

2-3	Jaime Salazar Herrera Presidente ICDC	NOTA EDITORIAL
		VOLVER AL FUTURO: EL CARÁCTER RELACIONAL DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS DESPUÉS DE LA LEY 1676 DE 2013
4-7	Por: Luis Guillermo Vélez Cabrera	
		LA IMPOSICIÓN DEL ACUERDO POR VOTO DE LOS INTERNOS O CRAM UP COLOMBIANO
8-12	Por: Guillermo León Ramírez Torres	
		LEY MODELO CNUDMI: ASÍ EMPEZÓ TODO
13-16	Por: José Nicolás Mora Alvarado	
		APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS
17-20	Por: Juan José Rodríguez Espitia	
		LAS VENTAS DE EMERGENCIA EN EL PROCESO DE INSOLVENCIA
21-23	Por: Sussana Hidvegui Arango	
		REFLEXIONES EN TORNO A LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL EN COLOMBIA
24-26	Por: David Ricardo Sotomonte Mujica	
		SOCIALES
27		

# REVISTA ACTUALIDAD CONCURSAL

## CONSEJO DIRECTIVO



**JAIME SALAZAR HERRERA**

PRESIDENTE

**MIQUELINA OLIVIERI MEJÍA**

VICE-PRESIDENTA

**MARTHA RUTH ARDILA HERRERA**

SECRETARIA

**FERNANDO ACEVEDO ARANGO**

TESORERO

**CLAUDIA CELMIRA QUINTERO TABARES**

VOCAL

**OBDULIO MUÑOZ RAMOS**

VOCAL

**ANTONIO CASTILLO BECERRA**

VOCAL

**ELIANA MONTOYA ACHURY**

EDITORA

**ALVARO ORTIZ QUIROZ**

DISEÑO

**AVIZTAR CREATIVE SOLUTIONS**

AGENCIA DE PUBLICIDAD

[www.derechoconcursal.org](http://www.derechoconcursal.org)

**REVISTA ACTUALIDAD CONCURSAL  
CAPÍTULO COLOMBIANO**

Año 2, número 2

Fecha de publicación 02 - 2020

Revista editada y publicada por

El Instituto Colombiano de Derecho Concursal

**Calle 95 # 15 -33 / OFICINA 602 / 57(1) 6232490**

Los textos publicados son propiedad intelectual de la revista.

Se prohíbe la utilización de los textos en sitios *web* o la copia

y reproducción total o parcial de la revista.

Todos los derechos reservados

CÓDIGO ISSN 2665-6604

## NOTA EDITORIAL

Materializando una vez más el propósito de difusión del derecho concursal y tratando de institucionalizar un vehículo adecuado para ello, como es una publicación periódica, se complace el Instituto Colombiano de Derecho Concursal (ICDC) en presentar a la comunidad académica y profesional, este segundo número de su revista "Actualidad Concursal", en la que, como en la primera ocasión, algunos de sus miembros entregan y comparten sus reflexiones sobre diversos temas que, sin duda, suscitarán el interés de quienes se entrecruzan permanentemente con el entorno del derecho concursal.

No puede desconocerse que esta particular área del derecho ha venido convocando un mayor número de personas que por virtud de sus ocupaciones profesionales o simplemente, en razón a sus inquietudes académicas, se han vinculado o relacionado con el régimen concursal, que en un sentido laxo, resulta comprensivo tanto del régimen de insolvencia propio del sector empresarial, como el de la persona natural no comerciante o incluso, el denominado régimen de intervención administrativa.

A ello se suma que nuestra normatividad concursal y con ella nuestra jurisprudencia, no son realidades estáticas, sino por el contrario, evolucionan permanentemente. Desde aquel único estatuto normativo de 1.971 que entonces una incipiente autoridad concursal de naturaleza y con funciones eminentemente administrativas, empezó a conocer, desentrañar y aplicar, llegamos hoy día a estatutos normativos diversos, según los sujetos destinatarios de los mismos, y a la utilización de la potestad reglamentaria que la Norma Suprema atribuye al Presidente de la República, como instrumento eficaz para complementar la regulación principal o básica,

---

con lo cual el conjunto normativo resulta más extenso y a veces complejo. Adicionalmente, está la evolución jurisprudencial, principalmente la emitida por esa misma autoridad inicial, pero hoy en día, ya en ejercicio indiscutible de funciones jurisdiccionales, que implican que cada vez más, se vaya incrementado y enriqueciendo el acervo concursal colombiano.

Esa evolución se explica a su vez por el mayor número de sujetos que se vienen acogiendo a este régimen. Ello se ve principalmente en el de insolvencia, donde el crecimiento de empresas que se ven abocadas al mecanismo de protección que desarrolla la Ley 1116 de 2.006, ya ha llegado a sobrepasar las cargas para las que en su momento, fue estructurada nuestra autoridad, la que se ha visto precisada a su vez a adoptar diversas medidas con miras a minimizar el efecto natural que esta realidad puede tener en la eficacia de la función. No se puede desfallecer en la búsqueda de alternativas que contribuyan a que el instrumento de protección tanto de deudores como de acreedores que constituye el régimen legal de insolvencia, sea ciertamente un vehículo efectivo que contribuya a canalizar la solución a las crisis que en algún momento puede ocurrir en la realización de una actividad económica.

Y ese es un propósito que debemos tener no solo la autoridad que por sus funciones e iniciativas lidera la actividad concursal en Colombia, sino todos quienes de una u otra forma intervenimos en ésta. Como lo indicaban algunas voces en nuestro pasado Congreso Colombiano de Derecho Concursal, la intervención oportuna, razonable y sensata de quienes acudimos a esa autoridad, iniciando con la misma solicitud con la que pretendamos la apertura del proceso de insolvencia en cualquiera de sus modalidades, sin duda contribuiría a un menor esfuerzo de tiempo y recursos humanos por parte de esa autoridad y con ello, a una mayor disponibilidad para el desarrollo más pronto de los distintos procesos.

Pero aquel crecimiento, desde una perspectiva positiva, ha llevado también a un mayor número de profesionales, académicos y claro está, empresarios interesados en el conocimiento y

entendimiento de ese acervo concursal. Por ello, el interés del ICDC por propiciar espacios y medios que posibiliten un mejor conocimiento y práctica, y esta revista, con su circulación periódica, precisamente busca posibilitar de manera constante ese conocimiento sobre los puntos que van resultando trascendentales o controversiales, o sencillamente, de actualidad.

Como punto final de esta nota editorial, expreso mi gratitud a los Miembros que para este número contribuyeron con sus generosos aportes e interesantes reflexiones, las que esperamos, los lectores disfruten y puedan referenciar en el avance o recorrido en sus actividades profesionales o académicas. El esfuerzo por consolidar esta revista seguirá y esperamos que tal propósito, se alcance muy pronto.

**Jaime Salazar Herrera**  
Presidente ICDC

---





## Volver al futuro: el carácter relacional de la prelación de créditos después de la Ley 1676 de 2013<sup>1</sup>

Por: Luis Guillermo Veléz Cabrera

Uno de los mayores retos conceptuales del sistema de protección de crédito diseñado por Andrés Bello a mediados del siglo antepasado fue compaginar, en el marco del concurso de acreedores, los derechos reales de garantía –como la prenda y la

hipoteca–, con los créditos con preferencia legal, –como los laborales–. La solución ofrecida por Bello para conservar los atributos de los derechos reales en el concurso fue darles a los créditos de primera clase un privilegio relacional y no absoluto.

Sin embargo, la erosión de los derechos de los acreedores con garantías reales en el concurso de acreedores colombiano, que comenzó con la accidentada reforma concordataria de 1989 y se aceleró con las leyes 222 de 1995 y 550 de 1999 y la Constitución de 1991, que fijó unos parámetros de protección reforzada a los menores de edad y a los trabajadores, distorcionaron el cuidadoso equilibrio logrado por Bello en su Código Civil.

Durante muchos años se entendió que los créditos de alimentos de los menores de edad y aquellos derivados del contrato de trabajo primaban de manera absoluta sobre todos los demás. Este entendimiento consolidó la degradación de los derechos de los acreedores con garantía real en el concurso de acreedores y redujo la disponibilidad de crédito.

Ahora, bajo el esquema de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676, es posible que en los escenarios de reorganización y liquidación, el acreedor garantizado se pague primero que un crédito con privilegio constitucional. Esta posibilidad revive el dilema entre la primacía de los derechos reales y los créditos privilegiados, que había afrontado Bello en la redacción de su código, y parecía antitética con la jurisprudencia constitucional vigente. ¿Cómo solucionarlo? ¿Declarando la inexequibilidad de los artículos 50, 51, 52 de la Ley 1676?, ¿Aceptando la primacía de los créditos con garantía real? ¿Declarandose inhibida para decidir? El 5 de diciembre de 2018 en la sentencia C-145 de 2018, la Corte Constitucional dio su respuesta; si don Andrés Bello hubiera estado vivo, hubiera quedado muy satisfecho.

<sup>1</sup> Este artículo resume, transcribe y presenta apartes de la argumentación contenida en el artículo inédito "La vida, muerte y resurrección de las garantías reales en el procedimiento concursal colombiano" del mismo autor.

# 1

## El acreedor con garantía real en el concurso de acreedores después de la Ley 1676

La ley de garantías mobiliarias ha sido descrita “como una suerte de revolución copernicana” que “unifica, ordena, prioriza, sistematiza y cohesiona todo el derecho patrimonial colombiano”. Con esta ley, el país cuenta con “garantías dinámicas, vivas, ágiles, pero eficientes, eficaces tanto ante el incumplimiento y la insolvencia de cara a su ejecutabilidad, aprehensión y apropiación fiduciaria”<sup>2</sup>.

La Ley 1676 de 2013 es una de las reformas legales más trascendentales del derecho privado colombiano en los últimos tiempos. Entre otras, porque extiende su alcance a la clave de bóveda del sistema de protección crédito que “se encuentra en la articulación del sistema individual de tutela del crédito, basado [...] en la ejecución de las garantías reales, y el sistema de tutela colectiva del crédito, que se articula a través de los procedimientos de insolvencia empresarial”<sup>3</sup>.

Los artículos 50, 51 y 52 en la Ley 1676 modifican el tratamiento de las garantías reales en el concurso de acreedores vigente en Colombia desde 1989 y lo reconducen hacia las mejores prácticas internacionales en esta materia. Lo hacen restaurando, en el marco concursal y en cabeza del acreedor garantizado, el *ius distrahendi* y el *ius preferendi*, que son los atributos esenciales del derecho real de garantía.

El artículo 50 de la Ley 1676, que hace referencia a las garantías reales en el proceso de reorganización, ratifica los principios de universalidad subjetiva y objetiva en el concurso de acreedores, al establecer que a partir del inicio del proceso “no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor sobre bienes muebles o inmuebles” que formen parte del patrimonio. Esto, a su vez, es ratificado por el Decreto 1835 de 2015, art. 2.2.2.4.2.35., que reglamenta la Ley

1676, donde se dispone que “la totalidad de los bienes del deudor sean o no bienes en garantía, así como la totalidad de sus acreedores, quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación (...)”. Lo anterior significa que el acreedor garantizado, al igual que todos los acreedores del deudor insolvente, está obligado a someterse al concurso como única vía procesal para hacer valer su crédito y el correspondiente derecho real del cual es titular.

Sin embargo, a diferencia del sistema anterior, el acreedor garantizado no ve diluido su derecho real porque conserva la vocación de pagarse con el bien dado en garantía. Si se trata de un bien no necesario para la actividad económica del deudor el acreedor garantizado puede solicitarle al juez del concurso, una vez graduados y calificados los créditos, la enajenación o apropiación del bien objeto de la garantía<sup>4</sup> o puede participar en la negociación del acuerdo, caso en el cual, si acepta las condiciones, queda sometido a sus efectos, y si no las acepta, no queda vinculado por el mismo y podrá continuar con la ejecución.

Por otro lado, si los bienes se consideran necesarios para la operación de la empresa el acreedor garantizado no tiene la opción de ejercer el derecho real sobre el bien de manera anticipada, sino que debe continuar en el proceso de reorganización hasta la celebración del acuerdo<sup>5</sup>. Si lo vota afirmativamente, queda atado a sus efectos, aunque podrá establecerse un pago preferencial a su crédito en compensación por la suspensión de su derecho real sobre el bien. Si lo vota negativamente o no vota, reactiva su derecho a perseguir el bien y a obtener el pago de la obligación con la adjudicación o enajenación del mismo.

En el procedimiento de liquidación judicial, al igual que en el caso anterior, también se conservan los derechos reales del acreedor garantizado. De conformidad con el artículo 52 de la Ley 1676 el bien dado en garantía se entiende excluido de la masa a liquidar y el acreedor garantizado, con el fin de realizar el pago de la obligación a su favor, puede solicitar al juez del concurso que lo enajene o que se lo entregue como parte de pago,

<sup>2</sup> Veiga Campo, Abel. Garantías Mobiliarias: Ley 1676 de 2013, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda-Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2017. Contraportada.

<sup>3</sup> Banco Mundial, Informe sobre Derecho del Crédito e Insolvencia (ICR ROSC) para Colombia. 2013, p.3.

<sup>4</sup> Ver artículo 2.2.2.4.2.36, D.1835/15

<sup>5</sup> Ver artículo 2.2.2.4.2.37, D.1835/15



mediante apropiación. Dicha exclusión del bien dado en garantía se verifica con posterioridad a la calificación y graduación de créditos y dependerá del valor de bien, con relación al saldo de la obligación, para establecer en que términos se daría la apropiación o la enajenación<sup>6</sup>.

La ley de garantías mobiliarias, como las ideas de Copérnico en su momento, cambió radicalmente la forma como se entendía el derecho patrimonial en Colombia. Y esto no agradaba a muchos.

## 2

### La sentencia C-145/18 y el carácter relacional de la prelación de créditos

En agosto de 2017 se demandó el artículo 50 de la Ley 1676 que donde se fijaba el tratamiento de las garantías reales en el proceso de reorganización. El actor argumentó que la norma alteraba la prelación legal de créditos de manera contraria a la constitución porque le permitía al acreedor garantizado pagarse con preferencia de acreedores constitucionalmente protegidos, como los menores de edad y los trabajadores. Así mismo, consideraba que la norma atentaba contra el principio de igualdad, porque colocaba a los acreedores con garantía en una situación procesal diferente a los demás actores del concurso, y, también, consideraba que la norma violaba al principio de prevalencia del interés general, la función social de la empresa y el principio de unidad de materia legislativa.

En la comunidad del derecho concursal se daba ampliamente por sentado que el artículo demandado sería declarado inconstitucional, lo cual se reflejaba en los *amicus curiae* radicados en el alto tribunal<sup>7</sup>.

La decisión de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-145/18 marca un antes y un después en materia de

derecho concursal en Colombia. En 12 de las 14 páginas que fundamentan la sentencia C-145/18, la Corte concluye, en una primera interpretación, que los artículos 50 y 51 de la Ley 1676 son inconstitucionales “pues hacen prevalecer los derechos de los acreedores con garantía [real] sobre los derechos de los niños y los trabajadores, pese a que ambos tienen explícito respaldo constitucional y no pueden ser desplazados”<sup>8</sup>. Sin embargo, en la última página y media, la Corte recoge todo lo que ha dicho en las doce páginas anteriores –y en los últimos 20 años de jurisprudencia– y propone una segunda interpretación.

Considera la Corte que es posible una interpretación constitucional a los artículos demandados si se abandona el entendimiento de la prelación crediticia como una regla absoluta y se asume que el alcance de la misma es relacional o relativo. En palabras de la Corte “conforme a esta segunda opción interpretativa, la citada regla civil [art.2495 C.C.] no resulta excepcionada por las normas acusadas sino que tiene aplicación en el contexto en que ellas operan, respecto del trámite de reorganización”<sup>9</sup>.

Al darle un tratamiento relacional a la prelación de créditos, es decir a la posibilidad de que en determinadas circunstancias la ley posibilite el pago de créditos de una clase inferior sobre el pago de créditos con protección constitucional, la Corte valida no tanto la exequibilidad de los artículos 50 y 51 de la Ley 1676, sino la constitucionalidad del sistema concursal diseñado por don Andrés Bello. En efecto, las causas de preferencia establecidas en el Código Civil nunca se pretendieron como absolutas, sino que siempre tuvieron un alcance relacional, como queda claro de la lectura de los artículos 2498 y 2500 del Código Civil.

La relativización de la prelación crediticia en los términos de los artículos anteriores<sup>10</sup> es necesaria si se le quiere dar consistencia al derecho real de garantía que se establece a lo largo y ancho del

<sup>6</sup> Si el valor del bien supera el valor de la obligación garantizada, el producto de la enajenación se adjudicará primero al acreedor garantizado y el remanente se les entregará a los demás acreedores en el orden de prelación. El acreedor garantizado también podrá optar quedarse con el bien en garantía y devolverle el excedente al liquidador para que este lo entregue a los demás acreedores. Art. 52, Ley 1676 de 2013.

<sup>7</sup> Los escritos de las universidades Nacional, Externado, Libre, Andes, Pedagógica y Tecnológica de Colombia y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia consideraban que la norma era inconstitucional y, en consecuencia, pedían su inexecutableidad.

<sup>8</sup> C. Const. Sent. C-145, dic.5/2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Si bien la sentencia C-145/18 no hace referencia explícita al artículo 2500 del Código Civil, considerando que los artículos 50 y 51 se extienden a todas las garantías reales en el concurso de acreedores, que incluyen las mobiliarias y las hipotecarias, se debe entender que el condicionamiento planteado se extiende al tratamiento concursal de ambos tipos de gravamen. Lo relevante en este caso no es la referencia a uno u otro artículo del Código Civil sino la ratio decidendi de la sentencia donde se fija la lógica relacional del condicionamiento.

Código Civil. Disolver el derecho real de garantía en el marco concursal, como lo hizo el Decreto 350 de 1989, desbarata el rompecabezas armado por Bello. Sin la posibilidad de invocar en el marco concursal –que es cuando más se necesitan–, los atributos de enajenación y preferencia (*ius distrahendi y preferendi*), el derecho real de garantía pierde su sentido.

La sentencia C-145/18, al integrar la interpretación de los artículos demandados en las normas sobre prelación de créditos, restablece el derecho real de garantía en los términos originales del Código Civil. En otras palabras, restaura la solución conceptual al problema del derecho real vs. crédito privilegiado que Bello había dispuesto en su obra. Esto permite un balance apropiado entre los créditos constitucionalmente protegidos<sup>11</sup> y la necesidad de establecer políticas públicas que incentiven el acceso al crédito.

Así las cosas, una vez graduados y calificados los créditos alimentarios y laborales, y establecido el inventario valorado del deudor, lo cual se hace en las primeras etapas del proceso de reorganización, es posible determinar si habrá o no bienes suficientes en cabeza del deudor para atender los créditos constitucionalmente protegidos. En caso de serlo<sup>12</sup>, el acreedor con garantía mobiliaria o hipotecaria podrán invocar su derecho al pago preferente con el bien o con lo producido por la venta del mismo y solicitarle al juez del concurso que en la etapa pertinente del proceso ordene, previa valoración, la enajenación del bien o la adjudicación del mismo al acreedor garantizado. Un trámite parecido se surte en el caso del proceso de liquidación.

acreedores garantizados se paguen primero que cualquier otro acreedor la Corte esta reconociendo que la prelación de créditos no tiene un carácter absoluto sino relacional. Esta relativización de la prelación de créditos se materializa mediante una evaluación previa de la suficiencia material para el pago del crédito privilegiado y, una vez hecha dicha evaluación, se puede autorizar el pago anticipado y completo a un acreedor con garantía real, quien conserva la potestad de pagarse con el bien dado en garantía.

Con esta decisión la Corte se aleja de los cantos de sirena del populismo y reencuaderna el sistema de protección de crédito diseñado por Bello, donde el maestro había balanceado con finura de relojero los derechos de los acreedores que merecían protección legal y aquellos que habían obtenido la preferencia de su crédito por la vía contractual.

### 3 Conclusión

Al aceptar que el legislador, en determinadas circunstancias, puede autorizar que los

<sup>11</sup> Ibid. p. 29-31. Los créditos constitucionalmente protegidos son dos y solo dos: los créditos alimentarios de los menores de edad y los créditos derivados del contrato de trabajo. Quedan por lo tanto por fuera del alcance relacional los créditos del fisco y de las municipalidades por impuestos.

<sup>12</sup> Lo anterior abre un interesante debate sobre la suficiencia o no de bienes en cabeza del deudor en el proceso de reorganización. En teoría, por tratarse de un proceso de acoplamiento de flujos de caja, la suficiencia o no del patrimonio del deudor, a diferencia del proceso liquidatorio, resulta irrelevante para el éxito del proceso. En el proceso de reorganización, los créditos constitucionalmente protegidos, por lo tanto, no se pagarán con el producto de la enajenación de bienes del deudor sino con el flujo de caja de la empresa en marcha. Esto hace que, de confirmarse un acuerdo, siempre habrá, por lo menos teóricamente, suficientes flujos para honrar las obligaciones con preferencia constitucional.



**Por: Guillermo León Ramírez Torres**

Uno de los aspectos que más llama la atención a los académicos extranjeros sobre el régimen de insolvencia colombiano es el diseño de su sistema de mayorías para aprobación del acuerdo, especialmente frente a la existencia de acreedores internos y el poder político que detentan dentro del proceso.

Este asunto ha venido siendo cuestionado desde que la actual ley 1116 de 2006 era el proyecto de ley 207/05 del Senado conforme las recomendaciones del Banco Mundial en su reporte de mayo de 2006 (Rouillon, 2006) y es catalogada como “particular” cada vez que es objeto de comentarios en foros académicos como en la intervención del Profesor Juan Luis Goldenberg en el XII Congreso de Colombiano de Derecho Concursal.

La doctrina nacional ha sido relativamente unánime en defender esta particularidad del régimen colombiano considerando que la misma ha sido útil para combatir el llamado “derecho de veto” del deudor en los trámites de insolvencia anteriores a

## La imposición del acuerdo por voto de los internos o *Cram up* colombiano

la ley 550 de 1999 y ha facilitado la celebración de acuerdos recuperatorios.

Lo que constituye una novedad en este debate son algunos comentarios con ocasión de la Directiva 2016/359/UE sobre marcos de reestructuración (“La Directiva”), según los cuales la tendencia en Europa es reconocer derechos de votos a los accionistas para la adopción de planes de reestructuración.

Sostener que La Directiva promueve un sistema de mayorías similar al colombiano no solo es equivocado, en tanto desconoce que la finalidad de dichas disposiciones es armonizar las disyuntivas entre derecho corporativo (Pulgar Ezquerro, 2017), sino que también es peligroso por pretender legitimar una institución exclusivamente local bajo una tendencia internacional con la que no tiene ninguna similitud.

En nuestro concepto esa posición se desprende de un desconocimiento de la problemática que enfrenta el derecho europeo por la falta de armonización entre el derecho corporativo y el concursal, las raíces anglosajonas en las cuales se inspira La Directiva y la lectura aislada del artículo 12 sin tener en cuenta las recomendaciones del artículo 11.

En este texto pretendemos abordar someramente las enormes diferencias entre la recomendación de La Directiva y el sistema de mayorías del régimen colombiano y reiterar algunas de las críticas al mismo.



# 1

## La problemática europea entre el derecho concursal y el derecho corporativo.

Un asunto que es constantemente debatido en el derecho concursal europeo es la interrelación con el derecho corporativo, en tanto una de las fórmulas de pago más usuales incluye la capitalización de créditos como mecanismo para atender el pasivo sometido al concurso (Schmidt, 2019).

Bajo esas circunstancias existía una permanente preocupación de que una vez alcanzado un acuerdo con los acreedores, el mismo resulte frustrado por la renuencia de los accionistas a adoptar las decisiones al interior del órgano corporativo correspondiente que permita la reestructuración de la deudora, pues las prerrogativas reconocidas a las accionistas contenidas en la Directiva 2012/30/UE no contemplaban excepciones para los escenarios concursales<sup>1</sup>.

En este escenario los accionistas, conscientes que el acuerdo aprobado por los acreedores afectaría sus derechos, se rehusaban a adoptar las decisiones necesarias para su implementación como mecanismo para presionar unos términos que les fueran favorables. Por lo anterior el derecho europeo identificó como una necesidad encontrar una alternativa que permitiera imponer la mayoría de acreedores, no solo a aquellos acreedores en *hold out*, sino también a los accionistas que se rehusaban a adoptar las decisiones necesarias para la implementación del acuerdo (Thery Martí, 2019).

Como solución a ese problema, La Directiva dispuso en su artículo 12 una carga a los estados miembros de cerciorarse que los accionistas o tenedores de participaciones sobre un deudor concursado no puedan impedir injustificadamente la adopción del plan de reestructuración. Para lo anterior, se autorizó a los estados miembros prever en sus estatutos concursales que los accionistas conformen una categoría distinta para la votación de los acuerdos de reestructuración.

Bajo esta propuesta, la Comisión Europea

consideró que se mantenía un balance adecuado entre los derechos de los acreedores para no exponerse al *hold out* de los accionistas, y de estos últimos para participar en las deliberaciones del acuerdo de reestructuración en cuanto afectaba sus derechos y bajo los términos que señala el artículo 11 de La Directiva sobre la cual nos referiremos más adelante.

Las recomendaciones de La Directiva tienen mucho más en común con las instituciones americanas conocidas como *cram down* y *cram up* sobre las cuales nos referiremos a continuación.

# 2

## Cram down y *cram up* en el derecho americano.

El *cram down* americano es una de las figuras más conocidas en el derecho concursal comparado. Sin embargo, el mismo es solo uno de los extremos del sistema de mayorías en el que se soporta el mecanismo recuperatorio del sistema americano. En el otro extremo, se encuentra la figura del *cram up* la cual permite que el acuerdo sea impuesto por los acreedores de menor prelación a los de mayor bajo ciertos supuestos. Esta última figura es menos conocida aunque recobró importancia práctica en algunos procesos de reorganización posteriores a la gran crisis de 2008 (Murphy, 2011).

El sistema de mayorías de *cram up* y *cram down* funciona alrededor de dos conceptos: i. La regla de prioridad absoluta (*Absolute Priority Rule*); y ii. La clase de cierre (*fulcrum class*).

La regla de prioridad absoluta establece un sistema de prelación créditos en el que los acreedores con garantía están en el primer orden y los accionistas en el último. En ese sentido, los accionistas no pueden recibir ningún tipo de pago o compensación por su participación en el capital de la concursada a no ser que se haya atendido la totalidad del pasivo externo.

La clase de cierre determina qué acreedores se encuentran *in o out the money* a efectos de determinar a quienes se les reconoce poder

<sup>1</sup> El régimen de insolvencia colombiano adolece del mismo problema de conformidad con lo señalado en el artículo 44 de la ley 1116 de 2006. Sin embargo, como en la práctica no es usual la implementación de fórmulas de pago que contemplen reformas estatutarias dicha situación no es contemplada como un problema a resolver.

político para la negociación del acuerdo<sup>2</sup>. Lo anterior busca evitar que aquellos acreedores por fuera de la clase de cierre alteren los poderes de negociación asumiendo posiciones de *hold out* que promuevan acuerdos de reestructuración ineficientes (Thery Martí, 2019).

Cuando los accionistas se encuentran *out the money*, es decir la valoración de la empresa es inferior a su pasivo, los acreedores pueden concertar una nueva estructura de capital donde parte de ellos, normalmente la clase de cierre, se convierte en capital y excluir a los accionistas sin necesidad de aprobación por los órganos corporativos del deudor. Este ejercicio se denomina *cram down* pues implica un desplazamiento en la estructura de capital empujando a los acreedores de menor clase hacia abajo, aunque siempre respetando los derechos de los garantizados.

Por el contrario, cuando los accionistas se encuentran *in the money* pueden arrastrar a las clases superiores que no aceptaron someterse a los términos, siempre y cuando cumplan con una serie de garantías mínimas a favor de los acreedores a quienes se impone el acuerdo. Estas condiciones implican i.) El restablecimiento de los términos originales del crédito para lo cual debe subsanarse cualquier incumplimiento anterior o posterior a la solicitud; o ii.) El pago diferido siempre y cuando el mismo refleje el valor presente del crédito reestructurado. Lo anterior se denomina *cram up*, pues es la clase de menor categoría la que desplaza a las superiores (Murphy, 2011).

El sistema *cram down/cram up* proporciona un terreno neutro para la negociación en la cual el poder de negociación lo determina la posición de cada clase de acreedores frente a la valoración compañía. Sin embargo, a diferencia del sistema colombiano, no permite que los accionistas afecten los derechos de los acreedores libremente al imponer las condiciones mencionadas anteriormente.

La Directiva consideró que ese sistema era ideal para superar las disyuntivas mencionadas entre

el derecho corporativo y concursal pues permite romper el *hold out* de los accionistas frente al acuerdo. Sin embargo, la Comisión Europea también se ocupó de mantener el sistema de mayorías de forma que se preserve la finalidad de proteger el crédito. Lo anterior se evidencia en el artículo 11 de la misma Directiva sobre el que nos referiremos a continuación.

### 3

## Las mayorías requeridas para aprobación del acuerdo de reestructuración en la Directiva 2016/359/UE.

Si bien el artículo 12 de La Directiva contempla la posibilidad que los estados miembros reconozcan a los accionistas como una categoría distinta y se le reconozcan derechos de votos para la adopción del acuerdo, de ninguna forma puede asimilarse al régimen de mayorías colombiano como se explica a continuación.

En primer lugar, la recomendación del artículo tiene como finalidad resolver el problema de *hold out* de los accionistas al interior de los órganos de la firma en concurso como lo reconoce expresamente el numeral primero del artículo 12. En ese sentido, la finalidad exclusiva de la recomendación es permitir que la mayoría de acreedores se imponga aún sobre los accionistas y se posibilite la adopción de las medidas societarias necesarias para la implementación del acuerdo, y no cambiar el sistema de mayorías para fortalecer la posición del deudor.

En segundo lugar porque conforme lo señalado en el artículo 11, la aprobación del acuerdo por parte de la categoría de los accionistas, así como de cualquier otra que esté *out the money*, es insuficiente para que el mismo sea considerado para aprobación de la autoridad concursal. De conformidad con lo anterior, La Directiva exige que para que el acuerdo sea considerado para aprobación de la autoridad concursal el mismo debe ser aceptado por lo menos por otra clase de acreedores y que la misma constituya la clase de cierre o superior.

Y en tercer lugar porque en cualquier caso el otorgamiento de poder político a los accionistas como clase está condicionado a que se encuentren *in the money*. En caso contrario, los accionistas son para el concurso simples observadores a la espera del desenlace fatal.

Conforme los motivos expuestos, es claro que La Directiva no promueve la adopción de un sistema de mayorías en el cual se otorgue un poder político definitivo a los accionistas, situación que contrasta con el modelo colombiano como lo veremos más adelante.

## 4 El *cram up* colombiano

Del texto anterior, un jurista colombiano podría considerar que el régimen de insolvencia colombiano tiene muchos puntos de contacto con los sistemas anteriormente descritos. Sin embargo, esa impresión es fácilmente desechable conforme los siguientes puntos:

- El ordenamiento colombiano indica que el cálculo de votos de los acreedores internos se hace con fundamento en la información contable y el indicador de margen solvencia, y no de una verdadera valoración de la firma en concurso. En ese sentido, el cálculo de votos para esta categoría no cuenta con una base técnica adecuada y en consecuencia se les reconoce un poder político mayor que el debido.
- El sistema de mayorías colombiano no está diseñado bajo un sistema de clases en la que cada una vote independientemente el acuerdo. Si bien existen categorías de acreedores, no se requiere que el acuerdo sea aprobado al interior de cada una de ellas, sino que basta con que la mayoría absoluta apruebe el acuerdo y que se obtengan votos de las distintas clases. Lo anterior, aunado a un ineficiente cálculo de votos para los internos, es suficiente para que el deudor pueda contar con un gran poder de negociación.

- La ausencia de una clase de cierre conlleva a que se reconozca igual poder político a acreedores *in the money* y *out the money*. Lo anterior genera dos efectos: i. La firma en concurso asume un pasivo más allá de sus posibilidades de pago, lo cual implica acuerdos a plazo excesivo y con un alto nivel de riesgo.; ii. Los votos de los acreedores con un legítimo interés en la masa de bienes del deudor se diluyen con los de aquellos cuya única expectativa de pago es la especulación.

- El artículo 44 de la ley 1116 de 2006 señala que cuando el acuerdo contemple cláusulas que impliquen reformas estatutarias las mismas deben ser adoptadas por el órgano competente. En ese sentido, el otorgamiento de voto a los accionistas no es suficiente para arrastrar un *hold out* de los órganos societarios del deudor. Por lo anterior, el ordenamiento colombiano otorga una doble protección al accionista dentro del proceso de insolvencia: por un lado, le otorga un gran poder político, y por el otro aún en el caso que las restantes clase de acreedores junten suficientes votos para imponerse a la clase de internos, no tienen ninguna herramienta para imponer su voluntad para adoptar las reformas estatutarias necesarias para implementar el acuerdo.

Los puntos anteriormente descritos señalan una gran deficiencia del sistema colombiano: es cuestionable la existencia de un campo neutral para la negociación del acuerdo y por el contrario se conceden importantes prerrogativas al deudor que le facilitan obtener las mayorías necesarias para celebrar un acuerdo.

## 5 Comentarios finales

El sistema de mayorías colombiano es polémico. Desde el derecho comparado se le puede criticar que desincentiva el mercado del crédito al crear un escenario de negociación favorable al deudor en

---

caso de insolvencia. La doctrina nacional sostiene que el mismo favorece la celebración de acuerdos de reorganización ante la apatía de los acreedores y en consecuencia protege a la empresa. En nuestra opinión, ambos argumentos deben ser puestos a prueba por medio de una verificación empírica sobre la eficacia del sistema actual como

medio para mantener empresas competitivas, productivas y perdurables.

Lo que no puede aceptarse es que se pretenda hacer pasar una institución exclusivamente local, como si se encontrará a la vanguardia de las tendencias internacionales.

---

## Bibliografía

**Murphy, R.** (2011). An overview of “Cram Up” Plans as a Debtor’s Restructuring Tool. *Pratt’s Journal of Bankruptcy Law*, 291-306.

**Pulgar Ezquerro, J.** (2017). La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de los mercados de capitales, Unión Bancaria y Derecho de la Insolvencia . *Diario La Ley*.

**Quintero Serrano, F., & Ramírez Torres, G. L.** (2016). La adquisición de empresas en crisis en el derecho comparado y, en particular, el caso colombiano. *Ius et Veritas*, 16-32.

**Rouillon, A.** (2006 йил 12-Mayo). Colombia: Creditor rights and insolvency proceedings. *World Bank Finance, Private sector and Infrastructure group Latin America and Caribbean regions*. World Bank.

**Schmidt, K.** (2019). Reestructuración empresarial: ¿Una cuestión de derecho de sociedades o una materia de derecho concursal? *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*.

**They Martí, A.** (2019). Directiva de reestructuraciones, capitalización de créditos y gobierno corporativo. *Revista de Derecho*

# Ley Modelo CNUDMI: Así empezó todo.

Por: José Nicolás Mora Alvarado



Es cierto que para algunos la Insolvencia Transfronteriza puede llegar a ser considerada como un procedimiento ineficiente, prolongado y costoso. En efecto, las reglas de Insolvencia de diferentes países, con diferentes idiomas y bajo sistemas legales distintos no siempre son uniformes, lo que genera inconvenientes y retrasos en el desarrollo de los procesos.

Cuando los procesos de insolvencia se encuentran gobernados por leyes de distintas jurisdicciones, es común que surjan conflictos de leyes en distintos asuntos, v. gr., en el reconocimiento de demandas formuladas por acreedores extranjeros ante la jurisdicción del deudor o en el reconocimiento y ejecución de decisiones de cortes extranjeras.

Sin embargo, de tiempo atrás la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional (“CNUDMI”) identificó que “...los problemas podrían reducirse a un nivel más manejable centrándose en cuestiones que se planteaban en el Estado donde se hallaban los activos, en vez del Estado donde se había incoado el procedimiento de quiebra, y dando una solución sobre el modo de tratar esos activos”<sup>1</sup>. En ese sentido, se empezaron a buscar soluciones a nivel global en normas que regulen la forma de proteger bienes en el exterior, más no el proceso de Insolvencia en sí mismo.

Para llegar a confeccionar una Ley Modelo como la de la CNUDMI, tuvo que recorrerse un

largo camino: existieron distintas normas que buscaron unificar parcialmente las legislaciones de diferentes países en materia de Insolvencia. La mayoría de ellas se dieron de manera regional. En el caso de Latinoamérica, se contaba con el Convenio de derecho Internacional Privado, de La Habana de 1928, más conocido como el “Código Bustamante”, el cual fue adoptado por al menos quince estados Latinoamericanos, y los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que regulaban aspectos sobre liquidación y sobre Concordatos, respectivamente.

Por su parte el Consejo Nórdico celebró en 1933 para los Estados Nórdicos signatarios (Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia en su momento) la Convención relativa a la Quiebra, con respectivas modificaciones entre 1977 y 1982. Para principios de los años 90, la Comunidad Europea aún no contaba con una regulación en Insolvencia, existía la Convención de Estambul sobre algunos aspectos internacionales de la quiebra, no obstante para junio de 1993 ningún estado se había adherido a dicha convención. En todo caso, ya se adelantaban trabajos en la UE que se cristalizarían más tarde en la regulación EC 1346 del año 2000.

A nivel global es posible mencionar dos iniciativas que, por lo demás, no tuvieron mucha acogida: (1) La conferencia de la Haya venía implementando una reglamentación de la quiebra desde 1894

<sup>1</sup> <https://undocs.org/es/a/cn.9/378/add.4> Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional. Sesión No. 26. Julio 1993. Versión Español – Original en Inglés. (Consultado 01/11/ 2019).



hasta 1928 donde se recogieron los trabajos adelantados y se cristalizaron en un tratado bilateral modelo sobre quiebra; y (2) La International Bar Association (IBA) a través del Comité J confeccionó una Ley modelo en materia de Insolvencia (MIICA).

Con todo este resumen de iniciativas, la CNUDMI empezó en 1993 a analizar la situación a nivel global del derecho de insolvencia, encontrando que no existía una sincronía entre las normas domésticas que regían las insolvencias transfronterizas, lo cual podía considerarse como una de las posibles causas de inseguridad jurídica e incertidumbre para la inversión extranjera. En efecto, los acreedores extranjeros que aterrizaban en la mayoría de jurisdicciones no tenían certeza sobre el trato que recibirían de parte de autoridades extranjeras en cuanto a la protección de los bienes del deudor que buscan salvaguardar para recuperar su crédito.

Así mismo, la falta de armonía en las normas internas generó como efecto negativo que *“...los tribunales y legisladores, en su tendencia a proteger a los acreedores de sus propios territorios, pueden sentirse inclinados a restringir el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. Esta situación puede desembocar en varios procedimientos de insolvencia a título principal que se desarrollen simultáneamente en diferentes ámbitos jurisdiccionales sin coordinación significativa entre ellos, lo que representa un derroche, aumenta aún más la posibilidad de un trato desigual de los acreedores y puede dar lugar a conflictos entre las medidas que adopten los diversos administradores de la quiebra”*<sup>2</sup>.

Ante los inconvenientes que presentaba la mencionada falta de sincronía, en 1994 la CNUDMI, en el marco de un coloquio para expertos, consideró que la existencia de una comisión especializada para asuntos de Insolvencia podía ser provechoso *“...sin adentrarse en campos, como sería el régimen sustantivo interno de la Insolvencia, en los que, al menos de momento, no se considera ni viable ni*

*siquiera conveniente un proyecto de unificación”*<sup>3</sup>. Es así como la Comisión identificó que se podía trabajar, sin necesidad de adentrarse en asuntos sustanciales con 3 alternativas: (i) Desarrollar la cooperación Judicial en casos de Insolvencia Transfronteriza, con apoyo de INSOL International, la cual se desarrollaría conforme la noción de cortesía judicial; (ii) El desarrollo del concepto de “acceso y reconocimiento”, el cual se refiere a *“la obtención de acceso ante los tribunales para los acreedores extranjeros y para los representantes de procesos de insolvencia abiertos en el extranjero y... el reconocimiento de los mandatos de los tribunales extranjeros que hayan de conocer en una causa de insolvencia”*<sup>4</sup> y; (iii) paradójicamente la tercera alternativa se refirió a la formulación de un régimen legal modelo para la insolvencia.

Entre el 2 y el 27 de mayo de 1995 se adelantó el mencionado coloquio Judicial relativo a la Insolvencia Transfronteriza con la asistencia de más de sesenta jueces y delegados de treinta y seis países en el marco del 28º periodo de sesiones de la CNUDMI. Una de las conclusiones principales del Coloquio fue que era *“posible y conveniente que la CNUDMI elaborara un texto legislativo de alcance limitado (por ejemplo, en forma de disposiciones legales modelo que facilitarían la cooperación judicial, y el acceso y reconocimiento)”*<sup>5</sup>. Para finales de 1995 el Grupo V de Trabajo de la CNUDMI, debidamente organizado y constituido como parte de dicha Comisión, se reunió para iniciar trabajos de fondo en aras de producir un texto legislativo en el corto plazo. Previo a la reunión de 1995, la Secretaría trabajó un documento donde abordó cuestiones varias que fueron de gran utilidad para el Grupo de Trabajo, tales como:

(i) **el deber de información a los acreedores**, el cual se refiere a una provisión que obligare a los administradores o a la autoridad judicial, tan pronto inicie el proceso de insolvencia y sin demora, a informar a los acreedores conocidos

<sup>2</sup> <https://undocs.org/es/a/cn.9/378/add.4> Nota de la Secretaría, 26º Periodo de sesiones, 5 a 23 de julio de 1993, “POSIBLE FUTURA LABOR”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión español, página 11. (Consultado: 01/11/2019).

<sup>3</sup> <https://undocs.org/es/a/cn.9/398>, Nota de la Secretaría, 27º Periodo de sesiones, 31 de mayo a 27 de junio de 1994, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión español, página 7. (Consultado: 01/11/2019).

<sup>4</sup> Ibid. Pag. 8 (Consultado: 01/12/2019).

<sup>5</sup> <https://undocs.org/es/a/cn.9/413> Nota de la Secretaría, 28º Periodo de sesiones, 2 al 26 de mayo de 1995, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión español, página 5. (Consultado: 01/12/2019).

que residan en otro país, sobre el inicio de un procedimiento de insolvencia en un país extranjero. La disposición fue importada de reglamentos como el artículo 30 de la Convención de Estambul o el borrador de proyecto de la Unión Europea para ese momento<sup>6</sup>.

(ii) La posibilidad de que las autoridades judiciales de aquellos países interesados, establecieran **protocolos especiales** que contengan ciertas reglas de insolvencia transfronteriza, v. gr., “... la designación del foro en cuyo territorio haya de ser administrado el patrimonio insolvente, la aplicación de las reglas de prelación de ese foro, la regla aplicable cuando la masa patrimonial vaya a ser administrada en el territorio de dos o más jurisdicciones y la designación de la normativa aplicable para evitar los traspasos de activos efectuados en el periodo que precedió a la insolvencia”<sup>7</sup>.

(iii) **La Comunicación Judicial** propiamente dicha, esto es, que los jueces de distintas jurisdicciones entablen una comunicación por medios electrónicos sobre un respectivo deudor que tengan bienes en sus jurisdicciones. Sin embargo, también se advirtió que un escenario como el mencionado podría prestarse para que no protegiera el debido proceso de los sujetos interesados. Es por ello que se sugirieron escenarios de comunicación entre jueces con la posibilidad de una “notificación a las partes de una próxima comunicación...” entre los jueces, o la “oportunidad de estar presente en la comunicación” que se adelante entre jueces, y la “constancia de la comunicación a disposición de las partes”<sup>8</sup>.

(iv) **El deber de comunicarse información entre los administradores**, como una obligación a cargo del administrador principal y el acreedor secundario (territorial) respecto de información relevante para los respectivos procedimientos, con base en el artículo 25 de la Convención de Estambul<sup>9</sup>.

El informe de la Secretaría fue el insumo correcto para que el Grupo de Trabajo confeccionara el **“INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA ACERCA DE LA LABOR DE SU 18º PERIODO DE SESIONES”** a finales de 1995, donde se unificaron las definiciones que hoy se manejan en las leyes de Insolvencia Transfronteriza: “Proceso Extranjero” y “Representante Extranjero”, “Proceso de Insolvencia Principal” y “Proceso de Insolvencia Secundario” son solo algunas de las definiciones que fueron discutidas.

También indicó los “Tipos de proceso” en Insolvencia Transfronteriza, distinguiendo *“entre el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones a los efectos de que un deudor extranjero determinase los activos comprendidos en la masa insolvente y a los efectos de que los acreedores extranjeros dirigieran sus acciones contra activos del deudor situados fuera de la jurisdicción en la que se desarrollase el proceso de Insolvencia (reconocimiento de acreedores extranjeros)”*<sup>10</sup>. Por otra parte, se reconoció que (a diferencia de Colombia) en algunas jurisdicciones no podrían introducirse figuras como el *debtor-in-possession*, en donde el concursado sigue en posesión de sus bienes pese al inicio del proceso de reorganización.

Los “Tipos de Deudor” también fueron parte del debate según el mencionado informe: Haciendo una discriminación entre comerciantes, no comerciantes y consumidores se optó porque la insolvencia transfronteriza estuviere enfocada a “personas jurídicas” (Comerciantes), excluyendo así las insolvencias de consumidores por su poca relevancia en términos económicos, incluyendo el ámbito transfronterizo y que *“... embrollarían a los tribunales extranjeros en las complejidades de las reglas y lo privilegios especiales aplicables para la protección de los consumidores (por ejemplo exenciones de cierto bienes del deudor o de su familia)”*<sup>11</sup>. También se revisó la exclusión de otros tipos

<sup>6</sup> <https://undocs.org/es/a/cn.9/wg.v/wp.42> Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia. 18o Período de sesiones, 30 de Octubre a 10 de noviembre de 1995, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión español, página 21. (Consultado: 01/12/2019).

<sup>7</sup> *Ibid.* Pag. 20. (Consultado: 01/12/2019).

<sup>8</sup> *Ídem.* Consultado: 01/12/2019).

<sup>9</sup> *Ídem.* (Consultado: 01/12/2019).

<sup>10</sup> <https://undocs.org/es/A/CN.9/419> “INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA ACERCA DE LA LABOR DE SU 18º PERIODO DE SESIONES”. Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia. 18o Período de sesiones, 30 de Octubre a 10 de noviembre de 1995, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión español, página 7. (Consultado: 01/12/2019).

<sup>11</sup> <https://undocs.org/es/A/CN.9/419> “INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA ACERCA DE LA LABOR DE SU 18º PERIODO DE SESIONES”. Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia. 18o Período de sesiones, 30 de Octubre a 10 de noviembre de 1995, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión español, página 8. (Consultado: 01/12/2019).

---

de deudor como las sociedades de inversión, bancos y compañías de seguros, dada su régimen especial y vigilancia sujeta a entidades reguladoras distintas.

Igualmente, se tuvieron en cuenta, *inter alia*, cuestiones como (i) las facultades del representante extranjero, así como la posibilidad que debía tener dicho representante de acceder a un tribunal de otra jurisdicción y ser reconocido con las calidades propias del representante extranjero para pedir la salvaguarda de bienes del deudor, calidades que debían ser debidamente acreditadas ante la autoridad judicial foránea<sup>12</sup>; (ii) los debates sobre la exclusión de ciertos tipos de activos<sup>13</sup>, tales como aquellos relacionados con el orden público y la soberanía de un Estado hasta algunos que parecerían impensables como derechos reales y bienes raíces.

Para el mes de octubre de 1996, el Grupo de Trabajo celebró su 20<sup>o</sup> periodo de sesiones, donde se revisaron los artículos que harían parte del proyecto para la Ley modelo, entre los capítulos aprobados para dicha fecha se encontraban las disposiciones generales, el acceso a los tribunales de los representantes y acreedores extranjeros, el reconocimiento de un proceso extranjero de insolvencia, la cooperaciones con autoridades de jurisdicciones extranjeras y el proceso paralelo<sup>14</sup>.

En el 21<sup>o</sup> periodo de sesiones<sup>15</sup>, llevado a cabo del 20 al 31 de enero de 1997, se revisaron nuevamente los artículos que harían parte de la Ley Modelo, que para la fecha ya contaba con 23 artículos que comprendería la Modelo CNUDMI en Insolvencia transfronteriza. Finalmente se aprobó en 1997 una Ley modelo con 32 artículos, así como una segunda parte que comprendía la “**Guía para la Incorporación al derecho Interno y la Interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza**”<sup>16</sup>.

Pese a no tratarse de un Tratado Multilateral, cumple mencionar que la Ley modelo ha tenido una acogida parcial. En efecto, a 2013 ya existían más de 22 Estados<sup>17</sup>, incluyendo Colombia, que habían acogido la Ley Modelo CNUDMI. Igualmente se destaca que países de gran influencia como Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña también incorporaron la Ley modelo a sus legislaciones.

A través de este resumen, es fácil de identificar que el objetivo principal de dicha Ley modelo es conseguir el mayor grado de unificación de regímenes y de cooperación máxima. A diferencia de la regulación EC 1346 del 2000 de la Unión Europea, la Ley modelo CNUDMI fue diseñada para que potencialmente sea aplicada a nivel mundial, pues no busca resolver conflictos de leyes ni regular asuntos sustanciales, sino armonizar el procedimiento e incentivar la cooperación entre autoridades judiciales.

# Aproximación a las garantías mobiliarias

Por: Juan José Rodríguez Espitia

En atención al impacto que el régimen de garantías mobiliarias ha registrado en el derecho privado y en especial en el régimen de insolvencia empresarial, hemos considerado pertinente presentar algunos aspectos elementales del mismo, que a juicio del autor permiten entender de mejor forma su alcance y contenido, con miras a la realización de su fin primordial de protección del derecho de crédito, ejercicio que acometeremos a continuación.

1

## Modificaciones sustanciales contenidas en la ley de garantías al régimen de garantías previsto en el Código Civil.

La ley 1676 de 2013, inspirada en la necesidad de proteger adecuadamente los derechos de los acreedores y consecuentemente lograr un mayor acceso al crédito<sup>1</sup>, introdujo modificaciones de especial envergadura en materia de garantías y



con ello cambió la forma en que el derecho civil y mercantil concebían las garantías. Algunas de las modificaciones principales son las siguientes:

### • La garantía no es accesoria, es principal.

Tradicionalmente se ha dicho que las garantías son accesorias<sup>2</sup>, empero en este caso, la norma de manera expresa dispone que las garantías son negocios principales. Anteriormente se consideraba que la prenda era un contrato accesorio, del que nacían derechos accesorios, y que los derechos derivados de ella dependían de lo que sucediera con la obligación para la cual se constituyó, porque “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”.

Con la ley 1676 de 2013, las garantías mobiliarias dejan de ser accesorias y por ello no siguen la suerte de ningún otro contrato ni obligación. Por tanto,

<sup>1</sup> Sobre este propósito son elocuentes las palabras de la Corte Constitucional al expresar:

“...37. Los artículos censurados hacen parte de la Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. El objetivo general de la regulación es incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas (Art. 1º). La regulación es aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o indeterminables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorpóreos, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles (Art. 2).”

38. En la exposición de motivos se indicó que Colombia carecía de un sistema efectivo de acceso al crédito, lo cual no solo perjudicaba el crecimiento de la empresa como fuente generadora de riqueza y de empleo, sino que también afectaba a los consumidores de bienes y servicios, en la medida en que los altos costos de financiación terminaban trasladándose al precio de los bienes y servicios. El propósito principal del proyecto, en consecuencia, consistió en la promoción del acceso al crédito de las micro, pequeñas y medianas empresas, sin perjuicio de que otros actores económicos también se beneficiaran de los mecanismos flexibles y seguros para constituir garantías mobiliarias. Para lograr lo anterior, se buscó efectuar una reforma integral al Régimen de Garantías Mobiliarias, mediante su actualización, conceptualización unificada y modernización de los mecanismos para su constitución, publicación y ejecución.

Se identificaron como problemas el hecho de que la prenda era generalmente limitada por la ley a pocas operaciones de crédito y a escasos tipos plenamente identificables de bienes muebles. De igual forma, que las normas establecían costos altos para documentos públicos en relación con los montos comunes de los créditos con garantías mobiliarias, así como la circunstancia de que el sistema de registro de los contratos de prenda y de fiducias en garantía no proporcionaba medios públicos y de bajo costo para averiguar la existencia de gravámenes previos sobre los bienes. Además, se advirtió que la ejecución era onerosa y demorada y los bienes se depreciaban, los registros eran ineficientes y los procedimientos de ejecución costosos.

Como resultado, en la Ley se amplió la noción de prenda al concepto de garantía real sobre bienes muebles y se crearon nuevas reglas para la constitución de las garantías mobiliarias y su oponibilidad (Títulos 1 a 3). Se estableció el registro de garantías mobiliarias (Título IV), en la forma de un sistema de archivo, de acceso público a la información de carácter nacional, para dar publicidad a través de Internet, a los formularios de inscripción inicial, modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias. De igual manera, se crearon diversas reglas de prelación (Título V) y se establecieron mecanismos especiales de ejecución de las garantías mobiliarias (Título VI)” Las subrayas no son del texto.

<sup>2</sup> El artículo 65 del Código Civil claramente indica: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.” En igual sentido las normas sobre hipoteca, fianza y prenda.



se pueden constituir sin necesidad de que exista un crédito garantizado y sobreviven a la extinción del crédito originalmente respaldado, para garantizar créditos distintos, incluso posteriores. De otra parte, las discusiones sobre el negocio causal no impiden ni afectan la ejecución de la garantía.

#### • **Autonomía de la Garantía.**

En armonía con lo anterior, la ley le da a la garantía la condición de autónoma, lo cual se traduce en la abstracción del negocio causal.

Si el deudor o el garante tiene reparos sobre el negocio causal, éstos no pueden afectar la ejecución de la garantía, de forma idéntica a lo que la ley dispone en materia de títulos valores, donde no es posible discutir el negocio causal frente a terceros adquirentes del título<sup>4</sup>.

Consecuentemente con lo anterior, la ley limita la defensa del deudor al igual de lo que sucede cuando la ejecución está amparada en una providencia judicial<sup>5</sup>.

#### • **Es posible pactar sistemas de ejecución.**

A diferencia de lo que sucede en el derecho clásico donde la ejecución de las obligaciones está deferida al legislador y a los estatutos procesales, tratándose de garantías mobiliarias, las normas permiten que el acreedor y el deudor al momento

de constituir las establezcan mecanismos de apropiación directa<sup>6</sup> (de ahí la derogatoria del pacto comisorio<sup>7</sup>), diseñen el procedimiento o en general dispongan reglas más expeditas que las previstas en los estatutos procesales, especialmente en lo relacionado con la adjudicación, enajenación y la resolución de las oposiciones en los procedimientos de ejecución<sup>8</sup>.

#### • **El título ejecutivo puede provenir del acreedor.**

Tradicionalmente se ha dicho que los títulos ejecutivos deben corresponder a documentos provenientes del deudor o de una autoridad judicial o administrativa. Empero, con miras a proteger de mejor manera los derechos del acreedor, las normas de la ley 1676 permiten que el título con base en el cual se hace efectiva la garantía provenga del acreedor<sup>9</sup> o deriven de su sola voluntad (gravámenes judiciales), razón la cual en estos casos la garantía nace con la decisión del acreedor de inscribirla en el registro de Confecámaras<sup>10</sup>.

#### • **La garantía no requiere necesariamente del consentimiento del deudor.**

Tradicionalmente las normas del derecho privado han dispuesto que la constitución de la garantía exige la voluntad del deudor; no obstante, en procura de los logros de protección y acceso al derecho de crédito, la ley de garantías mo-

3 "ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

4 Ver artículo 784 numeral 12 del Código de Comercio.

5 Ver artículo 442 numeral 2 del Código General del Proceso.

6 Ver artículo 60 de la Ley 1676 de 2013.

7 Ver artículo 91 de la Ley 1676 de 2013, que derogó el artículo 2427 del Código Civil y el artículo 1203 del Código de Comercio.

8 Ver artículos 62 numeral 1, 71 y 78 de la Ley 1676 de 2013, así como los artículos 2.2.2.4.2.16, 2.2.2.4.2.17 y 2.2.2.4.2.59 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, que dispone:

"ARTÍCULO 2.2.2.4.2.16. (...)

En los términos del numeral 1 del artículo 62 y del artículo 71 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado y el deudor garante podrán pactar en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores, un procedimiento especial de apropiación o en su defecto se aplicará el procedimiento de apropiación directa previsto en el artículo 69 de la mencionada ley (...)

ARTÍCULO 2.2.2.4.2.17. Enajenación. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 62 y el artículo 71 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado y el deudor garante podrán pactar en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores, un procedimiento especial de enajenación. (...)

ARTÍCULO 2.2.2.4.2.59. Solución alternativa de controversias. Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos a que se refiere el Título VII de la Ley 1676 de 2013, las partes podrán pactar conciliación, arbitraje o amigable composición, inclusive por medios electrónicos. (...)

PARÁGRAFO. Los mecanismos alternativos de solución de controversias podrán pactarse en los procedimientos de ejecución de la garantía para la resolución de las oposiciones de que trata el artículo 61 y el artículo 66 de la Ley 1676 de 2013".

9 Ver artículo 12 de la Ley 1676 de 2013:

"Artículo 12. Título ejecutivo. Para la ejecución judicial de la garantía mobiliaria, el formulario registral de ejecución de la garantía mobiliaria inscrito o de restitución, tendrán el carácter de título ejecutivo."

A su turno, el formulario registral de ejecución sólo puede ser elaborado por el acreedor garantizado o por quien él autorice, tal como lo dispone el artículo 40 de la Ley 1676 de 2013:

"Artículo 40. Autorización para realizar la inscripción. (...)

La inscripción de la modificación, prórroga, transferencia y ejecución, sólo puede ser solicitada por el acreedor garantizado o por quien él autorice. (...)"

En el mismo sentido, el artículo 2.2.2.4.1.30 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 dispone:

"ARTÍCULO 2.2.2.4.1.30. Formulario de registro de ejecución. Para efecto de iniciar el procedimiento de ejecución y pago de la garantía oponible mediante inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias previsto en los artículos 60, 61 y 65 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado deberá inscribir un formulario de ejecución, incorporando la siguiente información: (...)

El formulario de ejecución debidamente diligenciado e inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias presta mérito ejecutivo para iniciar el procedimiento y tendrá los efectos de notificación del inicio de la ejecución.



biliarias ha establecido que la garantía puede nacer por la sola voluntad de la ley<sup>11</sup> y sin la voluntad del deudor, tal como acontece con las medidas cautelares obtenidas en un proceso judicial que pueden convertirse en una garantía mobiliaria con la sola voluntad del acreedor<sup>12</sup>.

Esta corta presentación de los principales cambios que la ley 1676 introduce al sistema de formación y ejecución de las garantías, pone de presente que en dicho estatuto se realizaron cambios trascendentales en la forma en que se conciben, entienden y se ejecutan las garantías mobiliarias, con el propósito de hacer efectivos los derechos del acreedor garantizado. En consecuencia, los procedimientos de ejecución de las garantías mobiliarias no se rigen por las mismas reglas ni por los mismos principios que seguían las garantías tradicionales.

## 2

### Modificaciones procesales contenidas en la ley de garantías mobiliarias

En desarrollo de lo anterior la ley 1676 también introdujo cambios de fondo a las estructuras procesales previstas para la efectividad de las garantías, así:

#### • **El acreedor no necesita acudir ante el juez. Pago directo. Derogatoria de pacto comisorio.**

La ley derogó expresamente la prohibición del pacto comisorio, con lo cual es claro que las partes de antemano pueden prever la posibilidad de que el acreedor se apropie de la cosa dada en garantía<sup>13</sup>, lo que evidencia el claro interés en la protección de los derechos del acreedor, sin necesidad de contar con la autorización previa ni el concurso del juez.

#### • **El acreedor puede crear su propio título.**

Tal como se explicó atrás, la constitución de la garantía y su correspondiente título pueden pro-

venir de la sola voluntad del acreedor, lo cual modifica claramente el concepto tradicional en esta materia. En consecuencia, en tratándose de garantías mobiliarias, únicamente debe aplicarse la ley especial y no puede exigirse que el título ejecutivo satisfaga exigencias distintas de las previstas en el artículo 12 de la Ley 1676 de 2013 y en su reglamentación.

Así las cosas, no puede requerirse un título ejecutivo en los términos indicados en el artículo 422 del Código General del Proceso.

#### • **El acreedor y el deudor pueden crear el procedimiento de cobro o etapas de este.**

Consecuentemente con lo expuesto, la ley (ver arts. 62, 71 y 78) habilitó la posibilidad de que las partes puedan crear su propio procedimiento o mecanismo de efectividad de la garantía, con lo cual es claro que abandonó del concepto tradicional de que los procedimientos son de creación legal. Así, cuando las partes pacten este tipo de procedimientos, sólo puede acudir a las reglas legales para llenar los vacíos del pacto.

#### • **Restricción de mecanismos de defensa**

De igual forma, la ley 1676<sup>14</sup> limitó los mecanismos de defensa del deudor y en ese sentido, las únicas oposiciones admisibles son las que están consagradas de manera taxativa por el legislador. De manera coherente con ello, se dispuso que los otros reparos que tenga el deudor no impiden la ejecución de la garantía y puede plantearlos, pero con tres condiciones: (i) en un proceso declarativo; (ii) que dicho debate sólo puede plantearse después de que se termine la ejecución; y (iii) que tales reparos no impiden ni retrotraen la ejecución de la garantía. Con ello es claro que la norma procura que los derechos del acreedor puedan siempre hacerse efectivos y que no resulten afectados por las conductas que pueda desplegar el deudor.

<sup>10</sup> Ver artículo 65 numeral 1 de la Ley 1676 de 2013.

<sup>11</sup> El artículo 3 de la ley 1676 de 2013 es de una claridad meridiana al establecer: "... Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales por disposición de la ley." Las negrillas no son del texto.

<sup>12</sup> Por su parte, el artículo 48 dispone: "ARTÍCULO 48. PRELACIÓN ENTRE GARANTÍAS CONSTITUIDAS SOBRE EL MISMO BIEN EN GARANTÍA. La prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se determina por el momento de su inscripción en el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía."

<sup>13</sup> El artículo 60 establece: "ARTÍCULO 60. PAGO DIRECTO. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3o del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía."

---

• **Se puede acudir ante autoridades no judiciales. Notarios y Cámaras de Comercio.**

Finalmente, la ley de garantías establece que la ejecución puede darse ante autoridades no judiciales como es el caso de los Notarios y las Cámaras de Comercio, lo que implica claramente un cambio en la concepción judicial de la ejecución. En todo caso, es pertinente tener en cuenta que la ley dispone que en el evento de que exista controversia la misma pueda darse ante los jueces, en los términos y condiciones allí previstas.

## Conclusión

Esta presentación elemental evidencia una nueva forma de concebir las garantías y su efectividad, que impone a todo operador jurídico una aptitud

distinta frente a las reglas contenidas en la ley 1676 de 2013 y de manera especial a asimilar que respecto de ellas no aplican muchas de las instituciones que el derecho privado ha establecido. En consecuencia, la invitación al lector es a considerar su impacto, a entender y considerar que el nuevo estatuto de garantías está soportado sobre otras premisas que impiden consecuentemente la aplicación de las reglas tradicionalmente conocidas. Finalmente, y dado que en ocasiones sus normas pueden resultar insuficientes para regular todas las situaciones que se presenten, se impone la adopción de criterios uniformes para la definición de las zonas grises, aspecto que por su importancia amerita un ejercicio distinto, pero que en todo caso no puede traducirse en la desnaturalización del nuevo instrumento.

---

---

<sup>14</sup> El artículo 66 es claro al establecer:

**“ARTÍCULO 66. OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN.** La oposición a la ejecución sólo se podrá fundar en:

1. Extinción de la garantía mobiliaria acreditada mediante la correspondiente certificación registral de su cancelación, o mediante documento de cancelación de la garantía.
2. Extinción de la obligación garantizada u obligación garantizada no exigible por estar sujeta a plazo o condición suspensiva.
3. Falsedad de la firma que se le atribuye como propia, o alteración del texto del título de deuda o del contrato de garantía.
4. Error en la determinación de la cantidad exigible.

**PARÁGRAFO.** Cualquier otro tipo de oposición se tramitará siguiendo las reglas de un procedimiento declarativo ante el juez civil competente una vez culminado el proceso de ejecución especial de la garantía mobiliaria, salvo que se hubieren pactado otros mecanismos de solución alternativa de conflictos, en los términos del artículo 78 de esta ley.

*La adjudicación o realización del bien en el proceso de ejecución especial de la garantía no se verán afectadas por el resultado de este trámite posterior.”* Las negrillas no son del texto

# Las Ventas de Emergencia en el Proceso de Insolvencia

Por: Sussana Hidvegi Arango



En medio de la crisis de 2008 se resolvieron dos de los procesos de reorganización más emblemáticos de la historia reciente de los Estados Unidos, ambos de la industria automotriz y resueltos a través de una venta de activos: General Motors y Chrysler<sup>1</sup>. La estrategia de rescate de Chrysler y General Motors se convirtió en un referente que ha servido de base para innumerables operaciones estructuradas siguiendo patrones muy similares. Sin embargo, esta herramienta de recuperación –enfocada principalmente en la preservación del valor de los activos mediante su venta- no es exclusiva de ese sistema; por el contrario, varios regímenes de insolvencia modernos cuentan con disposiciones similares<sup>2</sup>.

El presente artículo tiene como objetivo revisar el derecho concursal colombiano con el fin de determinar si existen disposiciones similares a la Sección 363 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos<sup>3</sup> y las condiciones que la legislación establece para la venta de activos en el marco de procesos de reorganización bajo la Ley 1116 de 2006.

## Ventas 363

Las denominadas “Ventas 363” hacen referencia a aquellas operaciones que se realizan según la Sección 363 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos (“Sección 363”). Esta figura permite

al Juez del concurso autorizar la venta -total o parcial- de los activos del deudor, antes de la confirmación del acuerdo de reorganización.

En términos generales, la Sección 363 establece que, previa notificación de las partes, se podrá obtener aprobación del Juez del concurso para disponer, vender y/o arrendar activos que formen parte del patrimonio del deudor concursado, aun cuando dichas operaciones estén por fuera del giro ordinario de los negocios.

Es usual que, en las Ventas 363, la negociación se inicie en compañía de un “caballo de asecho” (*stalking horse*) y que estas ventas se realicen especialmente en aquellos casos en que el valor de los activos está en riesgo de caer precipitadamente<sup>4</sup>.

La estrategia del “caballo de asecho” consiste, en términos generales, en un acuerdo con un oferente inicial, con quien se pacta un precio de enajenación de los activos. Usualmente, este oferente inicial deberá invertir más recursos y tiempo en la negociación de la transacción con el deudor que los siguientes oferentes. Entre otras, es frecuente que el oferente inicial adelante un proceso de debida diligencia y, finalmente, determine el “precio base” del negocio.

<sup>1</sup> Mediante el Programa de Financiación de la Industria Automotriz, lanzado en 2008, la Oficina del Tesoro de los Estados Unidos (U.S. Treasury), se financió a Chrysler y a General Motors con el fin de evitar el colapso de la industria automotriz en los Estados Unidos, con el fin de preservar la estabilidad económica y las consecuencias que podrían haberse derivado.

<sup>2</sup> Véase por ejemplo, el artículo 43 de la Ley Concursal Española.

<sup>3</sup> <https://www.usbankruptcycode.org/>

<sup>4</sup> Ramírez Torres, G. L., & Quintero Serrano, F. (2016). La adquisición de empresas en crisis en el Derecho Comparado y, en particular, el caso colombiano. IUS ET VERITAS, 16-32.

Por lo anterior, es habitual que el deudor en insolvencia negocie algunos incentivos con el “caballo de asecho” que no les ofrecería a otros interesados. Los beneficios pueden incluir reembolso de gastos, participación en un porcentaje de la diferencia del precio cuando la operación se realice por un valor superior, condiciones favorables o prioritarias en el proceso de subasta, entre otros. En todo caso, las negociaciones con el “caballo de asecho” deben ser razonables, pues de lo contrario, la Corte de Bancarrota podrá rechazarlas.

No obstante la estandarización de estas transacciones, las decisiones proferidas por las cortes de bancarrota americanas han acudido a diferentes criterios para aprobar una operación amparada por la Sección 363.

Uno de los precedentes más relevantes respecto de los requisitos que debe cumplir una Venta 363 se deriva de la decisión proferida en 1983 en el caso de Lionel Corp. En efecto, durante el año 1982, la compañía Lionel Corp. –dedicada a la fabricación y comercialización de juguetes– y dos de sus subsidiarias, decidieron acogerse al régimen de reorganización previsto en el Capítulo 11 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos de América.

En dicho caso, el deudor solicitó a la Corte de Bancarrota autorizar la venta de su activo más valioso consistente en el 82% de las acciones en Dale Electronics Inc., una compañía dedicada a la venta de componentes electrónicos, cuya actividad económica era viable y rentable. El comité de acreedores de Lionel Corp. apoyó la venta de los activos y la utilización de los recursos para pagar a los acreedores.

El problema jurídico para la corte consistió en estudiar si el Capítulo 11 –que regula el proceso de reorganización– permitía al Juez autorizar la venta del activo más importante del deudor por fuera del giro ordinario de los negocios y por fuera de un acuerdo de reorganización, cuando, además, el activo no estaba en riesgo de deterioro.

En primera instancia, el Juez autorizó la venta de los activos argumentando que el apoyo del comité de acreedores era suficiente justificación dado que la ley no exigía requisitos adicionales para que procediera la autorización. No obstante, la Corte que conoció de la apelación reversó la decisión y sostuvo que debe demostrarse una “buena razón de negocios” para que procediera la autorización de venta de activos y que este tipo de operaciones es excepcional, por lo cual, el apoyo del comité de acreedores no constituye una razón suficientemente sólida para autorizar la transacción<sup>5</sup>.

El precedente de Lionel Corp. sirvió de fundamento para el test denominado “razón comercial sólida” (“*a good business reason*”), según el cual, toda autorización debe ser sometida a un test de justificación de negocios como requisito para su aprobación<sup>6</sup>.

En términos generales, para cumplir con el estándar mencionado, se debe demostrar que la venta de activos constituye la mejor alternativa para garantizar la viabilidad de la compañía, entre otros criterios, porque la situación se deteriora tan rápidamente –como un cubo de hielo derritiendo (“*ice cube melting*”)– o porque representa la mejor alternativa para el pago de los acreedores.

General Motors y Chrysler tienen varios elementos en común. En efecto, (i) ambas compañías solicitaron la admisión a un proceso de reorganización bajo el Capítulo 11 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos de América; (ii) para la fecha de la solicitud ya habían celebrado un acuerdo de Venta 363<sup>7</sup> con el fin de vender la totalidad de sus activos; y (iii) ambas estaban sufriendo pérdidas de, aproximadamente, cien millones de dólares mensuales<sup>8</sup>.

En síntesis, estas operaciones guardaban mayores similitudes con ventas y adquisiciones que con planes de reorganización, por cuanto las mismas producían una transferencia de la propie-

<sup>5</sup> Warren, W., Bussel, D., & Skeel, D. (2007). *Casenote Legal Briefs: Bankruptcy, Keyed to Courses Using*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business.

<sup>6</sup> Anderson, A. (2014). Acquisitions in Bankruptcy: 363 sales versus plan sales and the existence of fire sales. *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1-33.7

<sup>7</sup> Sujeto a la condición de aprobación de la Corte de Bancarrota.

<sup>8</sup> Selbst, S. (2009). *General Motors and Chrysler: The Changing Face of Chapter 11*. *Commercial Lending Review*, 1-9.

---

dad de la masa a favor de un tercero adquirente, mientras que el deudor continuaba su proceso de insolvencia, en el cual, su único activo era el dinero recibido como precio de la venta<sup>9</sup>.

La ventaja de este tipo de soluciones radica en que se protege la empresa como unidad productiva y la aísla de las dificultades propias del proceso concursal; sin embargo, se asimila más a una liquidación anticipada que a una reorganización por cuanto el dinero derivado de la venta de los bienes es el único activo disponible para pagar a los acreedores, por lo cual, no existe la posibilidad de pagar con el flujo de caja derivado de la operación en marcha –como es usual en los procesos de reorganización en Colombia.

## El caso colombiano

El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 establece limitaciones a los actos que puede realizar el deudor desde el momento en que presenta la solicitud de admisión a un proceso de reorganización. Esta misma norma establece que “La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.”

Como antecedente de esta regla, se encuentra el artículo 17 de la Ley 550 de 1995, que previó las operaciones prohibidas para el deudor en procesos de Reestructuración. Este artículo establecía, específicamente, que “la solicitud correspondiente será resuelta teniendo en cuenta la recomendación del promotor y la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación.” Estos criterios fueron incorporados en la Circular Externa No. 004 del 11 de abril de 2001 de la Superintendencia de Sociedades y aún se utilizan como fundamento de las solicitudes amparadas en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Así, de manera similar al test de la “razón comercial sólida”, para obtener una autorización amparada por el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, se debe demostrar suficientemente, que la transacción cumple con ciertos requisitos que justifican el trato extraordinario en el marco del proceso de reorganización.

Considerando lo anterior, el test de conveniencia de la operación será aún más estricto en la medida en que el deudor se aproxime más a la etapa de celebración de un acuerdo de reorganización. Así, entre la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización y la providencia de reconocimiento de créditos, la negociación relativa a la venta de activos entre el deudor y sus acreedores puede resultar particularmente compleja, especialmente, si se halla en una situación en la cual el activo se esté deteriorando precipitadamente. Sin embargo, definidos los créditos y los derechos de voto, durante el término de negociación del acuerdo de reorganización, la justificación de la intervención judicial resultará más extraordinaria por cuanto lo deseable es que la decisión de disposición de los activos de la masa sea el resultado de la negociación plasmada en el acuerdo de reorganización.

La disposición de activos durante un proceso de reorganización procede de manera excepcional en la medida en que, a través de la intervención judicial, se reemplaza temporalmente la voluntad de los acreedores. Lo anterior, debido a que transacciones de esta naturaleza, idealmente, deberían estar vinculadas a un plan de reorganización apoyado por los acreedores. No obstante, las circunstancias excepcionales –tales como “el cubo de hielo derriendiéndose”– justifican que los regímenes concursales contemplen normas que permitan al juez otorgar autorizaciones en situaciones especiales. Por lo tanto, el análisis de las circunstancias que justifican la autorización de la disposición de activos durante el trámite de procesos de reorganización siempre deberá realizarse en cada caso particular.

---

<sup>9</sup> Melissa B. Jacoby, & Edward J. Janger. (2014). Ice Cube Bonds: Allocating the Price of Process in Chapter 11 Bankruptcy. *The Yale Law Journal*, 123(4), 862.



# Reflexiones en torno a la situación actual del Derecho Concursal en Colombia



Por: David Ricardo Sotomonte Mujica<sup>1</sup>

Dentro de los quehaceres diarios de la actividad profesional, tuve la oportunidad de repasar algunos análisis y conceptos que considero prudente compartir a manera de recordatorio, sobre cuál es el papel del derecho concursal en los mercados y porqué requerimos reaccionar como practicantes en materia de insolvencia y miembros de la comunidad académica para que el derecho de la insolvencia pueda cumplir su función; reacción que debe ir de la mano con el trabajo que para ello efectúen las diferentes ramas del poder público.

En momentos en que los expertos señalan que la salud de la economía mundial parece continuar deteriorándose o por lo menos con pronósticos débiles<sup>2</sup>, la relevancia de las herramientas jurídicas dispuestas en los distintos ordenamientos para la atención de la crisis empresarial se robustece; en otros términos, el Derecho Concursal, siempre

presente, destaca como la rama del derecho capaz de prevenir, restringir y contener la multiplicación de los efectos negativos que la insolvencia de un sujeto determinado produce en la economía.

En este orden de ideas, resulta imperioso volver sobre su concepto, finalidad y función, así:

## 1. Concepto

Existe abundante doctrina en torno al concepto, contenido y alcances del derecho de la crisis ; lo propio ocurre con la jurisprudencia nacional que en sede constitucional ha sido prolija a la hora de delimitar el tema<sup>4</sup>.

Igualmente, la jurisdicción ordinaria ha abordado el tema en cuestión (aunque no con la misma abundancia). En ese escenario se rescata el fallo proferido por la Sala de Casación Civil, Familia y Agraria de la Corte Suprema de Justicia según el cual, *“el derecho concursal –al que pertenecen los concursos y <para concursos> antes mencionados-, como disciplina autónoma y unitaria que regula de manera transversal la crisis patrimonial de los sujetos, es un complejo compendio normativo compuesto por disposiciones de linaje sustancial y procesal, de*

<sup>1</sup> Abogado y especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Master en Asesoría Jurídica de Empresas del Instituto de Empresa (Madrid, España) y Master en Derecho Comercial (L.L.M. in Commercial Law) de las Universidades de Glasgow y Strathclyde (Escocia; Reino Unido). Se ha desempeñado como abogado del grupo de concordatos de la Superintendencia de Sociedades, coordinador (e) del mismo grupo, y magistrado auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En la actualidad es socio de la firma Sotomonte, Sotomonte y Rodríguez; docente e investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; director de la Revist@ e-mercatoria ([www.emercatoria.edu.co](http://www.emercatoria.edu.co)), y miembro de los institutos Iberoamericano y Colombiano de Derecho Concursal.

<sup>2</sup> En el GLOBAL ECONOMIC PROSPECTS del Banco Mundial se señala que: “El crecimiento global se proyecta en 2.5 por ciento en 2020, justo por encima del mínimo posterior a la crisis registrado el año pasado. Si bien el crecimiento podría ser más fuerte si las tensiones comerciales reducidas mitigan la incertidumbre, el equilibrio de riesgos es a la baja. Se ha producido una fuerte desaceleración del crecimiento de la productividad en las economías emergentes y en desarrollo desde la crisis financiera mundial, a pesar de la acumulación de deuda más grande, más rápida y más amplia desde la década de 1970”. La misma institución, en el GLOBAL OUTLOOK, precisa que “[s]e espera que el crecimiento mundial se recupere al 2.5 por ciento en 2020, un poco más que el mínimo posterior a la crisis del 2.4 por ciento registrado el año pasado en medio del debilitamiento del comercio y la inversión. Sin embargo, predominan los riesgos a la baja...” (documentos disponibles en <https://www.worldbank.org/en/publication/global-economic-prospects>).

<sup>3</sup> Cfr. ÁLVARO PULEMA ACCORSI. Curso de derecho de quiebras, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1985; RIVERA, JULIO CÉSAR. Instituciones de Derecho Concursal, 2ª ed., Santa Fe-Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; GARAGUSO, HORACIO PABLO. Fundamentos de Derecho Concursal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2001; ROMERO SANZ DE MADRID, CARLOS. Derecho Concursal, Madrid, Editorial Aranzadi y Thomson Civitas, 2005; Bob Wessels, Bruce A. Markell y Jason J. Kilborn, International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, New York, Oxford University Press, 2009, entre otros.

<sup>4</sup> Cfr. Sentencias T-299-97, C-1143-01, C-699-07, C-620-12, T-760-13, C-527-13, C-006-18, entre otras.

*derecho público y privado, administrativo, fiscal, civil y mercantil –inter alia-, que no solo conduce, en virtud de su especialidad, a la inaplicación del derecho común, sino que constituye parte esencial del ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público”<sup>5</sup>.*

La definición transcrita pone de presente que las normas concursales no solo regulan procedimientos, sino que también son de carácter sustancial<sup>6</sup>; contienen preceptos que en condiciones de normalidad pertenecerían a la esfera de las distintas ramas del derecho, tanto público como privado; son de orden público y por tanto inmodificables por los particulares o las autoridades judiciales y, son especiales, lo que conduce a que su aplicación se prefiera sobre la de cualquier otra ley –ordinaria- que les sea contraria (sin importar la materia que regule).

## 2. Función y finalidad

En la actualidad la función del derecho concursal es eminentemente preventiva, si bien no está de más recordar que en sus inicios su papel principal era sancionar a aquellos comerciantes que defraudaron o traicionaron la confianza del gremio. Ciertamente el derecho concursal nace de los comerciantes y para los comerciantes, pero su evolución lo ha llevado a convertirse en uno de los pilares fundamentales para la protección de la economía de los Estados<sup>7</sup>.

Autorizada doctrina señala que el régimen de insolvencia es el “latido cardíaco” de la economía de una nación; protege a los consumidores ante el sobreendeudamiento; garantiza y disciplina el correcto funcionamiento y manejo financiero de las empresas, protegiendo la actividad económica y a sus acreedores; dota a los inversionistas nacionales y extranjeros de seguridad y confianza en las reglas que gobiernan el desarrollo

económico y la inversión misma, inter alia. Todo ello por cuanto la crisis patrimonial de los sujetos es la prueba de fuego para los ordenamientos jurídicos<sup>8</sup> y su capacidad para reaccionar dependerá de la solidez y efectividad del derecho concursal.

En efecto, el derecho concursal lo que busca es aislar al sujeto en crisis para analizar las causas y la profundidad de su problemática, evitando que los efectos negativos de la concatenación de patrimonios se reproduzcan. Es decir, se pretende mediante la aplicación de las normas de insolvencia, por una parte, que aquellos sujetos cuyas dificultades financieras no sean insalvables puedan recuperarse, y, por otra, que los deudores de cuya crisis no se avizore una solución sean retirados de manera rápida y ordenada del mercado –evitando así la propagación de la insolvencia-.

Ahora bien, en cumplimiento de las funciones descritas, el derecho concursal persigue una finalidad tripartita: la protección de la actividad económica organizada (la empresa); la salvaguarda del crédito (sin importar su naturaleza, clase o cuantía), y la preservación del empleo<sup>9</sup>.

En lo que a la protección de la empresa respecta, cabe recordar que se da en escenarios recuperatorios y liquidatorios. Dicha salvaguarda se concreta en el establecimiento de mecanismos idóneos para garantizar la continuidad de la actividad económica organizada –sin importar quién sea su titular-, bien sea regulando los ataques de sus acreedores, o, permitiendo escindir la actividad verdaderamente productiva de aquella que no tiene salvación.

En materia de créditos, se pretende proteger la prenda general de los acreedores de tal manera que éstos puedan ver satisfechas sus acreencias. Al titular del derecho de crédito no sólo se le protege del empresario (actos deliberada o involuntariamente perjudiciales), sino que también

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 8 de julio de 2013, exp. 00477.

<sup>6</sup> Cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es pacífica al señalar que “... una norma es de estirpe sustancial cuando contiene una prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas” (G.J. OLLI, pág.254) y por ende carecen de tal connotación “los preceptos materiales que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria” (auto 5 de agosto de 2009, exp. 1999 00453 01; reiterado el 12 de abril de 2011, exp. 11001-3103-026-2000-24058-01) (CS J AC4591-2018, 1 9 oct.)” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 27 de noviembre de 2019, AC5031-2019.

<sup>7</sup> Cfr. JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA y DAVID RICARDO SOTOMONTE MUJICA. El derecho concursal: del comerciante al grupo de empresas, Compilación conmemoración de los 40 años del Código de Comercio, Cámara de Comercio de Bogotá, 2013. APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO. En igual sentido, RODRÍGUEZ ESPITIA y SOTOMONTE MUJICA. Compilación TRASCENDIENDO PARADIGMAS CONCURSALES, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –Capítulo Colombiano-, Legis, 2014

<sup>8</sup> BOB WESSELS, BRUCE A. MARKELL Y JASON J. KILBORN. International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, New York, Oxford University Press, 2009, pp.1 y 2.

<sup>9</sup> Cfr. Sentencias T-299-97, C-1143-01, C-699-07, C-620-12, T-760-13, C-527-13, C-006-18, entre otras.

---

se le protege de los demás acreedores y su afán por recaudar sus acreencias a cualquier costo y sin importar la suerte de sus pares, generando un escenario universal en el que se tengan en cuenta los derechos de todos.

La protección de la empresa y del crédito lleva necesariamente a que los factores de producción de capital y trabajo se vean reforzados, tanto en la estructura del deudor insolvente como en la de sus acreedores. La contención de los efectos negativos de la crisis del deudor apareja necesariamente la continuidad y preservación del empleo tanto para los trabajadores de aquel como para sus acreedores y demás sujetos con los que se relacionan el mercado.

### 3. Reflexiones

El derecho concursal a través de su función y finalidad centra sus esfuerzos en un objeto principal, la economía de los Estados; en otros términos, el bien jurídico tutelado por el derecho concursal es la economía, razón por la cual la construcción de los regímenes regulatorios de la crisis necesita responder, entre muchos otros elementos, a la realidad económica y social de los países y de los mercados.

Dado lo anterior, se hace necesario abandonar la decimonónica discusión de política legislativa en torno a si el sistema concursal debe ser pro deudor o pro acreedor. El derecho concursal debe ser pro economía, es decir, las normas de la insolvencia se deben ajustar a la situación de cada Estado en particular, v.gr., no es lo mismo legislar en esta materia para un país en el que la creación de empresas—sólidas y duraderas—y empleo ocurre casi que por generación espontánea, que hacerlo para una jurisdicción en la que es difícil generar emprendimiento sostenible así como puestos de trabajo estables.

Ciertamente el legislador al momento de crear normas de derecho concursal ha de observar estos factores y cómo inciden en el mercado, para

adoptar, ahí sí, una postura coherente y adecuada en la que se prefiera la continuidad empresarial por sobre el recaudo inmediato de los créditos o, aquella en la que se privilegie el derecho del acreedor por sobre el empleo y la actividad empresarial del deudor.

Así las cosas, la normatividad concursal no puede ser construida bajo la óptica exclusiva de académicos, abogados y jueces; se requiere por lo menos también la participación de economistas, financieros y de los distintos gremios, para que las normas de la insolvencia se ajusten a la realidad y a las necesidades económicas y sociales de los Estados.

Una vez identificada la mejor opción regulatoria para la economía de la jurisdicción respectiva, corresponde al legislador dotarla de mecanismos idóneos para que la aplicación de las normas concursales sea eficiente y eficaz, esto es, sirva verdaderamente a sus funciones, finalidades y bien jurídico tutelado. Entonces, se han de diseñar procesos y procedimientos que permitan soluciones céleres y tempestivas a las tensiones acreedor-deudor y, se ha de dotar a las autoridades encargadas de adelantar dichos trámites de las herramientas adecuadas para la atención de la crisis.

El legislador patrio se ha dedicado, en materia concursal, ha intentar estar a la vanguardia de las tendencias internacionales, pero ha llegado el momento de hacer un análisis juicioso y profundo en torno a la Ley 1116 de 2006, en particular, a si la norma, dadas la coyuntura económica actual y la sobrecarga de trabajo que afronta el juez de la insolvencia, en realidad protege el crédito, la empresa y el empleo.

De igual forma, se ha de fortalecer al operador judicial para que, mientras avanza una posible reforma integral del Régimen de Insolvencia, pueda dar abasto en la atención de los procesos a su cargo.



# SOCIALES



13 Congreso Colombiano de Derecho Concursal celebrado del 29 al 31 de agosto de 2019  
Hotel Las Américas, Cartagena de Indias.



Mesa Directiva:



Auditorio - 13 Congreso Colombiano de Derecho Concursal - 2019

