

## **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LOS PROCESOS CONCURSALES**

**PONENCIA GANADORA – UNIVERSIDAD LIBRE – PEREIRA\*  
XXIV CONGRESO DE DERECHO PROCESAL, CALI, SEPTIEMBRE DE 2003**

### **INTRODUCCIÓN**

Si la Buena Fe se encuentra consagrada en la Constitución Política de Colombia como un principio en desarrollo del cual aquella se presume en las gestiones que los particulares adelantan ante las autoridades, es necesario concluir que el juez parte de la base de su existencia en la conducta de las personas vinculadas al proceso, sin que se requiera de su valoración explícita en cada momento del juicio o en el texto de la sentencia.

La norma 83 superior está consagrada precisamente porque se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como expresamente lo manifestaron los constituyentes:

*«La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio». (Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero. Pág 3).*

No se busca, entonces, imponer trabas al operador jurídico, pues lo que se persigue es mantener la observancia de este principio, calificando

\* Concurso de semilleros de estudiantes de pregrado en el Congreso de 2003.

la conducta de las partes cuando que en el proceso aparezca un indicio del actuar inadecuado por parte de alguno de los litigantes.

En el campo del derecho comercial la cuestión adquiere un interés especial: dada la fluidez y la complejidad de las relaciones entre los comerciantes, siempre ha sido necesario legislar sobre el efecto novedoso que estas relaciones del tráfico de mercaderías genera en las sociedades. El comercio vuela mientras el derecho tantea el terreno y avanza lento, tratando de pisar firme.

Hoy en día, los desarrollos tecnológicos y el fenómeno de la globalización de las operaciones mercantiles han contribuido al establecimiento de una jurisdicción especial que no posee el acartonamiento de la justicia ordinaria, ejercida en gran medida por particulares pero cobijada, eso sí, con los mismos principios garantistas. Son particulares que se encuentran investidos de jurisdicción, lo que significa que actúan como verdaderos jueces y tienen la obligación de examinar la conducta procesal de las partes.

Específicamente hablando de los procesos concursales, el tema de la buena fe procesal adquiere una dimensión nueva que merece ser tratada en el marco de la academia de una manera especial: la creciente presión de la industria para ser internacionalmente competitiva obliga a nuestras sociedades a reducir costos y a aumentar la productividad, con lo cual nos encontramos viviendo un período de fusiones, compraventa de empresas y formación de mega-centros de producción y distribución, todo con el fin declarado de mejorar las economías nacionales; esta circunstancia obliga a su vez al Derecho a establecer un nuevo marco jurídico que esté a la par de las transformaciones en el comercio y en las relaciones laborales. Es un Derecho basado en un esquema de flexibilidad del mercado laboral y de ayuda al empresario en insolvencia, con el fin de que el Estado pueda garantizar las condiciones mínimas de supervivencia a las empresas más débiles enfrentadas en esta guerra por los mercados mundiales a las más poderosas.

Como ha dicho Gastón Parra Luzardo en Venezuela, "los números impresionantemente grandes del comercio y de las finanzas, la liberalización y desregulación de las economías, la formación de grandes bloques regionales, la concentración del poder económico y financiero, y los nuevos estilos de producción, comercialización, gestión empresarial y laboral apoyados en avanzada tecnología son los elementos básicos distintivos del actual proceso de globalización, que obviamente crean una nueva visión de nuestro mundo y exigen una pragmática misión por parte de los actores y entes responsables del acontecer económico, social y político de los países".

El neoliberalismo económico impone en este mundo actual, reformas profundas en todos los órdenes de la sociedad. Las reformas de tercera generación incluyen la adopción de un sistema regulatorio simple y transparente para que los negociantes jueguen con reglas claras el juego del comercio mundial. La buena fe debe garantizarse, no solamente en sus relaciones mercantiles, sino en el campo de la controversia de sus diferendos, para mantener la confianza, tan esquiva y sensible en el mundo del mercado.

Juzgado por sus pares y enfrentado a buscar el acuerdo con sus acreedores, el deudor insolvente se somete a un proceso bastante informal, pero cobijado con rigor por los principios de lealtad y buena fe procesales.

Los arreglos se obtienen con la ayuda de ciudadanos que, sin ser jueces de oficio, sí poseen jurisdicción en estos casos concretos, por designio de la ley. Estos jueces particulares, ejercen un control estricto de la actividad de las partes, tomando medidas drásticas cada vez que el principio de la Buena Fe Procesal se encuentre en peligro.

La legislación nacional se acompasa con la internacional, para mantener incólume el principio de la Buena Fe entre los comerciantes, que hoy (ayudados por los adelantos tecnológicos), intercambian bienes y servicios a nivel global.

De esta forma, la confianza de los comerciantes se preserva y las empresas con dificultades económicas pueden ser salvadas con ayuda de los mismos acreedores.

#### **BUENA FE EN UN MUNDO GLOBALIZADO**

Por mandato del art. 230 de la Constitución Política de Colombia, en sus providencias el juez está sujeto al imperio de la ley y tendrá como criterios auxiliares de interpretación la jurisprudencia, la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho, de modo que a través de la persuasión racional y la sana crítica pueda valorar en forma adecuada las pruebas recaudadas en los procesos de su competencia, para garantizar que en las decisiones se observe la aplicación de los postulados de la buena fe y la lealtad de la partes.

Sin embargo, en la situación actual de nuestra sociedad, surgen muchas inquietudes relacionadas con la posición que debe asumir el

operador jurídico frente a los cambios introducidos al sistema judicial como resultado de una política neoliberal y globalizadora impuesta por factores externos.

El Neoliberalismo es un modelo económico, recibido del Primer Mundo por los Estados del Tercer Mundo que desean o necesitan entrar en el juego de la globalización; la adopción de este modelo en los países en vía de desarrollo modifica no solo los aspectos del comercio, sino que también exige cambios en la legislación y la forma de administrar justicia, e impone a los Estados (para salvaguardar su industria nacional frente a la voracidad del sistema financiero), la necesidad de crear nuevos procedimientos, tal como ocurre en el caso colombiano con la Ley 550 de 1999, que trata de los acuerdos de reestructuración o la liquidación obligatoria de las empresas cuando se encuentran en dificultades para cumplir con sus obligaciones mercantiles, pues si se permite que el modelo neoliberal imponga las condiciones y mecanismos de salvamento de las empresas deudoras, seguramente optará por inyectar capital de los acreedores para que el deudor deba más y los dueños del dinero terminen apoderándose de la empresa.

Así lo advierte el premio Nóbel de Economía 2001: "Reformas sobre quiebras y moratorias.- La forma adecuada de abordar los problemas cuando los deudores privados no pueden pagar a los acreedores, nacionales o extranjeros, es mediante la quiebra, y no gracias a que el FMI financie el salvamento de los acreedores. Lo que se necesita es una reforma de las quiebras que reconozca la especial naturaleza de las quiebras que derivan de perturbaciones macroeconómicas; (...) tratar de imponer reformas de las quiebras que cuiden más a los acreedores no es la solución (...) un sistema de quiebras donde el acreedor o su representante es también el juez de la quiebra, jamás será aceptado como justo"<sup>1</sup>.

Surgen como consecuencia obligada de la adopción neoliberal en los Estados en vías de desarrollo las llamadas reformas de primera, segunda y tercera generación, para adaptar las instituciones al nuevo modelo:

Las de primera generación se orientan al fortalecimiento del ambiente macroeconómico en aspectos puntuales que brinden estabilidad y propicien un crecimiento de alta calidad. Tales son: las reformas financiera, monetaria, tributaria y de precios. Cumpliendo con estas exigencias de la banca

<sup>1</sup> Joseph Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Bogotá, Taurus, 2002, p. 296.

multilateral, es posible tener acceso a los grandes empréstitos con los que se supone que el país llegará a ser competitivo a nivel internacional<sup>2</sup>.

Las de segunda generación, tienen como propósito lograr el crecimiento y acelerar el progreso social, mediante reformas en los sectores educativo y de la salud, para optimizar el gasto público.

Las de tercera generación están orientadas a preparar y mejorar el ambiente nacional buscando la inversión productiva a largo plazo; se pretende liberalizar el sistema económico y social, establecer un sistema regulatorio simple y transparente basado en las buenas costumbres y sobre todo en la lealtad y buena fe, y privatizar o vender los activos productivos del Estado, lo que incluye reformas en el ámbito de contratación laboral y en el sistema de pensiones.

En Colombia, como en otros países del hemisferio, se han adelantado o se encuentran en curso estos cambios institucionales. En relación con el marco jurídico hemos sido testigos de la adopción de nuevos sistemas judiciales y, entre ellos, el de un régimen para lograr acuerdos de reestructuración empresarial contenido en la Ley 222 de 1995, que por medio de una reforma temporal a través de la Ley 550 de 1999, ha sido utilizado como mecanismo para salvar las empresas insolventes.

Como los empresarios nacionales e internacionales necesitan de unas leyes sencillas y generales que otorguen seguridad jurídica en el intercambio mercantil efectuado hoy a nivel global, veremos en el presente estudio los supuestos y las consecuencias de esta normatividad actual y de las reformas que tramita el Congreso, en relación con la Buena Fe procesal.

Se hace necesaria la interpretación de los conceptos jurídicos, por medio de los cuales son establecidos mecanismos de regulación que propician un control, una orientación y una fiscalización de los entes económicos del sector privado como sujetos pasivos de actuaciones judiciales encaminadas a determinar su viabilidad en el mundo del mercado.

Por tanto, para examinar si el modelo neoliberal se adecúa a las instituciones con que cuenta el país y con el propósito de analizar la forma

<sup>2</sup> Joseph Stiglitz "El FMI habla a menudo de la importancia de la disciplina que proporcionan los mercados de dinero. Con ello exhibe cierto paternalismo, una nueva forma de la vieja mentalidad colonial: "nosotros los del establishment, nosotros los del Norte, que manejamos nuestros mercados de capitales, sabemos más que ustedes: hagan lo que les decimos y prosperarán".

como los jueces han de valorar y corregir a través de sus fallos las circunstancias que afectan la actuación de los comerciantes en la sociedad, es necesario tomar como punto de partida el concepto de buena fe en el sentido más amplio para reconocerlo como "valor moral que alienta un propósito de la conducta humana (...), que se emplea para determinar la actitud honesta de la voluntad enderezada a una acción en virtud de un raciocinio válido, o engañada por falsos conceptos que ocultan su licitud"<sup>3</sup>.

En el derecho, la Buena Fe es un ingrediente que jurídicamente califica una actuación del hombre en sociedad como acompasada con la dignidad humana. Esa calificación es imposible encontrarla sin el análisis de los elementos que la componen, porque lo que se predica como digno, es algo que siempre se puede descomponer en varias secciones o materias; hablando de conductas sociales del hombre nos encontramos siempre con actos realizados bajo la influencia de diversas variables.

Desde esta órbita de la dignidad humana, en que gira nuestra actual Constitución Política, se dice que hay Buena Fe en los negocios jurídicos y en los mecanismos procedimentales establecidos para hacer valer esos contratos, dado que, por la naturaleza de los seres humanos, sus actos se inclinan a ser consecuentes con los principios morales y éticos que manejan. Esa es la generalidad. La mala fe, es todo lo contrario y se considera la excepción. Pero para indicar si un comportamiento es de una u otra manera, es necesario desmenuzarlo y analizar sus particularidades que componen el todo.

Sin embargo, la complejidad de la conducta humana es tal, que emitir un juicio acerca del propósito bueno o malo con que se llega a un acto, implica dar justificación moral a ese acto según las normas éticas que rijan para su valoración jurídica en un país y en un momento dado.

En el concepto de prueba indiciaria no pueden escindirse el hecho de la operación lógica y del argumento probatorio; pero esa regla de experiencia constituye la razón de la presunción que el juez aplica al indicio, para determinar su valor probatorio, es decir, para deducir el hecho desconocido. Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica-crítica que lo valora.

<sup>3</sup> Collantes Rodas, Wilson. La buena fe: ¿indicio o presunción?

Así, la valoración de la conducta humana por parte del juez, puede mirarse como una combinación entre presunción e indicio, que facilita la exploración de los derechos y obligaciones de las personas. Se presume como principio ético y se infiere de la conducta concreta. Se partirá del supuesto de la bienintencionada acción y se estimará finalmente esa acción de acuerdo con el resultado por ella producido.

#### **BUENA FE: ¿PRESUNCIÓN O INDICIO?**

La presunción de buena fe, como principio filosófico, obliga al juez a pensar que el hombre tiene una causa noble en su obrar; pero al estudiar el acto concreto de ese hombre, el juez podrá encontrar rastros que le indiquen lo contrario. Aparece, entonces, el indicio de la Mala Fe, que echa por tierra la presunción con que el juzgador ha iniciado el análisis de la conducta del ciudadano.

La presunción significa "la conjetura o indicio que sacamos ya del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza"<sup>4</sup>. Indicio es "la conjetura producida por las circunstancias del hecho; la sospecha que hace formar un hecho conocido por su relación con un hecho desconocido de que se trata"<sup>5</sup>. Comparando el significado de estos términos, fácilmente se concluye que ambos se pueden definir como: un acto intelectual en búsqueda de un algo que no es conocido pero que evidentemente existe.

Jurídicamente la presunción aparece definida como "un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados"<sup>6</sup>. El indicio es un proceso que "comprende tres elementos: el hecho indicador, el hecho indicado o desconocido y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos"<sup>7</sup>.

La Constitución Política consagra el principio de buena fe en el artículo 83, indicando que los jueces lo deben asumir como una presunción. Para ampliar el planteamiento del citado artículo se puede mencionar lo expuesto por sus ponentes en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente quienes

<sup>4</sup> Joaquín Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, París, 1931, p. 1.379..

<sup>5</sup> Joaquín Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, París, 1931, p. 848.

<sup>6</sup> Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 3ª edición. p. 382.

<sup>7</sup> Parra Quijano, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. 2ª edición. ps. 16-17.

consideraron que éste contiene dos elementos<sup>8</sup>: El primero, que establece como un deber genérico obrar conforme a los postulados de la buena fe, es decir, que tanto los particulares, como las autoridades, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. El segundo elemento presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe, aunque la práctica burocrática ha sido sustituido esta manera de ver la actividad del ciudadano por el enfoque desde la óptica de una general desconfianza hacia el particular.

De ahí se infiere que la Constitución quiera convertir el principio de la buena fe en un instrumento eficaz para que los órganos de la administración actúen bajo el criterio rector de la efectividad del servicio público, desterrando las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia.

“La conducta asumida por las partes durante la tramitación del pleito, es un elemento importante a tener en cuenta para emitir la decisión final, pero de carácter general; es una suerte de indicio genérico que hace a la pretensión toda, o a alguna, si son varias acumuladas. Inclina a pensar en la razón o sin razón de alguno de los contrincantes. En principio, no tiene valor probatorio decisivo por sí misma –lo cual sucedería en casos excepcionalísimos–, sino que coadyuva a la valoración final, a la apreciación definitiva de los demás elementos que el proceso ofrezca. Es obvio que si de los elementos colectados en el pleito, la decisión no se presenta dudosa para el magistrado, la actitud de las partes carecerá de toda relevancia jurídica y quedará simplemente como anécdota; pero en caso contrario servirá para inclinar la balanza en un sentido o en otro”<sup>9</sup>.

A pesar de que la aplicación del principio de la buena fe ha sido mirado con desconfianza por algunos, la Corte Constitucional ratifica su importancia cuando expresa<sup>10</sup>:

*“A propósito de la aplicación del principio de la buena fe por parte de los jueces, no supone la quiebra de la seguridad jurídica ni el imperio de la arbitrariedad, ni disolver la objetividad del*

<sup>8</sup> Gaceta Constitucional número 19. Ponentes: Dr. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

<sup>9</sup> Leguisamón, Héctor Eduardo, Las presunciones judiciales y los indicios, Depalma, 1991, ps. 127/128.

<sup>10</sup> C-540/95.

*derecho. Que los jueces al enfrentarse en cada caso concreto con la actuación de la administración pública y de los administrados, tengan siempre muy presente, entre los principios generales aplicables, aquél que protege el valor ético de la confianza, interpretando las normas y actos en el sentido más conforme al mismo y reaccionando con los medios adecuados frente a cualquier lesión que pueda sufrir, a fin de restablecer el orden jurídico perturbado”.*

Este planteamiento deja claro que la confianza es el principio expresado en la presunción de buena fe, mientras que las excepciones al mismo, es decir aquellas ocasiones en las cuales el Estado pueda partir del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar taxativamente señaladas en la ley.

#### **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO A LOS PROCESOS CONCURSALES**

El principio de la Buena Fe dentro del proceso, no solamente debe iluminar las actuaciones de las partes una vez trabada la contienda, sino todos los momentos anteriores al surgimiento del juicio, ya que fueron los hechos ocurridos previamente, los que dieron origen al pleito, dentro del cual tales hechos van a ser probados: ante los ojos del juez se presentan los hechos y su prueba y desde el momento de su incorporación, pueden estar viciados por la Mala Fe.

Un ejemplo claro puede encontrarse en la consagración del postulado de la buena fe en el área comercial, la cual deberá ser entendida como aquel contexto adecuado para que los comerciantes y demás participantes del mercado actúen de acuerdo con los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad.

El fenómeno de un mercado global ha permitido la utilización e implementación de recursos de avanzada tecnología, tales como medios magnéticos y digitales de transmisión de datos, que tienen gran injerencia en el desarrollo de las operaciones comerciales para reducir los procesos y maximizar la obtención de resultados. La firma electrónica, el telemercado, las transacciones vía Internet, agilizan las operaciones y minimizan los gastos.

Desgraciadamente, el uso de estos mecanismos de transferencia y control ha sido objeto de temeridad y mala fe, detectándose fraudes por

parte de algunos comerciantes; tal situación está forzando a un examen de las normas vigentes (por ejemplo el Decreto número 1747 de 2000 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales) para atacar los vicios a través de la aplicación de una rigurosa y certera legislación.

Estos problemas tecnológicos adquieren relevancia con la aplicación del principio de la buena fe de los comerciantes en los procesos concursales cuando existen créditos y/o deudas que bien pueden haberse generado a raíz de una transacción virtual, que se ha perfeccionado sin que exista siquiera un conocimiento personal de las partes que han celebrado el contrato. Al adquirir un producto en la red, por ejemplo, el comprador paga con un medio magnético (tarjeta plástica) que debita de su cuenta el importe de la transacción y el vendedor envía la mercancía. La ejecución de este contrato involucra altas dosis de confianza mercantil, pues es claro que, sin atenerse al principio de la buena fe comercial, será imposible cerrar el negocio.

Casos como el ocurrido en Inglaterra hace pocos años, cuando George Soros estuvo a punto de quebrar al Banco de Inglaterra tras obtener en una semana de especulaciones la suma de dos mil millones de dólares, alertan al comerciante y lo obligan a tomar medidas que lo protejan de personas convencidas de la neutralidad moral del mercado. Dijo Soros luego de cometido el fraude: "Los mercados financieros (o sea, los financistas) no son inmorales, son amorales. En los negocios y en los procesos jurídicos la moralidad, la buena fe y la lealtad puede llegar a ser un estorbo. En un entorno sumamente competitivo es probable que las personas hipotecadas por la preocupación por los demás obtengan peores resultados que las que están libres de todo escrúpulo moral.

De este modo, los valores sociales experimentan lo que podría calificarse de un proceso de selección natural adversa. Los poco escrupulosos aparecen en la cumbre". La lógica de Soros es impecable: "Este es uno de los aspectos más perturbadores del sistema capitalista global", afirma también, con sus tribunales de arbitramento de hombres de negocios incluidos; y agrega: "La amoralidad de los mercados ha socavado la moralidad incluso en aquellas áreas en que la sociedad no puede funcionar sin ella".

¿Qué ocurre si celebro un negocio virtual con una sociedad comercial o una persona natural insolvente? ¿Cómo haré valer mi crédito? Debemos,

pues, precisar la injerencia neoliberal en el derecho mercantil a través de la creación de mecanismos de salvamento para aquellas empresas que tengan problemas de liquidez, tal como lo contempla la Ley 256 de 1996 al establecer los parámetros que deben regir las actuaciones de los comerciantes, o la Ley 550 de 1999 que consagra normas para que, en el proceso de reestructuración de la empresa, pueda garantizarse la lealtad procesal de las partes.

Las denuncias penales por falsificación de documentos y por fraude procesal, demuestran que se han presentado simulación de créditos en las negociaciones.

Por ello, la reciente legislación tiene como objetivo primordial salvar las empresas y proteger las acreencias, buscando el restablecimiento patrimonial y la permanencia del ente societario en el mercado. Para lograrlo, ha establecido importantes mecanismos de control, estipulando sanciones que van desde la imposibilidad de ejercer actividades comerciales, hasta sanciones de índole penal para aquellas personas que hayan provocado de manera intencional un estado de insolvencia injustificado, en perjuicio de terceros. Pretende además, corregir las deficiencias en la capacidad de operación y atención de las obligaciones pecuniarias.

El tratadista argentino Héctor Eduardo Legizamón, en PONENCIA presentada ante el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Paraná, 12 al 14 de junio de 2003, clasifica las conductas procesales contrarias al principio de la Buena Fe, como sigue:

a) La conducta omisiva, que se puede presentar como: 1) negativa genérica (infitiatio), es decir cuando la parte se limita a negar la pretensión o los hechos expresados por su adversario, pero no cumple con su deber procesal de explicitar todas las circunstancias de hecho en que funda sus alegaciones [21]; 2) pasividad, entendida como una actitud puramente pasiva de quien no tiene la carga procesal de probar ni alegar, cuando podría colaborar de acuerdo a las circunstancias del caso, para el esclarecimiento de la verdad [22] (v.gr.: no ofrecer prueba, desistir sin motivo explicable de la prueba ofrecida o no urgirla dando lugar a la declaración de negligencia o caducidad, etc.); 3) ocultación de hechos, cuando obviamente éstos son relevantes y su omisión resulte sospechosa (por ej.: negarse a responder preguntas a tenor del art. 415, CPCCN.; no concurrir al careo dispuesto en virtud del art. 458, CPCCN., o negarse a responder algún pedido

de explicación durante su transcurso; no realizar determinados movimientos requeridos por el perito médico en el examen pericial [23], etc.).

Actualmente, esta conducta está ciertamente contemplada en la moderna teoría de las cargas probatorias dinámicas.

b) Conducta oclusiva, consistente en la obstaculización tendiente a que el contrario se vea imposibilitado de producir sus pruebas<sup>11</sup>.

c) Conducta hesitativa, vale decir la formulación de alegaciones fácticas que real o virtualmente se contradicen, constituyendo así una conducta que indica incertidumbre y predispone en su contra (v.gr.: la trasgresión de la teoría de los actos propios).

d) Conducta mendaz, o sea la conducta reiteradamente mentirosa, demostrativa de una inconsistencia total, que hace inclinar a no considerar el resto de las afirmaciones (v.gr.: confesar al absolver posiciones los hechos contrarios a los aseverados en los escritos constitutivos; responder negativamente a determinadas posiciones y luego contradecirse al responder las preguntas del art. 415, CPCCN.; discordar con los dichos de un testigo propio).

Un aspecto relevante en el tema de la apreciación de la conducta de las partes, lo constituyen los denominados acuerdos de reestructuración o convenciones que en términos de la Ley 550 de 1999 se celebran en favor de una o de varias empresas deudoras, buscando normalizar su actividad productiva y atender sus compromisos financieros dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.

Dichos acuerdos se aplican a todas las empresas que operan en el territorio nacional, es decir, a las conformadas por personas jurídicas del orden nacional o extranjero, de carácter privado o público, salvo las excepciones que contemple la ley.

Luego de tres años de vigencia de la Ley 550, se han detectado sus beneficios al igual que los inconvenientes prácticos en su aplicación; por ello, actualmente cursa en el Congreso un proyecto de ley que contiene una serie de medidas para garantizar la aplicación plena del principio de la buena fe procesal; declara que el régimen de insolvencia busca la protección

<sup>11</sup> CN Civ. Com. Fed., Sala II, 29/5/1984, "José Saponara y Hnos. S.A. c. Rodríguez, Roberto O. y otra", Rep. E.D. 20-A, p. 1140, sum. 10: "La conducta procesal evidenciada por la parte, que ha apuntado más a obstaculizar el reclamo de la otra que a obtener la satisfacción de su invocado **veread, constituye una presunción en su contra**".

del crédito, de la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, de la diligencia en la dirección y en la administración de negocios y el aseguramiento del carácter fidedigno de la información relacionada con la actividad económica organizada.

Como entroniza el principio de la Buena Fe Procesal, deja que los interesados adelanten sus deliberaciones sin demora y alleguen pruebas sin tantos formalismos; pero al mismo tiempo establece medidas para prevenir y combatir las maniobras torcidas en que pudiera incurrir cualquiera de las partes.

En el proyecto se busca que el carácter judicial del trámite "no sea aprovechado por poderdantes y por abogados expertos en hacer inmortales los pleitos" como hace varios siglos se dijo elegante y sabiamente<sup>12</sup>.

Algunos ejemplos:

- Los procesos contra garantes o codeudores del deudor principal admitidos al procedimiento de insolvencia no se suspenden, modificando así lo planteado en la Ley 550/99. De esta manera se garantiza el pago de los acreedores y se vuelve al sistema previsto de la Ley 222 de 1995.
- Se introduce una audiencia de homologación, con el fin de dar una mayor transparencia a la negociación, sometiendo a consideración de la Superintendencia de Sociedades o del Juez Civil del Circuito el contenido del acuerdo, para lograr su homologación en el evento de haber sido aprobado con las mayorías exigidas y de ajustarse sus cláusulas a las prescripciones legales.
- Otra garantía para el deudor y los acreedores es el Código de Conducta Empresarial, al que en la Ley 550/99 no se le ha dado la relevancia merecida, por lo cual se insiste en ello en el proyecto de ley. Este código garantiza la administración de la empresa por parte del deudor durante la ejecución del acuerdo, promoviendo así la confianza de los acreedores para seguir asumiendo los riesgos de la empresa. Busca además, la consolidación de los estados financieros y la divulgación de la contabilidad a efecto de garantizar relaciones transparentes entre las partes intervinientes en la negociación.

<sup>12</sup> Don Alfonso X.

- Igualmente, se encuentra consagrado el Comité de Vigilancia que representa los intereses de los acreedores, quienes tienen el deber de informar periódicamente a la Superintendencia de Sociedades o al Juez Civil del Circuito el estado del acuerdo, como lo hacen actualmente las entidades financieras en su reporte a la Superintendencia Bancaria.
- En cuanto a las sanciones penales, se configura como hecho punible la provocación fraudulenta de la situación de insolvencia y se aplican las reglas comunes vigentes para los delitos de falsedad y fraude procesal. Además, prevé otras medidas judiciales de carácter personal como el arraigo del fallido al lugar de su domicilio, dándole al juez elementos de valoración a través de la información que tienen los administradores de la empresa o compañía quienes en la práctica podrían actuar con temeridad.
- Para las sanciones de carácter civil se establece que hay lugar a la inhabilidad quedando en cabeza del administrador la carga de la prueba de su diligencia de exonerarse de dicha sanción.
- Por otra parte, el proyecto de ley pretende establecer como único medio de prueba admisible el documento, a fin de impedir la dilación del proceso con la práctica de pruebas que en muchas ocasiones no tienen relación con el asunto materia de decisión. De todas formas, los acreedores del deudor quebrado deberán comparecer al proceso en el término legal establecido para el efecto.
- De otro lado, también en el proceso concursal es posible encontrar situaciones producidas por el liquidador, que traen muchos reparos en los procesos de liquidación obligatoria debido a la gestión demorada o ineficiente. Esto se puede observar en la contratación de asesores que él mismo hace, por lo general con sobrecostos que afectan el pago de las acreencias objeto del proceso, desvirtuando la finalidad de enajenar los bienes del deudor de una manera rápida. Se propone que la contratación de asesores sea autorizada previamente por la junta directiva, so pena de que el liquidador responda directamente con su patrimonio por los valores generados, todo esto con el fin de darle transparencia al proceso.

Todas estas medidas deberán ser adoptadas en el curso del proceso por la persona encargada de dirigirlo, estando investida de jurisdicción; lo anterior significa que en los eventos concursales estamos hablando

genéricamente de JUEZ, cuando nos referimos al encargado de adelantar con autoridad cada etapa del trámite, desde el momento de la recopilación de información hasta su etapa de homologación y aún posteriormente, mientras dure el período en que dicho acuerdo deba ser cumplido. Este juez, tomará las providencias necesarias para garantizar la transparencia procesal y sancionará la conducta inapropiada de cualquiera de los intervinientes.

Como hemos sostenido desde el principio, las medidas contenidas en la ley para precaver situaciones en que una de las partes pueda actuar de manera deshonestas, blindan el proceso y facilitan el trabajo del juez quien debe, eso sí, permanecer vigilante para tomar correctivos en el momento en que advierta asomos de deslealtad, temeridad o mala fe procesal.

### **EL PRINCIPIO EN EL RÉGIMEN TRANSFRONTERIZO**

Por último, sería interesante y conveniente la implementación de un régimen transfronterizo en nuestro país (aprobado desde 1997 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI), cuyo objetivo es promover la adopción de una normativa legal moderna y equitativa para casos de insolvencia transfronteriza, entendiendo por tales aquellos en los que un deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado, o en los que algunos de sus acreedores no sean del Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

Una legislación de este tipo permitiría atacar las operaciones fraudulentas de deudores insolventes orientadas a ocultar o transferir bienes a otras jurisdicciones.

Para lograrlo es necesario implementar mecanismos especiales que eliminen los obstáculos de cooperación y colaboración a nivel internacional, como por ejemplo, una adecuada protección a todos los acreedores del empresario insolvente tanto en el país que tenga el centro principal de sus operaciones como en el exterior. Que se reconozcan en este país los procedimientos adelantados en el extranjero al mismo tiempo que se reconozcan en otros países los procesos de insolvencia adelantados en Colombia, todo esto en el marco de transparencia hacia un mejor desarrollo y fin de los procesos concursales.

Por todas las consideraciones hechas, proponemos al Congreso las siguientes,

### CONCLUSIONES

- Consideramos la Buena Fe Procesal como un principio que le sirve al juez para valorar de manera permanente la conducta adoptada por las partes, pero sin referirse a ella explícitamente más que en los casos en que deba utilizarla como indicio para establecer la mala fe del litigante.
- Entre las conductas que el juez debe apreciar como realizadas de Mala Fe Procesal, el juez debe incluir aquellas realizadas por cualquiera de las partes antes del litigio, en cuanto pretendan ser utilizadas como pruebas para adelantarlos.
- El imperio de la buena fe procesal hace más ágil el desarrollo del juicio, impidiendo que los órganos legalmente establecidos para la solución de conflictos sean utilizados en beneficio de intereses particulares que junto con el poder económico generalmente poseen los medios para entorpecer, entorpear, demorar y presionar hasta obtener una decisión en su favor.
- En Colombia, los particulares con jurisdicción son verdaderos jueces, que tienen, como tales, la obligación de aplicar el Principio de la Buena Fe en el proceso y el indicio de Mala Fe en los eventos en que la conducta de las partes lo muestren.
- Gracias a los mecanismos de control y a la cantidad de personas que intervienen de forma directa e indirecta en el desarrollo del proceso concursal que se regula en la Ley 550 de 1999, es posible observar la conducta de las partes con relación a la Buena Fe Procesal e intervenir oportunamente para conjurar atentados en su contra.
- Los comerciantes que entren en insolvencia, quedan amparados contra las prácticas desleales o deshonestas de quienes, por tener la calidad de acreedores, busquen ejercer presiones para obtener decisiones ventajosas, pues el juez del concurso está dotado de facultades y mecanismos ágiles para conjurarlas.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Collantes Rodas, Wilson. La buena fe: ¿indicio o presunción?
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 19
- Colombia, Congreso de la República, Ley 550 de 1999
- Colombia, Corte Constitucional, C-540/95
- Joaquín Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, París, 1931, p. 1379
- Joseph Stiglitz, El malestar en la globalización, Bogotá, Taurus, 2002, p. 296
- Leguisamón, Héctor Eduardo, Las presunciones judiciales y los indicios, Depalma, 1991, ps. 127/128
- Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 3ª edición. p. 382.
- Parra Quijano, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. 2ª edición. ps. 16-17

