar la convocatoria, que por las cualidades del caso en su mayoría sería de carácter extraordinario de la “Asamblea General de Accionistas” o “Juntas de Socios”:
 - ii.1.** Es decir, la “convocatoria extraordinaria” al máximo órgano social, como lo establezca el estatuto de la empresa.
 - ii.2.** Ante el primer conocimiento negativo que tengan los administradores deben responder de manera solidaria, debido a las operaciones que darán lugar al

reconocimiento de pérdidas de capital, siempre que estas ocasiones algún daño a los accionistas. Así, las cosas es preciso comprender que los administradores no son responsables desde el momento en que se logró conocer la situación, sino que éste comienza a ser responsable desde el instante en que por su labor debió de haber conocido mencionada circunstancia. Se plantea esta situación dado que los administradores poseen la obligación de monitorear continuamente el estado financiero de la empresa donde ejerce sus labores (Suescún, 2015).

iii. En la Asamblea mencionada, debe informar a los socios la situación de estar en curso de una “causal de disolución” de manera completa y con los debidos soportes documentales:

iii.1. Para esto es necesario, que en la convocatoria de la Asamblea o Junta –según corresponda- se explique de manera clara los temas que deberán incluirse en la agenda del orden del día, ya que si no se cumple, no se habrá procedido conforme a la normatividad comercial que exige ciertas particularidades para este tipo de reuniones. Toda vez, que como se observa, es por medio de estas reuniones que se informa y determina asuntos vitales para la sociedad, por ende, debe respetar unos requisitos mínimos para que sea válida en el orden jurídico y el acto final de disposición que culmina la reunión, y de esta forma no se encuentre en curso de una causal de nulidad.

iii.2. Sobre esta obligación, recae igualmente una cualificación, ya que se precisa que la información debe suministrarse de la forma más completa posible y con los soportes documentales.

iii.2.1. Primero: es decir, conforme y acorde a la experticia y conocimiento de los administradores, esta no debe corresponder a una sucinta o sumaria, donde no se proyecte la gravedad de la situación y la realidad de la empresa, con las posibles implicaciones económicas y de otro orden que implique el estar en curso de la “causal de disolución”. Esta información debe ser lo suficientemente clara y completa para que el máximo órgano social pueda hacer frente a la situación de estar en curso de una “causal de disolución”, y adoptar las mejores decisiones ante la circunstancia planteada por el administrador. Las cuales pueden ser, por un lado, continuar con las operaciones de la empresa, o por otro lado, proceder con la debida “disolución y liquidación de la sociedad”.

iii.2.2. Segundo: sobre los soportes, la ley impuso, además, que mencionada información debe suministrarse haciendo uso de documentaciones que respalden la situación planteada, para lo cual podrá apoyarse en los

informes, estados financieros, estudios de mercado, posibles proyecciones demás instrumentos que puedan suministrar el revisor fiscal, contadores y otras personas que participen en la gestión de la compañía.

iii.2.3. Lo anterior plantea, una obligación cualificada del administrador, dado que requiere que el conjunto de sus actuaciones se entienda como el actuar de un profesional suficiente y responsable en el área, es decir, no puede proporcionar cualquier tipo de información, como la podría brindar una persona común, sino que requiere una destreza para dotar de ésta una adecuada comprensión.

Las anteriores obligaciones son cuando se encuentre la sociedad en curso la “causal de disolución”. Sin embargo, de igual manera, la Ley dispone que el administrador cuando evidencia “riesgos de insolvencia” y “deterioros patrimoniales” posee la obligación de:

iv. En el menor tiempo posible realizar una convocatoria, ya sea ordinaria o extraordinaria como las circunstancias lo precise, de la “Asamblea General de Accionistas” o “Juntas de Socios”:

Por último, se precisa otro deber, al final del apartado del inciso dos del artículo 4 de la ley 2069 de 2020, al establecer que “El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto”

v. Toda vez, que el administrador debe ceñirse a los lineamientos dictados por el Gobierno central (decretos reglamentarios) creados para esclarecer y establecer con mayor precisión las situaciones de “riesgos de insolvencia” y “deterioros patrimoniales”. Por medio de dichos criterios estandarizados se brindará una mejor comprensión para el administrador y para los demás actores que deben conocer dicha información.

4.2. *Informe de los administradores*

De acuerdo a lo contemplado en el artículo 1 de la Ley 603 de 2000, el informe de gestión que deben presentar los administradores a la asamblea general de accionistas deberá contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad, entre otros aspectos específicos.

Al respecto el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, realizó una serie de recomendaciones relacionadas con aspectos a considerar e incluir dentro de dicho informe de gestión bajo el supuesto de que la administración (Junta Directiva y Gerencia) necesita

evaluar si los resultados de una empresa arrojan dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha.

Por ello es responsabilidad de la administración con relación a la evaluación de Negocio en Marcha, la revisión de aspectos tales como:

- ✓ Diseñar y actualizar escenarios de ventas considerando riesgos de disminución en ventas, cierre de mercados, disminución de márgenes y flujos de operación.
- ✓ Evaluación de flujo de efectivo y líneas de crédito disponibles.
- ✓ Evaluación de los resultados de las acciones tomadas en respuesta a los retos presentados por la pandemia como recortes de empleados, aplicación a subsidios gubernamentales, reestructuración de deudas, reducción de costos y gastos.
- ✓ Evaluar las condiciones y posibilidades de cumplimiento de las obligaciones financieras adquiridas.
- ✓ Evaluar posibles disminuciones del valor de los activos, que pueden deteriorar los indicadores financieros.

El resultado de la evaluación de estos y otros aspectos le permitirá a la administración determinar si el supuesto de negocio en marcha ya no es apropiado o por el contrario, se podría concluir que la entidad puede continuar con su operación o incluso, que esta puede continuar, haciendo la salvedad de que existe una incertidumbre representativa que pone en duda la capacidad de la entidad de continuar como un negocio en marcha.

El administrador debe formular planes para mitigar efectivamente las condiciones y eventos establecidos que afectan el principio de empresa en marcha, con el fin de generar una probabilidad menor de ocurrencia de dichos eventos.

En primer lugar se debe tener en cuenta que en los estados financieros se muestra la situación y desarrollo financiero de las operaciones realizadas por las empresas y de la eficiencia o no de las acciones y decisiones tomadas por sus administradores o propietarios.

Por ello para los administradores es necesario que estén monitoreando los estados financieros de las empresas, con el fin de evaluar la administración del supuesto de negocio en marcha.

El administrador debe estar atento ante una posibilidad de la existencia de sucesos o condiciones que ocurran más allá del período de evaluación de la administración que puedan afectar la condición de las empresas como negocio en marcha e igualmente deben generar planes para resolver problemas encontrados en cada uno de los siguientes indicadores financieros:

- *De Liquidez:* Para las empresas es necesario tener mayor liquidez y para tal fin deben proceder a mejorar sus políticas de cobro de cartera, liquidar sus inventarios, disminuir los niveles de endeudamiento a corto plazo y renegociar las deudas cortoplacistas buscando un periodo mayor de pagos.
- *Endeudamiento:* Para disminuir los niveles de endeudamiento las empresas además de depurar sus deudas a corto plazo, deben vender activos inactivos, renegociar deudas a través de mecanismos como compra de cartera, en la que se busquen pagos extemporáneos para sufragar parte de las deudas y mejorar su capacidad de endeudamiento.
- Si legal y estatutariamente se puede disponer de reservas para disminuir sus deudas totales, se debe proceder a tal efecto, como mecanismo para disminuir las deudas y los intereses que de ella surgen, de tal manera que al decrecer, se puedan atender los gastos financieros de las empresas y de esta manera generar un menor impacto de la carga financiera sobre las utilidades.
- *Rotación de cartera:* Para tal efecto, las empresas deberán evaluar permanentemente las cuentas por cobrar y, por lo menos una vez al año, las correspondientes a venta de bienes y servicios según los días de vencimiento que estas tengan y demás criterios que apoyen esta evaluación. Para ello deberán diseñar un cronograma de evaluaciones dentro del año, labor que será desarrollada por gerentes y jefes de producción y ventas.
- *Rotación de Inventarios:* Para generar una mayor rotación de inventarios, las empresas deben establecer para inventarios de materia prima, productos en proceso y productos terminados, estableciendo niveles de producción y de compra de materias primas, con el fin de disminuir los inventarios que no tienen rotación según necesidades de producción y evitar de esta forma generar mayores niveles de inventarios de productos en proceso y productos terminados.
- *Rotación de Activos Totales:* Para una mayor rotación de activos totales, es necesario que las empresas generen mayor producción, para lo que se requiere la búsqueda de nuevos mercados, buscar nuevos nichos de mercados, diversificar sus ofertas, generar nuevos diseños e impulsar nuevas líneas de productos.

- *Rotación de Proveedores:* Para lograr un mayor poder de negociación de las empresas frente a sus proveedores, es necesario planificar las compras de materias primas e insumos, de acuerdo a la estimación de producción de acuerdo a los niveles de demanda, sanear deudas con proveedores y buscar nuevos proveedores, con mejores precios y mayores plazos de pago.
- *Rentabilidad bruta, operacional, neto, rendimiento del patrimonio y rendimiento del activo total:* Para generar una mayor rentabilidad bruta, operacional, neto, rendimiento del patrimonio y rendimiento del activo total, lograr flujos positivos de efectivo, evitar pérdidas de operación sustanciales o deterioro significativo en el valor de activos, poder pagar a los acreedores y obtener financiamiento para desarrollo de nuevos productos esenciales u otras inversiones esenciales, es necesario que las empresas que han perdido mercados importantes, desarrollen una alineación estratégica que le permita fundamentar la toma de decisiones, sobre su continuidad, ajustes o cambios a partir de su misión, visión y objetivos estratégicos y llevar a cabo estrategias de producción y ventas de nuevos productos que les permitan generar valor agregado a sus clientes y expandir sus mercados a nivel nacional e internacional, como instrumentos para generar una mayor producción, ventas, uso de los activos, ingresos y ganancias y con ello, mayor rentabilidad y rendimientos.

4.3. Algunos comentarios sobre insolvencia y liquidación

El régimen anterior a la Ley 1116 de 2006, con fundamento en la Ley 550 de 1999, flexibilizó el sistema de quiebras colombiano agilizando el proceso de reestructuración más ágil, pero no definió la condición de eficiencia post acuerdo de las empresas por lo que en muchas empresas ineficientes se alargó el tiempo de liquidación, por ello el régimen de insolvencia fue establecido por la Ley 1116 y en su artículo primero para resolver dicho vacío consagró que:

“El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor”. (Ley 1116, 2006)

El Régimen de insolvencia, al establecer como proceso la reorganización tiene como propósito permitir que las empresas que puedan ser viables y que están en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones financieras, puedan someterse a un proceso de reorganización financiera, operativa, organizacional que le permita solventar la crisis que ha generado el no pago de sus deudas y por lo tanto continuar operando. En este sentido se dan dos hechos en primer lugar evitar que empresas que generan empleo y una dinámica económica se cierren y en segundo lugar que dichas empresas paguen sus deudas, protegiendo los intereses de sus acreedores.

Como segundo proceso dicha ley plantea la liquidación judicial que permite que el juez de concurso, en caso de que las empresas no sean viables, disponer de los bienes del deudor, para que sean pagadas las deudas a sus acreedores. En este segundo caso, ello presupone que las empresas sometidas a tal proceso se extingan o desaparezcan.

Por lo tanto las empresas, en la medida que sea posible desde una perspectiva financiera y operacional, pueden continuar desarrollando sus actividades, estableciéndose unos pagos y obligaciones que deben cumplir o en su defecto ser disueltas, sus bienes vendidos y sus obligaciones pagadas total o parcialmente.

En lo que respecta al ámbito de aplicación de dicho régimen de insolvencia, el artículo 3 de la Ley 1116, consagra lo siguiente: estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. (Ley 1116, 2006). Igualmente y de acuerdo con la Ley 1116, serán jueces del concurso en los procesos de insolvencia la Superintendencia de Sociedades, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y el Juez Civil del Circuito del domicilio del deudor las personas naturales comerciantes que lo soliciten y los demás casos no excluidos del régimen.

Por su parte, la hipótesis de negocio en marcha consiste en elaborar información financiera bajo el supuesto de que la entidad que informa está funcionando y continúa funcionando, de lo que se deduce que la empresa o entidad no tiene la intención ni la necesidad de liquidar o cesar su actividad comercial, por ello la hipótesis de negocio en marcha se convierte en un instrumento fundamental para demostrar la viabilidad de continuar de reorganizar la empresa y por lo tanto evitar un proceso de liquidación, porque en el régimen de insolvencia reorganización trata de preservar a las empresas, en la medida que sean viables, al mismo

tiempo que protege a los deudores, profundizando sobre la reestructuración empresarial más allá del aspecto financiero, para generar instrumentos que le permitan mejorar operacional, organizacional y competitivamente, como instrumento para proveerla de capacidad para pagar sus obligaciones financieras.

No obstante en concordancia si no se cumple la hipótesis de negocio en marcha, la Ley 2069 de 2020, establece en su artículo 4, que la empresa debe disolverse y liquidarse porque: *“Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los Administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea General de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber”*.

4.4. Sobre la Regla de Discrecionalidad

En Colombia la Ley 222 de 1995 estableció las normas que regulaban a los administradores, consagrando cuales eran los sujetos que regidos por dicho régimen y los principios generales de los mismos, que en síntesis eran actuar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un hombre de negocios, comprometiendo su responsabilidad ante el incumplimiento de un deber u obligación.

El principio de actuar con la diligencia del buen hombre de negocios, permite que a los administradores se le impongan grandes responsabilidades, riesgos altos, que desmotivan su asumir de los riesgos que cualquier empresa debe realizar en operaciones de ampliación, de inversión, entre otras, porque existe posibilidad de fracaso que les serían imputables desde el principio de diligencia, pese a que una decisión que genere efectos negativos no implica culpabilidad del administrador, porque entran en concurso diferentes variables exógenas y endógenas que no controla el administrador y que inciden en los resultados, pese a su experiencia, labor o esfuerzo.

Para solucionar esta subjetividad del principio de diligencia, la superintendencia de Sociedades, adoptó un concepto desarrollado en Estados-Unidos, que es denominado en inglés *the business judgement rule* y en español como regla de la discrecionalidad y que

permite a los administradores gozar de plena autonomía cuando tomen decisiones mercantiles, siempre y cuando no contraríen las disposiciones legales y estatutarias que contextualizan y regulan dicha decisión.

En Colombia se acogió la regla de la discrecionalidad en la año 2013 cuando la Superintendencia de Sociedades emitió por primera vez la Sentencia 801-69 del 4 de diciembre de 2013 y el auto 801-21426 del 23 de diciembre de ese mismo año, en el que la Superintendencia se negó a calificar y sancionar las decisiones de los administradores, expresando que *“existen algunas circunstancias que podrían llevar al despacho a examinar las decisiones adoptadas por los accionistas y administradores de una compañía, en el curso de la gestión de los negocios sociales.”*

En este mismo tener en la sentencia 801-25 del 9 de abril del 2014, la Superintendencia de Sociedades promulgó que *“existen circunstancias que podrían llevar al despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como estos el despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas”*. Por lo tanto la discrecionalidad del administrador, puede estar sometida al examen de las autoridades judiciales, en situaciones que afectan a su empresa y violan las leyes.

Igualmente la Superintendencia expresó en las sentencias 801-69 del 4 de diciembre de 2013 y 801-72 del 11 de diciembre de 2013, que *“no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de alguna irregularidad que lo justifique. En verdad, no le corresponde a esta entidad escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés”*, estableciendo su posición frente a la regla de la discrecionalidad, dejando por fuera del escrutinio judicial las decisiones de negocio que realicen los administradores, de tal manera que los administradores respondan únicamente por sus deberes legales objetivos y no se vean enfrentados a juicios por objetivos subjetivos.

No obstante, las cortes solo se manifestaron, sobre la regla de la discrecionalidad, hasta el año de 2021, cuando el 7 de julio de dicho año, la Corte Suprema de Justicia profirió la Sentencia SC2749-2021 en la que dio su respaldo a dicho principio expresando que: *“Todo*

lo que se ha dicho sobre el deber general fiduciario de diligencia, ha de matizarse en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocios, donde el estándar del ‘buen hombre de negocios’ se entiende cumplido, cuando ellas se han adoptado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento idóneo. Esto siguiendo orientaciones desarrolladas primero en la jurisprudencia del derecho anglosajón y luego asimilada positivamente en el derecho continental europeo, por la vía de aceptar la regla conocida como ‘*the business judgement rule*’.

4.5. Responsabilidad y posibles sanciones para los administradores

De cara a las posibles sanciones para los administradores, se encuentra de manera general el régimen legal punitivo del Estado, mediante el cual el orden social se restablece y reivindica. Esta se enmarca en el denominado “*Ius puniendi*” vocablo latino que alude a la “facultad sancionadora de un Estado”, y su traducción textual corresponde a “derecho a sancionar”. Es así, como por medio de estas sanciones el orden jurídico protege los valores más importantes de la sociedad conforme al mismo postulado del estado interventor del “Estado Social de Derecho” (*Artículo 1, Constitución Nacional*) para alcanzar de forma progresiva sus fines (*Artículo 334, Constitución Nacional*).

De esta forma, el Estado busca proteger, “las formas asociativas y solidarias de propiedad” (*Artículo 58, Constitución Nacional*); la actividad económica y la iniciativa privada (*Artículo 333, Constitución Nacional*); y la función social que cumple la empresa (*Inciso 3, Artículo 333, Constitución Nacional*); etc.; por ello, sobre el Estado reposa la obligación de fortalecer las “organizaciones solidarias” y estimular el “desarrollo empresarial” (*Artículo 333, Constitución Nacional*); y por ello sobre éste reposa “la dirección general de la economía” (*Artículo 334, Constitución Nacional*) así como declara de interés público toda actividad comercial que atañe el ámbito financiero, bursátil, asegurador y similares (*Artículo 335, Constitución Nacional*); entre otras medidas.

Derivado de lo anterior, la responsabilidad de los administradores en Colombia se regula por las disposiciones de la “Ley 222 de 1995” mediante la cual se “modifica el Libro II del Código de Comercio”. En dicha normatividad se dispone que “los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”, así mismo, en su inciso tercero se consagra que también operará la responsabilidad “*En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador*” (*Inciso 4, Artículo 24, Ley 222 de 1995*).

Así las cosas, el artículo 200 del Código de Comercio consagró una presunción de

responsabilidad del administrador cuando este actúe contrariando la normativa, describiendo a su vez, su sanción correspondiente. La Ley continúa describiendo, y en esta ocasión para brindar a los afectados de las actuaciones del administrador una solución jurídica enfocada en la jurisdicción ordinaria, otorgando a estos la facultad de impetrar la “acción social de responsabilidad” dispuesto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

En este punto, es preciso mencionar que toda actividad descrita en el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, corresponde a obligaciones legales y generales por parte del administrador; no obstante a su vez, impuso la gran sanción de responder solidariamente “por los perjuicios que cause a los asociados o terceros” por incumplir con los siguientes deberes:

- Ante la omisión de invocar e informar a la “Asamblea General de Accionistas” de manera completa y con los debidos soportes el encontrarse frente a la “causal de disolución” **“por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha”** (*Artículo 4, Ley 2069 de 2020*) (Negrilla fuera del texto original).
- Ante el no cumplimiento de la obligación de “convocar al máximo órgano social de manera inmediata, **cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia”** (*Artículo 4, Ley 2069 de 2020*) (Negrilla fuera del texto original).

Se establece como sanción estas omisiones dado que el deber de información a los accionistas y terceros interesados es imperante para el administrador, dada su cercanía y conocimiento al giro ordinario de los negocio, a los estados contables de la sociedad, a sus índices y proyecciones de primera mano, y por ende tiene la función de velar de manera constante e ininterrumpida por su estabilidad. Se impone esta sanción de responsabilidad solidaria, dado que los socios, accionistas y/o tercero depositan en él – el administrador – la dirección general de la compañía en términos de confianza debido a su expertise en la materia, y las posibles pérdidas económicas serán de manera directa a causa de la falta de información o información en destiempo por parte del Administrador.

El Estado en su modelo económico, busca la prosperidad de las empresas, y frente a ineficiencias como estas, busca proteger los bienes jurídicos del orden económico y social en una primera instancia en el régimen civil y comercial, y ante una mayor gravedad e importancia ante el derecho penal por sus cualidades de excepcionalidad y fragmentariedad.

Por este motivo, la sanción trasciende la esfera de la responsabilidad de las sociedades y toca de manera directa el patrimonio del administrador, ya que este debe responder por todos los “perjuicios ocasionados a los socios o terceros” por su actuar negligente – no

necesariamente doloso - en contra de las disposiciones legales y por dejar de lado los demás aspectos señalados en los anteriores acápite.

5. CONCLUSIONES

La inclusión de la nueva causal de disolución por no cumplimiento de hipótesis de negocio en marcha (HNM) que trajo consigo la Ley 2069 de 2020, fue una respuesta a las vicisitudes en las cuales se tienen que mover las empresas en la economía actual (post-pandemia), una economía donde los datos financieros no siempre son positivos pero que no significan que por dicha razón las proyecciones no vislumbren una viabilidad integral de las compañías, por lo cual deberá evaluarse de manera exhaustiva las posibilidades de permanecer en el tiempo desarrollando sus objetos sociales y fines para los cuales fueron creadas.

Por dicho animo de continuar con el giro ordinario de los negocios, es menester que el administrador desde su experiencia, revise todas las variables que puedan poner en jaque la situación de la compañía bajo su gestión, por lo cual sobre él reposa una gran responsabilidad, toda vez que se hayan sanciones en la norma que conciernen incluso en su patrimonio como persona natural en caso de no acatar con los deberes a su cargo. Por ello, éste – el administrador- debe dotarse de experticia, de conocimiento legal y por supuesto de un actuar diligente para proceder conforme a los postulados normativos y prever situaciones que podrían afectar las compañías administradas y que consecuentemente llegarían a perturbar de manera drástica su economía personal.

De esta manera, se hace necesario que los administradores conozcan a cabalidad sus deberes y responsabilidades inherentes de su gestión, conforme las nuevas disposiciones legales relativas a las causales de disolución, y en este caso lo dispuesto en la normatividad relativa al no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, ya que por la importancia de los bienes jurídicos que protege el Estado, podría acarrear consecuencias negativas si no se ajusta a lo profesionalmente esperado por la empresa y sociedad en general.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Código de Comercio de Colombia [C.Co]. DECRETO 410 DE 1971. 27 de marzo de 1971. (Colombia).

Congreso de la República de Colombia. Ley 222 de 1995. Diario Oficial No. 42.156 de 20 de diciembre de 1995.

Congreso de la República de Colombia. Ley 550 de 1999. Diario Oficial No. 43.940 de 19 de marzo de 2020.

Congreso de la República de Colombia. Ley 603 de 2000. Diario Oficial No 44.108, de 31 de julio 20

Congreso de la República de Colombia. Ley 1116 de 2006. Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1429 de 2010. Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010

Congreso de la República de Colombia. Ley 2069 de 2020. Diario Oficial No. 51.544 de 31 de diciembre de 2020

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC2749 de 2021. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/08/SC2749-2021-2012-00109-01.pdf>

Ministerio del Trabajo. MiPymes representan más de 90% del sector productivo nacional y generan el 80% del empleo en Colombia: ministra Alicia Arango, 2019. <https://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/septiembre/mipymes-representan-mas-de-90-%20del-sector-productivo-nacional-y-generan-el-80-del-empleo-en-colombia-ministra-alicia-arango> (Consultado el 13-6-2022).

Presidencia de la República de Colombia. Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015. Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en marcha. <https://www.ctcp.gov.co/publicaciones-ctcp/compilaciones-normativas/anexo-5->

del-dur-2420-de-2015-normas-de-informacion/compilacion-anexo-5-a-diciembre-31-de-2020-entidad (Consultado el 13-6-2022). (Colombia).

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 854 de 2021 Continuación del Decreto Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones. <https://www.mincit.gov.co/getattachment/38e553ba-ca42-4fec-8b6b-0063fcbd60d9/Decreto-854-del-3-de-agosto-de-2021.aspx> (Consultado el 13-6-2022). (Colombia).

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1378 del 28 de octubre de 2021. Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201378%20DEL%2028%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf> (Consultado el 13-6-2022). (Colombia).

Presidencia de la República de Colombia. Decreto Legislativo 560 de 2020. (Quedaría prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2022 con excepción del parágrafo 3 del artículo 5, el Título III del Decreto Legislativo 560 de 2020). Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=113637> (Consultado el 13-6-2022). (Consultado el 13-6-2022). (Colombia).

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 772 de 2020. Junio 3. (Quedaría prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2022 el Título III del Decreto Legislativo 772 de 2020). Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=127362> (Consultado el 13-6-2022). (Consultado el 13-6-2022). (Colombia).

Suescún, Felipe. Responsabilidad de los administradores en la etapa preconcursal: situaciones de pérdidas patrimoniales *Revista E-Mercatoria*, vol. 14, N° 2 julio-diciembre, 2015. [consulta:5 de junio de 2022]. Disponible en: DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n2.02>.

Superintendencia de Sociedades. Auto 801-21426 del 23 de diciembre de 2012. <https://vlex.com.co/vid/auto-n-801-21426-799276957>

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-69 del 4 de diciembre de 2013.
<https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-801-69-799277053>

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-72 del 11 de diciembre de 2013.
<https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-801-72-799277405>

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-69 del 4 de diciembre de 2013.
<https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-801-69-799277053>

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-25 del 2 de abril del 2014.
<https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-801-25-799277453>

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-52 de septiembre 1.º de 2014.
https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_484c2afd6227403b8825ee55bc4f8208/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-800-52-2014-801-054-de-septiembre-1-de-2014

Superintendencia de Sociedades. Oficina Jurídica. Concepto 220-033122 del 2021 Marzo 25.
Doctrina sobre normas de información financiera. (Colombia). Legis Editores.
https://xperta.legis.co/visor/doctrinanif/doctrinanif_bf1ed0bc860a6a449e58ff4f9bcd68ca7a6nf9/doctrina-sobre-normas-de-informacion-financiera/concepto-220-033122-del-2021-marzo-25”