

Las garantías mobiliarias en la insolvencia

Presentación preparada por Mónica Rodríguez

Estructura

1. El régimen de las garantías mobiliarias en la insolvencia
2. Las interpretaciones jurisprudenciales
3. Las cuestiones aún sin resolver

I. El régimen de las garantías en la insolvencia

El régimen de las garantías mobiliarias en los procedimientos de insolvencia es diferente según si se trata de procedimientos recuperatorios (A) o de procedimientos liquidatorios (B). Es importante tener muy claro que el principio de universalidad tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, permanece incólume –en teoría– a pesar de la existencia de garantías mobiliarias (art. 2.2.2.4.2.35 Decreto 1835 de 2015).

En el proceso de reorganización, con autorización del juez del concurso, el deudor podrá pagar el monto total de la obligación garantizada cubierto por el bien en garantía y liberarlo (art. 2.2.2.4.2.39 Decreto 1835 de 2015).

A. Las garantías mobiliarias en los procedimientos recuperatorios

Los procedimientos recuperatorios en el régimen de insolvencia colombiano son la reorganización y la validación judicial del acuerdo extrajudicial. Los dos trámites tienen en común que buscan la preservación del deudor a través de la reorganización de sus activos y pasivos. La Ley de garantías mobiliarias y el Decreto 1835 de 2015 se encargaron de establecer el régimen de las garantías mobiliarias en los trámites de insolvencia. En lo que respecta a los procedimientos recuperatorios, las garantías mobiliarias se sujetarán a las reglas que a continuación se exponen.

El régimen fue diseñado sobre una distinción fundamental: los bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica de la empresa y los bienes no necesarios para el desarrollo de tal actividad. La LGM ha dado una definición de lo que ha de entenderse por bienes necesarios en los siguientes términos: “los reportados por el deudor como aquellos sin los cuales la empresa no puede llevar a cabo de manera adecuada y eficiente la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o los necesarios para la prestación de sus servicios”. En efecto, los bienes dados en garantía quedarán sometidos a un régimen diferente durante el trámite de la reorganización, según si tienen la calidad de bienes necesarios o de bienes no necesarios.

En principio, la determinación sobre si los bienes son necesarios o no, corresponde al deudor quien al momento de inicio del procedimiento de reorganización debe clasificar los bienes. Así, la presentación de la solicitud de admisión al trámite de la reorganización implica que el deudor, además de los documentos tradicionales que exige la Ley 1116 de 2006, debe aportar: un inventario de activos y pasivos que debe contener la relación de bienes muebles e inmuebles dados en garantía con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, un avalúo de los bienes dados en garantía que soporte los registros contables, la clasificación de los bienes en necesarios y no necesarios y la información referente a procesos de ejecución, cobro y mecanismos de pago directo que se encuentren en curso contra el deudor.

La LGM dispuso que se correría traslado del inventario pero renvió a los artículos 19 numeral 4º y 29 de la Ley 1116 de 2006. El término de traslado del inventario es de 10 días, pues es el previsto en el artículo 19.4 de la Ley 1116. El término de 5 días previsto en el artículo 29 de la mencionada ley es para los proyectos. Los términos corren parejos luego expira primero el de 5 días y después el de 10 días. Durante ese término los acreedores pueden objetar entre otras cosas: la relación de bienes en garantía del inventario, el valor por el que fueron relacionados, la clasificación asignada como bienes necesarios o no necesarios.

a) El régimen de los bienes no necesarios en los procesos de reorganización

A partir de la iniciación del proceso de reorganización, el acreedor garantizado puede solicitar al juez del concurso la autorización para la iniciación o continuación de la ejecución de las garantías sobre bienes muebles o inmuebles no necesarios para el desarrollo de la actividad económica. El juez del concurso es quien toma la decisión final y lo hace, una vez se encuentre en firme la aprobación del inventarios valorado y la providencia de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto. El juez debe también comunicar al promotor la decisión de ejecución a efectos de que vele porque ésta se realice en el mejor interés del proceso de reorganización, sea que el deudor opte por la enajenación o por la apropiación.

Así, es posible solicitar le ejecución de la garantía sobre bienes no necesarios¹. Ahora bien, con respecto a las ejecuciones que ya se hayan iniciado antes del comienzo de la

¹ Esta autorización de iniciar o continuar la ejecución hace parte del espectro del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Sólo se puede autorizar la ejecución de bienes no necesarios o de bienes que corren riesgo de deterioro o pérdida. En caso de que los bienes objeto de garantía estén sujetos a depreciación, el acreedor garantizado podrá solicitar al promotor y, en su caso, al juez del concurso, que se adopten medidas para proteger su condición de acreedor con garantía real, tales como la sustitución del bien objeto de la garantía por un bien equivalente, la dotación de reservas, o la realización de pagos periódicos para compensar al acreedor por la pérdida de valor del bien.

reorganización², la regla establece que una vez en firme la providencia de calificación y graduación, los acreedores garantizados reconocidos y admitidos en el auto, deberán comunicarle al juez su decisión de ejecutar la garantía o de someterse a los términos del Acuerdo. Si el acreedor decide continuar con la ejecución, podrá solicitar apropiación o enajenación³. En ese caso, el promotor deberá ajustar los votos para excluir aquellos que habían sido asignados al acreedor garantizado que optó por continuar con la enajenación. Si por el contrario, el acreedor decide someterse al Acuerdo (opción que podrá ejercer hasta antes de la celebración del mismo), se entenderá que se suspende el derecho de ejecución⁴, el cual puede reanudarse en caso de incumplimiento del Acuerdo o en caso de que éste no se celebre o confirme.

Es importante recalcar que si el acreedor garantizado solicita la ejecución y el valor del bien no cubre toda la deuda, el acreedor puede comparecer por el saldo para que sea tenido en cuenta en el proceso.

b) El régimen de los bienes necesarios en los procesos de reorganización

Cuando se trate de bienes necesarios, no es posible iniciar ni continuar demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro. En la reorganización se graduarán, calificarán y determinarán los derechos de voto de los acreedores garantizados con bienes necesarios. Los créditos deberán ser relacionados por el promotor reconociendo el valor de la obligación como garantizada e incluyendo los emolumentos previstos en el artículo 7° de la LGM.

En el Acuerdo se reconocerá la obligación garantizada en los términos en los que haya sido pactada en el contrato y de ser el caso, los emolumentos previstos en el artículo 7° de la LGM que se hayan causado durante el trámite y hasta la fecha de la celebración del Acuerdo y hasta el tope del valor del bien, según lo dispuesto en el avalúo.

En caso de que el bien dado en garantía sea un bien necesario o de que no lo sea, pero el acreedor garantizado decida apoyar al deudor y permanecer en el Acuerdo, se abren dos posibilidades una vez confirmado éste. Por un lado, el acreedor garantizado que votó afirmativamente el Acuerdo, al acceder a que se pague conjunta o

² Cuando exista una ejecución previa a la admisión del proceso concursal, si se está ejecutando a otros deudores solidarios, se remitirá copia simple del título base de la ejecución al juez del concurso, junto con una certificación del juez de conocimiento sobre la existencia y estado del proceso.

³ Art. 2.2.2.4.2.36: la solicitud se eleva al juez del concurso y se lleva a cabo ante el mismo juez.

⁴ Por el tiempo que dure la suspensión de la ejecución, el juez del concurso reconocerá al acreedor garantizado los mismos derechos y protecciones establecidos en el artículo 50 de la LGM para los acreedores garantizados sobre bienes necesarios para la operación, para lo cual podrá adoptar las siguientes medidas a solicitud del acreedor: 1) las mismas que en caso de depreciación del bien (sustitución, dotación de reservas, realización de pagos periódicos); 2) el reconocimiento del monto de la obligación garantizada con los intereses inicialmente pactados hasta la fecha de la providencia de reconocimiento de créditos y hasta el tope del valor del bien en garantía.

subordinadamente su crédito con los demás acreedores, puede obtener el beneficio establecido en el inciso 7° del artículo 50 de la LGM, es decir, podrá solicitar que la obligación que no sea garantizada se reconozca como crédito garantizado hasta el tope del valor del bien dado en garantía. El acreedor garantizado que acceda a que se venda el bien en garantía como parte del Acuerdo de reorganización tendrá derecho a que se pague su obligación con el producto de la enajenación, con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del Acuerdo.

Por otro lado, el acreedor garantizado que no votó o votó negativamente el Acuerdo tiene derecho a que se pague inmediatamente su obligación garantizada con preferencia respecto del bien en garantía o con el producto del mismo, para lo cual solicitará al juez del concurso la ejecución. Si el avalúo del bien es mayor al valor de la obligación garantizada, se pagará con preferencia la totalidad de la obligación garantizada. Si el acreedor optó por la apropiación, el saldo será puesto a disposición del juez en un título de depósito judicial a nombre del deudor concursado en el término que establezca el juez. Si el valor del bien no cubre la totalidad de la deuda, el acreedor podrá comparecer por el saldo para que sea tenido en cuenta en el proceso de reorganización salvo que el concursado sólo tenga la calidad de garante. Los acreedores garantizados que no vote o voten negativamente el acuerdo no están sujetos a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1116, es decir, no se les pueden imponer condiciones de pago por decisión de la mayoría que votó positivamente.

En caso de no presentarse el acuerdo de reorganización o de su no confirmación, a la liquidación por adjudicación se aplicará lo dispuesto para la liquidación judicial. El tratamiento de las garantías reales en el proceso de reorganización empresarial también se aplicará en el proceso de validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización.

B. Las garantías mobiliarias en los procesos liquidatorios

Los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía, siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley.

Si el valor del bien dado en garantía no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada, el juez del concurso podrá adjudicar directamente el bien al acreedor garantizado. Si el valor del bien supera el valor de la obligación garantizada, el producto de la enajenación se adjudicará en primera medida al acreedor garantizado y el remanente se aplicará a los demás acreedores en el orden de prelación legal. El acreedor garantizado puede optar por quedarse con el bien en garantía y pagar el saldo al liquidador para que lo aplique al pago de los demás acreedores.

Si lo que opera es la liquidación por adjudicación, al acreedor garantizado se le adjudicará el bien hasta concurrencia del valor de la obligación garantizada y el remanente será adjudicado a los demás acreedores en el orden de prelación legal.

Lo dicho con respecto a las garantías mobiliarias en la liquidación no se aplicará en detrimento de los derechos pensionales.

II. Las interpretaciones jurisprudenciales

Las decisiones de la Delegatura para procedimientos de insolvencia se han encargado de perfeccionar y especificar el régimen de las garantías mobiliarias en la insolvencia, aunque falta un largo camino por recorrer, hasta que se pueda estabilizar el régimen. Incluso, las mismas decisiones del Despacho, en sus inicios dan muestra de posiciones erráticas, en las que el juez hace un esfuerzo por integrar las garantías mobiliarias al concurso.

Ejemplos de las primeras decisiones que se tomaron y que dan cuenta de la dificultad del juez del concurso al interpretar las reglas del régimen de garantías mobiliarias:

Expediente/Fecha decisión	Decisión
Carlos A. Castañeda 8 de abril 2015	<p>Los Bancos Colpatria y Bogotá solicitaron que el crédito se reconociera con los intereses y la preferencia de la LGM. El apoderado del concursado y el promotor alegaron que el régimen de la LGM no aplicaba a inmuebles y que además la solicitud debía darse en el término de las objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto.</p> <p>El Despacho, resolvió “desde una perspectiva procesal” argumentando que la manifestación de los bancos envuelve una solicitud de revisión de la graduación y calificación de créditos, “porque lo que piden es que se les reconozca la condición de acreedores garantizados de que trata la Ley 1676 de 2013, lo que los ubicaría en una situación jurídica sustancialmente distinta a la que quedó aprobada y en firme en una etapa procesal precluida”. (esta decisión del Despacho se adoptó durante la audiencia de confirmación del Acuerdo).</p>
Neuromed 14 de julio 2015	<p>El Despacho reconoció una garantía mobiliaria (sobre un vehículo) a pesar de que en el expediente no constaba constancia del registro, pues la concursada reconocía la existencia de la garantía mobiliaria, luego en opinión del juez del concurso, no existía controversia alguna.</p>

	<p>El Despacho autorizó la ejecución de la garantía manifestando que “si bien el vehículo fue reportado por la concursada como un bien necesario, no aportó pruebas de las que pueda llegar a concluirse que efectivamente el automotor cuenta con un equipamiento especial para el transporte de mercancías quirúrgicas, que le permita cumplir funciones que no pueden ser suplidas por ningún otro vehículo de características similares. De igual manera, no aportó documentos que sirvieran de soporte para constatar que sin el referido vehículo, la empresa va a tener dificultades para desarrollar su actividad económica”. El juez del concurso autorizó entonces la ejecución y ordenó al promotor ajustar los derechos de voto.</p>
<p>Camilo Ernesto Martínez 14 de julio 2015</p>	<p>Se trataba de la solicitud de ejecución de un inmueble, el cual, por lo demás, era la vivienda de la persona natural en insolvencia. El deudor, controlante de una S.A.S. en reorganización, esgrimió como defensa que el artículo 50 de la LGM regula las garantías constituidas por empresas o comerciantes y el régimen aplica exclusivamente a sociedades o a comerciantes pero no a personas naturales.</p> <p>El Despacho se pronunció sobre la oportunidad de la solicitud de ejecución de garantía mobiliaria e indicó que la solicitud se entiende oportunamente presentada desde el inicio de la reorganización hasta la providencia de calificación y graduación de créditos.</p> <p>El Despacho rechazó la solicitud de ejecución de la garantía mobiliaria en los siguientes términos: “[e]n el caso que nos ocupa, el concursado es una persona natural no comerciante que se sometió al proceso de insolvencia por la competencia excepcional del artículo 532 del CGP, dada su calidad de deudor solidario de una empresa que tramita proceso de reorganización bajo la Ley 1116. No obstante, ello no implica que a éste se le extienda la calidad de empresario con una actividad generadora de riqueza, y tampoco que al mismo se le pueda predicar que desarrolla el mismo objeto social de la empresa de la cual es solidario. Por tanto, el primer supuesto de desarrollar una actividad económica no se cumple en el caso del deudor Camilo Martínez Pinilla. El segundo supuesto de si el bien es o no necesario para el desarrollo de la</p>

	<p>actividad económica por sustracción de materia tampoco se puede dar. En conclusión, se tiene que el acreedor garantizado no probó que su solicitud de ejecución se encuentra dentro de los supuestos de la norma en la medida que no acreditó que el deudor ejerza actividad económica determinada y que el bien objeto de garantía no sea indispensable para el desarrollo de la misma”.</p>
<p>Euromotors 15 de octubre 2015</p>	<p>Varios acreedores solicitaron la ejecución de las garantías mobiliarias. El Despacho manifestó que “sólo los acreedores reconocidos en la providencia de calificación pueden solicitar la ejecución de su garantía”. Esa condición se encontraba cumplida, así como la condición de que los bienes fueran declarados no necesarios. El Despacho autorizó entonces la ejecución de las garantías hipotecarias sobre los bienes inmuebles mediante el mecanismo de pago directo o dación en pago, en los términos de las conciliaciones celebradas.</p> <p>El Despacho ordenó al promotor recomponer los votos, teniendo en cuenta las ejecuciones autorizadas.</p>
<p>Manuel Orlando Garzón Robayo 18 de diciembre 2015</p>	<p>En esta decisión se permitió la aplicación del régimen de ejecución de garantías mobiliarias a las personas naturales no comerciantes.</p>

En realidad, como se puede observar, las decisiones proferidas por el Despacho durante el 2015 dan muestra de una dificultad por parte del juez concursal para integrar el régimen de las garantías mobiliarias a la insolvencia. A principios de 2016, el Despacho profirió una decisión en el expediente Daniel Arenas, a partir de la cual, se han venido organizando los fallos, de suerte que se ha empezado a decantar la posición jurisprudencial.

Expediente/Fecha decisión	Decisión
<p>Daniel Fernando Arenas 18 de febrero 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La calificación de acreedor garantizado no coincide con la calificación de acreedor concursal con garantía inmobiliaria. - La LGM recalificó el negocio jurídico de prenda y los contornos fueron ampliados significativamente. - Lo que se concluyó sobre la prenda no es extrapolable a la hipoteca. - Las garantías sobre bienes muebles preexistentes tienen un régimen de transición: las normas sobre prelación se aplican en todos los casos y las normas sobre ejecución se aplican si hubo registro entre 21

	<p>de feb y 21 de agosto de 2014 (restroespectividad condicionada)⁵.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las garantías sobre bienes inmuebles no tienen régimen de transición, luego se les aplica el principio de irretroactividad. - Unificó posición: la naturaleza del garante no es un criterio para modificar el ámbito de aplicación personal de la LGM. - El deudor puede reportar los bienes dados en garantía como necesarios, pero la calificación en últimas compete al juez.
<p>Promotora Inmobiliaria Tu Casa 9 de marzo 2016 Decisión confirmada el 8 de junio 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso de liquidación judicial. Se autorizó la exclusión de bienes inmuebles de la sociedad en aplicación del artículo 52 de la LGM. En audiencia se requirió al acreedor garantizado para que manifestara si quería apropiación o venta de los bienes. - El 7 de enero de 2016, el juez ordenó la transferencia de los bienes excluidos al acreedor hipotecario previa constitución de un título de depósito judicial correspondiente a la diferencia entre el valor de los bienes y la obligación garantizada. - El 13 de enero, el ex-representante legal interpuso recurso con el argumento de que no es procedente ejecutar la exclusión porque está en trámite una solicitud de validación de acuerdo extrajudicial de reorganización. Para el juez del concurso ese argumento no fue de recibo. - El juez revocó de oficio el auto que ordenó “transferir el dominio de los inmuebles” argumentando que esa orden no supuso consolidación de una situación jurídica en cabeza del Banco Colpatria. No hubo derecho adquirido.
<p>Panthers Machinery 17 de marzo 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El dinero es el arquetipo de bien necesario. El juez del concurso no puede privar al deudor de la posibilidad de utilizar ese dinero con la finalidad de reorganizarse. - Lo anterior no quiere decir que el acreedor garantizado pierda las prerrogativas que son suyas en virtud de la ley de garantías mobiliarias.

⁵ Tomar en consideración que la decisión de Daniel Arenas dice que la ventana de oportunidad va hasta el 21 de agosto de 2014, pero eso fue un error del Despacho porque el Decreto dice específicamente que va hasta el 20 de agosto de 2014 (art. 2.2.2.4.4.1).

	<p>Simplemente, quiere decir que el deudor en concurso puede disponer de los bienes necesarios con el fin de lograr su recuperación, pero dejando a salvo la posición del acreedor garantizado, quien tiene unos privilegios concursales que se manifiestan, en últimas, en la posibilidad de pedir el pago preferente de su crédito, una vez confirmado el acuerdo de reorganización.</p>
<p>Inverpacífico S.A. 22 de abril 2016</p> <p>Precedente citado en Petrocosta 1 de septiembre 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Las garantías mobiliarias están sometidas a un régimen que consagra una multiplicidad de beneficios para el acreedor garantizado cuando el deudor esté en situación de concurso. Entre ellos, la posibilidad de solicitar autorización para iniciar o continuar la ejecución de los bienes no necesarios antes de la confirmación del Acuerdo mediante la enajenación o apropiación; o si se trata de bienes necesarios, la posibilidad de que sus créditos sean relacionados reconociendo el valor de la obligación como garantizada e incluyendo los emolumentos previstos en el artículo 7 de la LGM, el cual menciona los intereses. - Pero, puesto que las hipotecas no son garantías mobiliarias, no se puede concluir que los acreedores en cuyo favor se constituyeron puedan acceder al régimen de las garantías mobiliarias de forma automática. - ¿Cuáles son las hipótesis en las que un acreedor hipotecario podría beneficiarse del régimen de las garantías mobiliarias? La única respuesta posible es cuando medie la voluntad expresa de las partes. Las partes en el negocio jurídico de hipoteca deben hacer una mención expresa que permita aplicar el régimen de la Ley 1676 de 2013 a las garantías hipotecarias. - Si las partes quieren someter su hipoteca al régimen de la LGM, así lo deben expresar sin ambigüedad alguna, pues sólo de esa manera podrá el juez del concurso someter un negocio jurídico (en este caso de hipoteca) a un régimen jurídico diferente al que su calificación indica.
<p>Pacific 9 de junio 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El juez del concurso decretó de oficio una medida cautelar, la cual es inscrita en el registro de Confecámaras como una garantía mobiliaria.

	<ul style="list-style-type: none"> - “En este contexto, esta Delegatura estima que, como medio para asegurar la protección de los derechos de los acreedores, es necesario decretar de oficio una medida consistente dotar de naturaleza de cautela judicial el plan de pagos proyectado y aportado por las propias sucursales del Grupo Pacific, y en ese sentido ordenar que quedan afectas las disponibilidades de caja, bien sea generadas por la operación de las sucursales o por los recursos provenientes del DIP que se obtendrá a través del acuerdo de restructuración, al pago de los acreedores de que tratan los rubros “pagos a proveedores en operaciones de propiedad total”, “impuestos” y “nómina” en el flujo de caja presentado por el monitor en radicado 2016-01-307897 de 3 de junio de 2016”.
<p>China Automotriz S.A. 12 de julio 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El Despacho se pronunció sobre la posibilidad que debe tener el deudor de disponer de los bienes necesarios que fueron entregados en garantía mobiliaria. - El juez del concurso no tiene facultades para privar a los acreedores de la garantía a la que tienen derecho. - Si el juez autoriza al deudor a disponer de los bienes necesarios, podría implicar que el acreedor vea afectada la eficacia de su garantía. - En este caso, los bienes objeto de garantía mobiliaria son sin duda necesarios, no solamente porque el deudor así lo reportó, sino especialmente porque es a través de ellos que éste ejerce su objeto social. - No se sugirió que en todos los casos el juicio relativo a la necesidad del bien deba reconducirse al terreno del objeto social, pero sin duda es un criterio pertinente para determinar dicha calidad.
<p>Ekko 22 de agosto 2016</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Cuando se trata de un depósito de dinero en garantía, figura prevista en el artículo 1173 del Cód. de Co. y sólo si el depositario es el mismo acreedor, no se aplica la LGM (art. 4º) - El juez del concurso también adujo como motivo para rechazar la aplicación del régimen de garantías mobiliarias que el contrato se celebró antes de la entrada en vigencia de la LGM pero no se registró en la ventana preclusiva de oportunidad.

III. Las cuestiones aún sin resolver

- ¿Hasta cuándo puede el deudor reportar los bienes como necesarios? (oportunidad)
- ¿Qué significa que un bien sea necesario?, ¿Qué criterios existen para llevar a cabo el juicio de necesidad?
- ¿Qué reglas procesales se aplican a la contradicción del inventario valorado? ¿se pueden solicitar pruebas diferentes a la prueba documental?, ¿se debe tramitar como incidente?
- ¿Cómo se prueba la calidad de acreedor garantizado? Recordar que el contrato de garantía debe otorgarse por escrito y tiene un contenido mínimo.