

**RELATORIA XII CONGRESO DE DERECHO CONCURSAL.
Cartagena de Indias. 18, 19 y 20 de Octubre de 2018.**

"El crédito, como objeto de protección de la Insolvencia".

Dra. Miquelina Olivieri Mejía

El eje temático del Congreso en esta ocasión gira alrededor de la figura del acreedor en los procedimientos de insolvencia, se propuso por parte del Consejo Directivo explorar los distintos tipos de acreedores y las normas que le permiten su protección en los distintos escenarios de insolvencia.

1 – Para dar inicio a las jornadas del Congreso, el **Doctor JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA** nos ilustró con los conceptos básicos, pero no por ello menos importantes, de quién es el acreedor, cómo se protegen sus derechos en el Código Civil y en las normas procesales ordinarias, para luego recordarnos que cuando entra en crisis una de las partes de la relación crediticia de forma abrupta, se rompe la confianza, se lesiona la credibilidad y en consecuencia cesa la colaboración, de allí que es difícil seguir y construir relaciones hacia el futuro, situación que se evidencia en las negociaciones de acuerdos de reorganización y en la dificultad del empresario en concurso de obtener los llamados "*recursos frescos*".

Lo anterior pone en evidencia que el reto para el derecho concursal es compatibilizar las normas propias de la insolvencia con las normas que protegen, en situación de normalidad, el derecho de crédito; trabajar juntos para superar los antagonismos (VENGANZA Vs RECUPERACIÓN), recordando los acreedores (que ahora son un conjunto de acreedores) y el deudor que pueden utilizar de buena fe y con ánimo positivo una serie de derechos que les permitirá estar más tranquilos en la negociación, a saber:

- Un derecho de inspección pleno: Que permitirá una importante ayuda en la construcción del acuerdo de reorganización.
- Pérdida de la reserva de los documentos y situación del deudor: Tienen todos los acreedores la posibilidad de incoar acciones revocatorias concursales y de simulación.

Igualmente, los acreedores tendrán deberes:

- Informar al Juez y a los demás acreedores sobre posibles vinculaciones.
- No entorpecer la buena marcha del proceso.
- No coadministrar bienes del deudor.

Y finalmente, estos acreedores tienen en los escenarios de Insolvencia unos límites:

- Buena fe.
- Diligencia.
- Confidencialidad.

2 – Por su parte el Doctor **NICOLÁS PÁJARO MORENO** expuso en su conferencia el tema relacionado con los **créditos postergados**, y para contextualizar su ponencia nos recuerda que en la insolvencia es menester priorizar los distintos intereses en juego, el interés general, el interés del deudor, de los acreedores, de la empresa como organización y de la economía en general.

De allí que es posible afirmar que la figura de los acreedores postergados tiene como finalidad proteger a la empresa, y en general a la gran mayoría de los acreedores.

Esta figura fue introducida en el derecho colombiano por la Ley 550 de 1999, y en ese momento el legislador se centró en aquellos acreedores que impusieran barreras para entorpecer la negociación de acuerdos de reestructuración, los acreedores que evidenciaran estos comportamientos, así como aquellos que

insistieran en cláusulas contractuales ineficaces o acreedores que firmaran el acuerdo pero no prestaban su colaboración para poder cumplirlo, eran postergados en los grados de prelación para el pago.

Desarrollando aún más la figura, el legislador en la Ley 1116 de 2006 nos diferencia entre los dos tipos de mecanismos que implican para un acreedor tener la categoría de postergado, dejando claro el legislador que el supuesto de hecho es aplicable tanto al mecanismo recuperatorio como al liquidatorio, consagrando varios órdenes de postergación de acreencias:

- Causas procesales (Extemporaneidad).
- Causas sancionatorias.
- Causas preventivas.
- Regímenes relacionados con los accesorios del crédito (intereses, sanciones, multas). En este caso hay discusiones con los temas relacionados con la Indexación, intereses legales y contractuales y la corrección monetaria.

Pese a lo anterior, y aunque no existieran normas concretas de postergación, seguimos teniendo los principios generales del derecho, figuras como el abuso del derecho por parte de los acreedores:

- Ejercicio inútil de un derecho – carente de un fin práctico.
- Ejercicio abusivo de mayorías.
- Ejercicio abusivo de minorías (veto).
- Ejercicio irreflexivo del derecho (sin pensar en la finalidad común del grupo).
- Carencia de buena fe. No contravenir los actos propios (objeciones, recursos, impugnaciones).
- Ejercicio tardío del derecho.
- Ejercicio injusto de un derecho adquirido.
- Ausencia de un interés protegido.
- Excesos de garantías.

3 – Siguiendo con el bloque de conferencias, el Doctor **JOSÉ PAJARES** de España, abordó un tema controvertido para cualquier procedimiento de concurso de acreedores, el tema relativo al llamado **Acreedor Involuntario**.

En su exposición nos recuerda que existen 3 sistemas que han intentado regular el tema:

- Mediante un mecanismo propio del derecho societario que implica la superación de la responsabilidad limitada de los socios.
- Un segundo sistema de extensión de responsabilidad a terceros que mantienen relaciones contractuales con el deudor (es el caso de los proveedores que se relacionan con los productos defectuosos o los daños a consumidores).
- Mecanismos aseguradores. Sistema que hasta la fecha es el que mejor ha funcionado en los casos de acreedores involuntarios.

Así mismo, el Profesor Pajares presentó un recorrido por el derecho comparado y las fórmulas escogidas por algunos ordenamientos como los casos del Derecho Alemán, el Italiano y sistemas anglosajones, terminando con una interesante visión del derecho ruso que en los últimos tiempos ha consagrado soluciones interesantes.

Finaliza su conferencia con el resumen de la normativa que desde el año 2002 se encuentra vigente en España, legislación en la cual a este tipo de acreedores se les asigna un privilegio general, correspondiente al 4º grado, diferenciando si son acreedores anteriores o posteriores a la declaración del concurso. Concluye su exposición dejando en claro que sea cualquiera el sistema escogido por las distintas legislaciones, el tema del acreedor involuntario y su presencia en las insolvencias, implicará que su protección se convertirá en un gran riesgo para los llamados acreedores ordinarios del concurso, pues tienden a convertirse en acreedores dotados de un SUPERPRIVILEGIO. Y en general, al

desnaturalizar el concurso la mejor solución es acudir a mecanismos aseguradores.

En la práctica generan discusiones sobre temas como:

-Quién determina la cuantía? Se trata siempre de una contingencia

-Quién representa a estos acreedores? Asociaciones de consumidores, organizaciones sin ánimo de lucro

-Cómo se entienden notificados?

-Cuáles serán los plazos de presentación al concurso?

4 – Por su parte en su conferencia el Profesor **JUAN LUIS GOLDEMBERG**, desde Chile, nos expone la conformación de la voluntad vinculante del conjunto de acreedores con una visión comparada entre el derecho chileno y el colombiano.

Desarrolla el tema de los modelos orgánicos e inorgánicos de asignación y computo de los derechos de voto, precisando que el modelo orgánico es el escogido en las leyes colombiana y chilena; las cuales contienen mecanismos de No evasión (no permiten el cobro por fuera del concurso), mecanismos de no obstrucción (no hay derecho de veto) y mecanismos para controlar abusos de poder (calcula los derechos económicos involucrados para los acreedores que se les asigna votos). Además explora los casos de modulación del derecho de voto (casos de acreedores vinculados y hostiles – Hilton – Hyatt).

Todo ello para poder entender como el sistema legal de la insolvencia ayuda a construir la voluntad colegial y en consecuencia como el acuerdo celebrado por una determinada mayoría puede hacerse extensivo a los acreedores ausentes o disidentes.

5 – Por su parte el Profesor **JAIME ALBERTO MENDIETA**, aborda el interesante asunto relacionado con categorizar qué tipo de negocio jurídico es el acuerdo concursal (no interesa su denominación, concordato, reestructuración, reorganización de empresas en crisis); explora en su conferencia las teorías

sustanciales y procesales que han intentado justificar este tipo de acuerdos, razones de fondo que permiten estructurar que una mayoría determinada de votos logre vincular acreedores ausentes y disidentes y cambiar determinadas condiciones de las obligaciones inicialmente pactadas.

Concluye el Profesor Mendieta que nos encontramos ante un negocio jurídico "*sui generis*", precisamente por la inaplicación de la teoría de la relatividad de los contratos, pues una vez celebrado con las ritualidades legales, estos acuerdos de reestructuración de empresarios en crisis económica, vinculan a ausentes y disidentes, y a la empresa misma sometida al concurso.

Este contrato es condicional, pues una vez celebrado y perfeccionado entre las distintas clases de acreedores, su ejecución (los efectos finales del negocio jurídico) está sometido a la futura aprobación del Juez concursal; en todo caso el Juez concursal NO puede modificar el acuerdo, el acuerdo no puede ser modificado en la audiencia de confirmación, pues para que ello sea viable debe ser aprobada esa modificación que se pretende realizar en audiencia por el ciento por ciento (100%) de los suscriptores del negocio jurídico objeto de reparos por parte del Juez concursal, no solamente por aquellos asistentes a la audiencia de confirmación.

6 – La conferencia de cierre de nuestro congreso 2018 estuvo a cargo del Profesor y exsuperintendente **DARIO LAGUADO MONSALVE**, quien nos planteó un escenario fascinante y retador, "*LA GESTIÓN DE LA EMPRESA POR LOS ACREEDORES COMO FÓRMULA DE SALVAMENTO*".

Acudiendo a una bella metáfora, el Doctor Laguado nos plantea el cuento sobre "el Hueco", para luego reflexionar sobre el punto de que quizás lo que necesitamos son PÚENTES, tender puentes, puentes entre los distintos tipos de acreedores, y entre éstos y la empresa en crisis.

Debemos entender que entre los derechos de los acreedores y los del deudor que pide salvamento NO hay oposición, son derechos complementarios, tenemos innumerables ejemplos a nivel nacional e internacional que nos lo demuestran:

- ✚ TEMEL: Restaurante gestionado por los trabajadores.
- ✚ ACERÍAS PAZ DEL RÍO: Empresa de la cual en su momento vivían 16 municipios, 4.000 pensionados y 3.000 trabajadores activos, que en muchos casos terminaron capitalizando sus acreencias.
- ✚ FANOR ARIZABALETA: Empresa dedicada en su momento al cultivo de tilapias. Los trabajadores ante las dificultades de la empresa se tomaron por un lapso de 3 años el cultivo y la compraron, la transformaron en una S.A.S. y hoy es un proveedor de tilapias en el mercado bastante importante.
- ✚ DROGAS LA REBAJA: Pese a temas tan complicados como los procedimientos de extinción de dominio, los trabajadores se quedaron con la operación.
- ✚ RESTAURANTE LA BARRA: Un clásico restaurante Bogotano de la calle 22, que hoy es gestionado por los trabajadores y se encuentra localizado en la calle 70 con carrera 6ª.
- ✚ RESTAURANTE LA TABLE DE MICHELLE: Exactamente el mismo caso anterior.
- ✚ EVERFIT E IYSL COLOMBIA: Empresas relacionadas con la confección, a las cuales al final les faltó quien ayudara a los empleados con el mercadeo y les faltó financiación.
- ✚ RESTAURANTE LOS CHANCHITOS EN ARGENTINA: La empresa la gestionan hoy cooperativas de trabajadores financiadas por el mismo gobierno argentino.

Para poder entender esta opción tenemos que tener claro que el objeto del derecho concursal NO es el crédito, es LA EMPRESA..

En segundo lugar, que es el momento de reflexionar si debemos seguir con el mismo modelo bancario. Seguir con el modelo de banca Kent o con el modelo de banca múltiple. Porque sólo así podríamos plantearnos que los bancos superen

su "aversión al riesgo", financien proyectos, desciendan al sector real.

Y finalmente no hay un enfrentamiento en los temas concursales entre el contractualismo y el orden público. Lo anterior por cuanto la insolvencia contiene negocios que se construyen y forman al amparo de un procedimiento.

El formato del Congreso fue complementado por **PANELES Y DEBATES**, relacionados con el eje temático elegido y que contó con planteamientos desde diferentes aristas del tema.

- El Primer debate estuvo a cargo de los Doctores GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ y FELIPE CUBEROS DE LAS CASAS, quienes nos plantearon si los *"Los derechos de los acreedores vinculados tienen una regulación suficiente y apropiada en la Insolvencia?"*.

Luego de exponer cada uno de ellos su apreciación sobre las normas vigentes, concluyen que el legislador colombiano parece que en estos temas no esta de acuerdo ni consigo mismo, pues consagra tal variedad de vinculados con una falta de sistematización que su interpretación y aplicación es bastante complicada, pero que se puede concluir que para la ley colombiana los vinculados tienen un privilegio al conocer la real situación del deudor en concurso, y es precisamente por este conocimiento que sospecha de las operaciones que ellos realizan con el concursado, y decide postergarlos y reducirles sus derechos políticos de voto.

Pero siempre será importante diferenciar en este tema el castigo de la sospecha, hay necesidad de una regulación razonable, y una gradualidad en las consecuencias y tipos de vinculados, pues los vinculados siempre serán la primera fuente de financiación y deben en la insolvencia tener un debido proceso que les permita el efectivo derecho de defensa.

- En el panel sobre "*La regulación de los créditos posreorganización y su tratamiento legal en función al proceso, al deudor y a los derechos de los acreedores*", los Doctores ANGELA MARÍA ECHEVERRI, ALVARO ANDRÉS GONZALEZ BRICEÑO y LUIS FERNANDO BORDA CAICEDO, nos demostraron que existen normas claras concursales que permiten el financiamiento de empresas en reorganización, lo mismo que financiación de grupos empresariales, pero la efectividad de estas normas requiere un cambio de actitud de parte de los participantes en los concursos.

Igualmente, concluyen que existe una creciente necesidad de otorgar el derecho de defensa al deudor concursado cuando se trata de temas relacionados con el NO pago de los gastos de administración.

- En el panel sobre "*La fórmula de pago en función a la recuperación del crédito*", los Doctores HERMES RANGEL CLAVIJO, IGOR ALEXIS PEÑA ZÚÑIGA y CARLOS EDUARDO BORRERO FLORES, nos ilustraron sobre la dinámica para construir una fórmula de acuerdo. La fórmula se construye con generación de caja y con activos no esenciales del negocio. En algunos casos el acreedor puede aceptar convertirse en accionista, pero en la mayor parte de los casos prefieren acciones en circulación y no producto de nuevas emisiones por el tema de la dilución.

En todo plan de pagos hay que tener en claro conceptos como:

- Viabilidad..... Posibilidad de vida a corto y largo plazo.
- Flujo de caja Qué se vende, cómo se vende, cómo le pagan, cuáles son sus inventarios. Cómo va atender a sus proveedores.
- Capital de Trabajo..... El aporte lo debe realizar siempre el accionista, pero en la práctica encontramos que las entidades financieras a veces sobreendeudan a los socios.

- Caja mínima requerida: -nómina; -seguridad social; -arriendos; -servicios públicos; -mantenimiento.
- El plan de pago debe someterse a prueba de stress.

En los procesos liquidatorios también se atiende el crédito, se trata entonces de una nueva forma de extinción de obligaciones, pero la Ley 1116 de 2006 consagra una incongruencia al tener que pasar del proceso de insolvencia al proceso divisorio, porqué no permitir entonces que el acuerdo de adjudicación prevea claramente el manejo de las comunidades de bienes que se conforman por orden del legislador.

- Interesante debate entre los Doctores LUIS FERNANDO ALVARADO y GERMÁN MONROY ALARCÓN, nos ilustró sobre "*La problemática real de las políticas de créditos a empresas en reorganización*". Lo primero que debe resaltarse es que en estos casos siempre hay pérdida de capital de trabajo y dificultades en el flujo de caja, por lo tanto, se requiere de manera apremiante de crédito para que la empresa siga adelante.

De otra parte el sobreendeudamiento de las empresas es una culpa compartida, pues no sólo se puede endilgar a los bancos; los administradores societarios deben manejar bien la empresa, y nunca deben ocultar información, pues las fallas en los estados financieros genera fallas en la confianza en la relación crediticia.

Por su parte desde el punto de vista del banco, quedó claro que para poder entender el asunto y para poder implementar una política crediticia que ayude a los empresarios en crisis económicas, hay que precisar los distintos momentos de la insolvencia: - Apertura del proceso concursal; -Tramitación del proceso concursal; - Celebración y ejecución del acuerdo concursal.

Hay que ver en qué etapa se encuentra el trámite pues la actividad bancaria se encuentra hiperregulada y por órdenes de la Superfinanciera desde la solicitud hasta la apertura, el riesgo de impago es enorme y de allí que la banca no puede financiar. Durante el proceso de reorganización el riesgo es Alto y la orden será provisionar (Circular 026), y ello impacta las futuras utilidades del banco, además debe quedar claro que se provisiona por número de NIT y no por cada uno de los créditos que las sociedades tienen con el banco. En la etapa posconcurzal el tema del financiamiento depende de cada acreedor, pero en general el acreedor duda por la falta de garantías.

Se pueden explorar mecanismos como los bancos de segundo piso, pero aún en estos eventos los riesgos los asume el banco de primer piso, o figuras como el FONDO DE GARANTÍAS.

- Los Doctores JUAN LUIS ESCOBAR ALVAREZ, SUSANA HIDVEGI ARANGO y JOSÉ ANTONIO MOJICA JIMENEZ, tuvieron a su cargo el panel relacionado con “*La continuidad de los contratos en la insolvencia y su relevancia para el acreedor*”. Nos propusieron temas como la necesidad de reglamentación de los contratos virtuales, y resaltaron el esfuerzo que implica mantener la relación contractual con el concursado, de allí que el tema de cuáles serán los contratos que deben continuar debe ser analizado caso por caso por el Juez, sin que el legislador pueda imponer una regla taxativa.

Además la continuidad de los contratos en los escenarios negociales es uno de los elementos más importantes para sustentar la viabilidad de la empresa y en consecuencia poder estudiar la fórmula de arreglo.

- Por su parte los Doctores DIANA RIVERA ANDRADE, DIANA TALERO CASTRO y LUIS HERNANDO GALLO M., debatieron sobre “*La adecuación o no de la actual regulación de los créditos garantizados en la Insolvencia*”. Como siempre la

adecuación de las normas relacionadas con la Ley 1676 de 2013 siempre es motivo de interesantes debates sobre el alcance y coordinación de estas normas con los principios y valores de la insolvencia. Los expositores nos invitaron en primer lugar a no mirar desde la insolvencia el resto del sistema de fuentes y nos actualizaron sobre el estado del arte en este punto y sobre las inquietudes que poco a poco la doctrina de la Superintendencia ha venido elaborando; para concluir que hoy por hoy la Superintendencia de Sociedades está haciendo cumplir la norma, con algunas discusiones sobre la figura de las fiducias en las cuales sus patrimonios autónomos tienen como activos subyacentes, flujos futuros.

- Siguiendo con los debates, fue asignado a los Doctores LUIS GUILLERMO VÉLEZ, DAVID SOTOMONTE MÚJICA y MIQUELINA OLIVIERI MEJÍA, el encargo de abordar cuál es la situación de los derechos de los acreedores en las normas y el procedimiento de intervención por captación. Luego de analizar el tipo de procedimiento de emergencia, expedido frente a una situación particular y concreta para hacer frente a los problemas de orden público que se estaban presentando en el país, se concluye que la norma debe ser reformada y adaptada a la normalidad, evaluando las distintas posibilidades de autoridades competentes y la situación de acreedores que no pueden en todos los casos, ser vistos como coparticipes del fraude.
- El último panel del Congreso, que estuvo a cargo de los doctores ORIETA NIGRINIS LOPEZ, PATRICIA CASTILLO DE BRICEÑO y GUILLERMO LEON RAMIREZ, versó sobre las Primeras aplicaciones y consideraciones del Decreto 991 del 12 de junio de 2.018. en el que expusieron los términos como la Superintendencia de Sociedades desde que esa normatividad entró en vigencia, ha venido implementando las medidas que la misma estableció, como también se puso de presente la visión que el decreto comportará en relación con las responsabilidades de los auxiliares de la justicia,

particularmente en lo relativo a la presentación de informes al juez del concurso para posibilitar una mejor información a los interesados en el Proceso. De igual manera se expusieron algunas ideas en torno a los demás temas de los que se ocupa el Decreto.