



REVISTA
ACTUALIDAD CONCURSAL

EDICIÓN NO. 5

MARZO 2024

Instituto Colombiano de Derecho Concursal
www.derechoconcursal.org

SUMARIO

2-4

POR: LUIS FERNANDO ALVARADO ORTIZ.

/ **Nota Editorial.**

5-6

POR: ALICIA FERRER MONTENEGRO.

CAPITULO COLOMBIA:
Motor del IIDC y ejemplo de trabajo académico.

7-14

POR: GUILLERMO LEÓN RAMÍREZ TORRES.

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y EL PRIVILEGIO DE CRÉDITOS LABORALES EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO:
Un análisis crítico desde la perspectiva de Robert Cooter.

15-19

POR: OSCAR DANIEL SALAMANCA PÉREZ.

DIEZ AÑOS PARA EJECUTAR UNA GARANTÍA
Bajo la Ley 1676 de 2013.

20-30

POR: JUAN FELIPE RIVAS TIERRADENTRO.

ANÁLISIS REGULATORIO DEL FINANCIAMIENTO POST-CONCURSAL
o Debtor in Possession Financing

31-38

POR: JULIÁN ANDRÉS PALACIO OLAYO.

EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 DE 2006
Como presunción del fracaso de la recuperación

39-48

POR: ALEJANDRA GUARDIOLA RIVERA.

MÉTODO KAIZEN:
Aplicación al régimen de insolvencia empresarial en Colombia.

REVISTA
ACTUALIDAD CONCURSAL



CONSEJO DIRECTIVO

Luis Fernando Alvarado Ortiz
PRESIDENTE

Luis Fernando Borda Caicedo (QEPD).
VICEPRESIDENTE

Joan Sebastián Márquez Rojas
TESORERO

Carlos Eduardo Borrero Flórez
SECRETARIO

Germán Monroy Alarcón
VOCAL

Arabella León Romero
VOCAL

María Fernanda Perdomo Pinto
VOCAL

John Harold Herrera Fernández
Coordinador editorial

Edwin Rivera Fernández
Diseño

www.derechoconcursal.org
contacto@derechoconcursal.org

REVISTA ACTUALIDAD CONCURSAL
CAPÍTULO COLOMBIANO

Año: 2024, número 5
Fecha de publicación marzo - 2024

Revista editada y publicada por:
El instituto colombiano de derecho Concursal

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

2024

NOTA
EDITORIAL

✉ **POR: LUIS FERNANDO ALVARADO ORTIZ**
PRESIDENTE



A demás de un privilegio constituye motivo de especial satisfacción presentar un nuevo ejemplar de la revista Actualidad Concursal, con lo cual aspiramos a que esta vez se regularice su circulación ojalá semestral, de modo que el Instituto pueda entregar diversas opiniones de los especialistas y relacionados con la materia concursal, con el fin de desarrollar la divulgación de opiniones, doctrina y jurisprudencia que sean necesarias en la búsqueda de la normalización de las relaciones entre deudores y acreedores.

Tratándose de deudores, los más significativos desde el punto de vista socioeconómico son las empresas como fuente de producción y de empleo que deben preservarse bajo cualquier régimen en el que se adopte un procedimiento concursal.

La reforma al régimen concursal colombiano anunciada por el Señor Superintendente de Sociedades como ley de “salvamento empresarial”, implica necesariamente replantear que la expresión concursal así como la expresión concurso cuando se trata de un “salvamento” implica que todos los acreedores, dado su carácter universal, sin excepción alguna, deban dirigirse por un solo camino procesal al esfuerzo de solucionar las dificultades de pago de una empresa, entendiendo por esta, la actividad económica organizada para producir, custodiar distribuir, circular bienes o prestar servicios.

Preciso es distinguir que la realidad económica y jurídica nos puede llevar a una liquidación del patrimonio para que la realización de los bienes que lo conforman o la adjudicación de los mismos, caso en el cual, ojalá dentro del mismo proceso, se satisfagan las acreencias de acuerdo a la clase de cada crédito sin perjuicio de que se busquen mecanismos para una ágil realización de las garantías, después de haber satisfecho las obligaciones laborales y fiscales con estricta sujeción a la prelación de créditos.

La propuesta de reforma al régimen vigente seguramente comprenderá normas que respondan a un concienzudo y objetivo análisis de que atendiendo el mandato del artículo 113 de la Constitución Política las funciones jurisdiccionales excepcionalmente atribuidas a la Superintendencia de Sociedades en materia concursal, deben asegurarse dotando de autonomía e independencia el poder jurisdiccional.

Las liquidaciones deben aceptarse como una realidad ante la cual habrá que someterse a unas normas que representen la justicia distributiva, en la medida en que normalmente los activos no son suficientes para cubrir la totalidad de las obligaciones adeudadas y por ello también merecen una revisión.

En materia de salvamentos empresariales es de tener en cuenta que son tan importantes desde el punto de vista socioeconómico las grandes como también las medianas y pequeñas empresas en un país con más de 1.700.000 registradas, de modo que el 95.3% son pequeñas empresas, el 3.5 medianas y apenas el 0.9 son grandes.

Desde luego que las grandes empresas son fuente generadora de producción, servicios y empleo y por ello también son además de imprescindibles, ineludible la necesidad de establecer un marco legal para preservarlas y más bien buscar su fortalecimiento.

Cuando existe una empresa, su subsistencia genera necesidades de orden público econó-

mico para su preservación, de modo que entre más empleo genere, más créditos comprometa y más proveedores que a su vez son empresas vincule a su operación hay mayor necesidad de preservarla.

Los colombianos son por naturaleza emprendedores en cualquier lugar adonde se encuentren y es por ello que se debe proteger y asegurar que esa imaginación creativa del sea estimulada y preservada, de modo que cuente con los instrumentos y oportunidades para desarrollar su ingenio y actividad.

En cuanto a la legislación vigente se ha persistido en el constante avance de los intereses particulares sobre los colectivos representados en la supervivencia de las empresas y por ello todavía nos encontramos decantando el alcance de las disposiciones de la ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias cuando ya han transcurrido más de 10 años de su vigencia; de igual modo, la trascendencia de la reforma constitucional del acto legislativo No. 4 de 2019 que le dio prelación a las sanciones fiscales cuyo alcance se buscó delimitar con el decreto 403 de 2020, constituye un desafuero institucional en la medida en que una gran empresa que bien puede ser protagonista en la conformación de la infraestructura vial del país que puede generar muchos miles de empleos y que establece relaciones jurídico-económicas con miles de proveedores no admiten que el estado por sancionar o reestablecer el patrimonio público sacrifique todo el conocimiento y la subsistencia de pequeñas y medianas empresas emprendedoras por cuanto la sanción o restablecimiento en esos casos puede significar el fin de la empresa.

La necesidad social de sancionar a los administradores, debe hacerse compatible con la inaplazable de conservar las unidades económicas que están construyendo la infraestructura del país con una experiencia, conocimientos y organización que se deben preservar sin dejar impunes las violaciones a la ley.

Con relación a los artículos incorporados a esta revista es de destacar el escrito por Felipe Rivas Tierradentro en el que en materia de DIP (Deptor In posesión Financial) en la que aboga por super privilegios para quienes financien a las empresas que se encuentren en reorganización. Debo indicar que los mecanismos establecidos en los decretos 560 y 772 los decretos no fueron objeto de la declaratoria de inexecutable determinada en la sentencia 790 de 2020 toda vez que dicha decisión judicial encontró que lo que contrariaba a la constitución nacional, no era el texto de los mencionados decretos, sino el haber pretendido a través de un artículo incluido en la ley que adopto el plan de desarrollo para prorrogar la vigencia de los mencionados decretos. Es de esperar que el proyecto de ley 106 del senado surta su trámite y el resultado del mismo sea la vigencia permanente de dichas disposiciones, con correcciones fruto de las lecciones recibidas a raíz de su aplicación.

De igual modo la colaboración con Alejandra Guardiola Rivera resulta interesante en lo relacionado con el método Kaizen que en buen romance significa cambio bueno. De modo que a través de pequeñas pero constantes modificaciones se pueden hacer grandes cambios en la legislación y la vida de la comunidad. Si bien es cierto la vida del derecho no es solo la lógica sino la experiencia es necesario indicar que la imaginación debe concurrir con la lógica para la satisfacción de las grandes necesidades de legislación y de cambio.

Julián Andrés Palacio Olayo propone modificaciones al artículo 17 de la ley 1116 de 2006 bajo la premisa de que las persistentes intervenciones de decisiones judiciales en los procesos de insolvencia atentan contra la imperiosa necesidad de agilidad de los mismos de modo que las autorizaciones previas a la celebración de negocios jurídicos dentro de la insolvencia constituyen un obstáculo para concluir que frente a la apremiante necesidad de una empresa en dificultades, el tiempo que pasa es la recuperación que huye.

De igual manera Oscar Daniel Salamanca Pérez escribió sobre las garantías mobiliarias y los diez años de vigencia de la ley en el que concluye que la mencionada ley no es incompatible con el salvamento empresarial. Al respecto siempre he estimado que la desintegración del patrimonio con el que se ha endeudado la empresa debería preservarse mientras no se dé un proceso liquidatorio. Este será seguramente un aspecto que será analizado en cualquier propuesta que se proponga tanto si se trata de iniciativa del gobierno o del legislador. Lo cierto es que la mayoría de los deudores que son simples consumidores de bienes de consumo durable tales como vehículos automotores no reclaman constituir una garantía mobiliaria sobre el bien que pretenden adquirir, toda vez que la financiación y garantías en todos esos casos son establecidas por los vendedores y financiadores de dichos bienes y no por los consumidores. Señala el doctor Salamanca las falencias del procedimiento de ejecución de las garantías como el punto más frágil de los mecanismos establecidos en la ley 1676. La reforma es una oportunidad para evaluar la conveniencia de solucionarlo.

Guillermo Ramírez colaborador permanente en el comité académico ,nos presenta un artículo sobre la justicia distributiva en los concursos, especialmente cuando se trata de obligaciones laborales, indicando que los privilegios a favor de los trabajadores en los procesos concursales obedecen a intereses políticos y morales ,agregándole de mi parte que existen otros acreedores que buscan privilegios sobre los demás, siempre buscando defender sus particulares intereses. En el caso de los créditos laborales, hay razones sociales, constitucionales y tratados públicos que representan un especial tratamiento a nivel mundial, independientemente de la razón política que haya existido para establecerlos.

Finalmente destaco la amable colaboración de la profesora Uruguaya y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Alicia Ferrer Montenegro quien además invita a nuestros adherentes a afiliarse al Instituto a nivel regional.

CAPITULO COLOMBIA:

Motor del IIDC y ejemplo de trabajo académico.

 **POR:** ALICIA FERRER MONTENEGRO

El Capítulo Colombia del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal me ha invitado a describir brevemente qué es el IIDC, quiénes lo integran, qué hemos hecho en estos casi 20 años de vida, cuál ha sido el rol del Capítulo Colombia y finalmente, me atreveré a invitar a todos los concursalistas colombianos a integrarse a nuestro Instituto.

En Córdoba, Argentina, se realizó en octubre del año 2000 el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Asistimos muchos latinoamericanos y europeos a ese congreso, y destaco especialmente la presencia del Prof. Jesús María Sanguino Sánchez y Luis Fernando Alvarado.

En una mesa de café, Sanguino, Alvarado, Creimer, Vaiser, Richard y quien esto escribe, comenzaron a gestar el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

A instancias del Prof. Sanguino y con el plácame de los demás.

Nos seguimos encontrando en diversos eventos académicos y la idea seguía prosperando y ganando adeptos.

Finalmente, en el año 2004 y con los consensos ya bien definidos, se concretó la idea que fuera finalmente plasmada en el Primer Congreso del IIDC en el que los fundadores aprobaron los estatutos, designaron presidente al Dr. Sanguino y secretaria a la Dra. Vaiser.



Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

Inolvidable ese 13 de octubre de 2005 en Barranquilla, día en el que 47 concursalistas constituyeron formalmente nuestro Instituto, entre ellos siete destacados colombianos.

A partir de ese momento, el IIDC no ha parado de crecer en cantidad de miembros, en la constitución de capítulos nacionales, pero sobre todo en actividad académica.

Deseo poner énfasis en la que considero la cláusula faro de los estatutos de nuestro IIDC -la que nos guía en todo momento en el hacer- la cláusula séptima.

Ella nos dice que debemos promover la investigación científica del Derecho Concursal en todas sus áreas.

Estudiar, analizar y comparar las normas que dicten los países del mundo que se encuentren relacionadas con el derecho Concursal.

Fomentar la difusión, conocimiento y desarrollo de todas las investigaciones afines al campo concursal.

Propiciar y realizar encuentros, seminarios, simposios congresos nacionales o internacionales para promulgar y divulgar las investigaciones que se realicen en materia de derecho Concursal.

Es en cumplimiento del mandato de los fundadores que cada año se han realizado los Congresos anuales en Colombia (2), México (3), Argentina (2), Italia (2), España (3), Chile (1), Puerto Rico (1), Brasil (1), Uruguay (2) y en tiempos de pandemia -2020 y 2021- Congresos virtuales.

A lo largo del año, el IIDC organiza al menos siete webinarios con participación de miembros de todos los capítulos y tratando los más diversos temas.

Se han publicado libros, y se seguirán publicando.

En todas y cada una de estas actividades ha habido brillante participación de expositores colombianos.

Mantenemos una delegación permanente ante UNCITRAL -integrada por miembros del capítulo Colombia- que mantiene una destacada labor.

También mantenemos delegación permanente en INSOL con similar destaque.

La web institucional mantiene actualizada la legislación internacional de la materia concursal, y publica constantemente novedades sobre la materia, y trabajos de sus miembros. Esta web está a cargo de una colombiana, la Dra. Rivera Andrade.

El Concurso anual de jóvenes concursalistas para que presenten sus investigaciones, con publicación de los trabajos y premio dinerario ha tenido una importante convocatoria.

Hoy día nos encontramos desarrollando un nuevo proyecto denominado Next Gen que busca acercar a los jóvenes talentos del derecho y la economía al estudio y difusión del Derecho Concursal. Investigar, compartir experiencias de cada jurisdicción, intercambiar problemáticas, etc., es el objetivo de este proyecto dirigido por los Dres. Diana Rivera (Co) y Diego Rodriguez (Ch). Destaco particularmente que el proyecto Next Gen tiene 23 participantes colombianos, mayoritariamente mujeres.

El IIDC ha crecido hasta tener hoy, poco menos de trescientos miembros, entre ellos 25 colombianos. Ciertamente que los colombianos muchas veces valen por 2 atento a su capacidad de trabajo y el importantísimo desarrollo que la investigación del derecho concursal tiene en este país. Nos gustaría que fueran más, que lo hay y muy buenos, como lo advertimos en cada Congreso nacional al que hemos asistido.

Termino con una invitación a los miembros del Capítulo Colombia del IIDC a que se unan a nuestro Instituto Iberoamericano.

Resulta bien sencillo: se propone el nombre acompañado de una hoja de vida por dos miembros de su capítulo y la próxima asamblea del IIDC a realizarse en octubre en Lima, Perú, los admite como asociados.

La reconocida actividad desplegada por nuestro IIDC ha tenido como resultado que la membresía resulta hoy un ítem destacado en la hoja de vida de nuestros miembros.

Quienes mejor lo han advertido son los jóvenes que permanentemente se postulan para ingresar y son hoy la sangre nueva que permite al IIDC mantener la pujanza intelectual en materia de investigación, y la introducción de los nuevos temas que hoy son de nuestra incumbencia, dirigidos y apuntalados por los “veteranos” concursalistas europeos y americanos.

Confiamos que prontamente tendremos una inmensa lista de solicitudes de ingreso a nuestro IIDC proveniente del Capítulo que dirige nuestro muy respetado fundador Luis Fernando Alvarado con la valiosísima compañía de otros destacados concursalistas.

Un saludo muy especial al Capítulo Colombia que es uno de los más potentes motores de nuestro IIDC, reconocido por todos los demás Capítulos como ejemplo de trabajo permanente y desarrollo y difusión de nuestro Derecho Concursal.

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y EL PRIVILEGIO DE CRÉDITOS LABORALES EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO:

Un análisis crítico desde la perspectiva de Robert Cooter.

📍 **POR:** GUILLERMO LEÓN RAMÍREZ TORRES¹

El privilegio de créditos laborales se refiere a la prioridad que tienen ciertas acreencias en los procesos de insolvencia de una empresa o empleador. La finalidad es garantizar que los trabajadores reciban sus pagos pendientes antes que otros acreedores, como proveedores o instituciones financieras y en consecuencia reducir el riesgo de que la masa de bienes sea insuficiente para atender sus reclamaciones.

En Colombia, esta figura está consagrada en el Código Civil y ha sido respaldada por otras fuentes del derecho, como el Código Sustantivo del Trabajo², tratados internacionales³ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴. Esta última



Counsel del área de Litigios, arbitraje e insolvencia de Garrigues.

- ¹ Counsel del área de Litigios, arbitraje e insolvencia de Garrigues. Abogado de la Universidad Externado de Colombia con especialización de derecho comercial de la misma. Cuenta con especialización en legislación financiera y maestría en derecho privado de la Universidad de Los Andes. Miembro del Instituto Colombiano de derecho Concursal. E-mail: Guillermo.ramirez@nemointsas.com.
- ² Artículo 157 Código Sustantivo del Trabajo: “*Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.*”
- ³ Convenio sobre la protección del salario, 1949, Artículo II.
- ⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1033 de 2007. Corte Constitucional. Sentencia C-145 de 2018. Corte Constitucional. Sentencia 387 de 2019.

es de especial relevancia, ya que ha establecido límites a la libertad configurativa del legislador en materia de prelación de créditos relacionada con esta figura. Más allá de las fuentes jurídicas formales, parece existir un consenso entre los operadores jurídicos sobre su legitimidad y necesidad.

La decisión de establecer privilegios en el ámbito legal es influenciada por los intereses políticos y morales de cada estado (Ramírez Torres,

2015). Esta medida se justifica con diversos fines, tales como la protección de derechos fundamentales de ciertos acreedores, la promoción de políticas sociales, así como la búsqueda de equidad y justicia. Esta aproximación se conoce como justicia distributiva, y uno de sus desarrollos más elaborados se encuentra en la teoría de la justicia de John Rawls.

Si bien la filosofía de la justicia distributiva es importante para distintos ámbitos del derecho – como el derecho constitucional y el tributario –, su aplicación para asuntos de derecho privado es polémica. Sobre este asunto, el trabajo de Robert Cooter es claro sobre los problemas de esa aproximación. Cooter formula cuatro críticas a esta aproximación sobre los que nos referiremos más adelante.

En este artículo pretendemos mostrar como las críticas de Cooter al uso de la justicia distributiva en el derecho privado se reflejan en el privilegio de los créditos laborales. En consecuencia, abogamos por una modificación a la forma en que está consagrada legalmente, no solo por las críticas a sus efectos sobre la eficiencia del mercado, sino su idoneidad para proteger los derechos de ciertos tipos de acreedores.

Para lo anterior el presente artículo tendrá el siguiente orden: i. En primer lugar, hablaremos sobre los principios de justicia distributiva y como los mismos se reflejan en el privilegio de los créditos laborales, ii. En segundo lugar, expondremos las críticas de Cooter a la aplicación de la justicia distributiva al derecho privado; iii. En tercer lugar, transpondremos esas críticas al privilegio de los créditos laborales colombiano, y agregaremos unos comentarios propios basados en nuestra experiencia. iv. En cuarto lugar, formularemos una propuesta de mejora frente a esa problemática.

1. Principios de justicia distributiva y el privilegio de créditos laborales en el derecho privado.

La justicia distributiva es un concepto filosófico que se ocupa de cómo se deben distribuir los bienes y recursos en una sociedad. Su finalidad es determinar que principios deben guiar la asignación equitativa de cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad teniendo en cuenta factores como la riqueza, los ingresos, las oportunidades, entre otros (Rawls, 1971).

En otras palabras, buscar establecer un marco para determinar como se deben repartir los recursos y oportunidades de manera que reflejen principios de equidad, igualdad o mérito, dependiendo de las decisiones morales que adopten los órganos políticos.

Una de las teorías que pretende guiar las decisiones morales de esos órganos es la expuesta por John Rawls en su teoría de la justicia. Uno de los pilares de esta es el denominado principio de diferencia. Bajo este se propone una forma de abordar las desigualdades sociales y económicas de manera justa.

El principio de diferencia establece que las desigualdades sociales y económicas son aceptables siempre y cuando beneficien a los menos favorecidos en la sociedad. Rawls propone un sistema en el que se permite cierta desigualdad siempre que dicha desigualdad mejore la posición de los individuos que se encuentran en la posición más desventajosa. Es un principio que busca maximizar el bienestar de los desfavorecidos (Rawls, 1971).

El principio de diferencia es esencial para la teoría de la justicia distributiva de Rawls porque aborda directamente la cuestión de cómo deben

—

“En este artículo pretendemos mostrar como las críticas de Cooter al uso de la justicia distributiva en el derecho privado se reflejan en el privilegio de los créditos laborales”.

—

distribuirse los recursos y las oportunidades en una sociedad. Busca establecer un marco ético que equilibre la libertad individual con la responsabilidad social y que tenga en cuenta la situación de aquellos que enfrentan desventajas (Rawls, 1971).

La justicia distributiva, según Rawls, implica garantizar que las instituciones sociales básicas distribuyan los beneficios y las cargas de manera equitativa. El principio de diferencia especifica cómo las desigualdades económicas pueden ser justificadas si contribuyen al mejoramiento de las condiciones de vida de los menos favorecidos.

La teoría de Rawls propone que, al diseñar las estructuras sociales y económicas, se debe tener como objetivo principal mejorar la posición de quienes tienen menos recursos y oportunidades. Este enfoque busca una distribución justa de los beneficios de la sociedad, con una atención especial a aquellos que enfrentan desventajas.

Esta teoría aparentemente abstracta irriga buena parte de nuestro ordenamiento jurídico. En materia tributaria, el principio de progresividad es una clara demostración de redistribución

de cargas y beneficios, buscando consigo mejorar la situación de los menos favorecidos (Cooter & Ullen, 2019)

El sistema de seguridad social por su parte pretende cargar a todos los contribuyentes en proporción a su ingreso y garantizar un acceso equitativo a todos los miembros de la comunidad. En el derecho energético, la licencia que autoriza explotar cierto tipo de recursos incluye distintas cargas relacionadas con el bienestar social de las comunidades localizadas en la vecindad de la actividad.

El privilegio de los créditos laborales es una expresión más del principio de diferencia en el ordenamiento colombiano. Los titulares de estas obligaciones son percibidos como personas menos favorecidas, cuya prosperidad depende del cumplimiento de las obligaciones de su patrono, fundamentalmente el pago del salario. En consecuencia, cuando la empresa o el patrono enfrenta una crisis financiera y se genera una imposibilidad de atender la totalidad de reclamaciones de sus acreedores, el legislador ordena que las obligaciones de esta naturaleza sean pagadas con preferencia a otras.



Esta visión se ha incrustado en el ordenamiento jurídico colombiano al punto de ser percibida como una institución inmutable y derivada directamente del *ius divinum*. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ayudado en esta visión al sostener que cualquier norma que afecte este privilegio es abiertamente inconstitucional (Rodríguez, 2008).

En ese sentido, pareciera que para el derecho colombiano debatir sobre la idoneidad y validez del privilegio de créditos laborales en el concurso, no solo es fútil, sino que roza la blasfemia.

2. Críticas de Robert Cooter a la justicia distributiva en el derecho privado.

Robert Cooter y Thomas Ullen son dos de los autores que más han impulsado el estudio del derecho desde la disciplina de la economía. Para estos autores, la forma en que tradicionalmente se estudian las soluciones a los problemas legales se fundamenta en la experiencia personal de los profesionales en la materia en vez de la observación y recopilación de datos (Cooter & Ullen, 2019). Esta situación ocasiona que en muchos casos las soluciones jurídicas parten de las experiencias y sesgos de los profesionales que se ocupan de la materia, más que de las verdaderas necesidades y falencias de esta.

Cooter no niega la utilidad del concepto de justicia distributiva en el derecho. Por el contrario, en áreas como el derecho tributario y las ayudas estatales, considera que proporciona un fundamento filosófico sólido. No obstante, en el ámbito del derecho privado, Cooter sostiene que, salvo en circunstancias excepcionales, su aplicación con fines de justicia distributiva debería evitarse.

Cooter formula cuatro críticas al uso de la justicia distributiva para resolver cuestiones del derecho privado: i. son imprecisas; ii. sus efectos son difíciles de predecir; iii. los costos de transacción derivados de las herramientas legales son altos;

y iv. las distorsiones que estas medidas generan sobre el mercado.

La primera de las críticas, la relativa a la imprecisión, señala que las reglas de derecho privado son demasiado crudas para alcanzar los fines de la justicia distributiva. En ese sentido, se advierte que las categorías en que se pretenden organizar los beneficiarios del principio de diferencia son tan amplias que pueden causar el efecto contrario.

Para ilustrar su argumento, Cooter utiliza como ejemplo una norma que busca favorecer a los consumidores de vehículos deportivos en detrimento de los productores. La premisa subyacente en esta idea es que los consumidores representan a personas menos favorecidas, mientras que los productores se asemejan a ricas corporaciones. Sin embargo, es importante señalar que ser consumidor de vehículos deportivos no siempre implica ser económicamente desfavorecido, y hay pequeños negocios que adoptan la forma de corporaciones. En este sentido, una regla que busque beneficiar a los consumidores de vehículos deportivos no necesariamente está aplicando el principio de diferencia.

La segunda de las críticas se refiere a la impredecibilidad de los efectos de este tipo de medidas. El derecho privado se ocupa de las relaciones entre particulares, quienes normalmente buscan maximizar su beneficio. En ese sentido, los particulares permanentemente navegan el mundo de las leyes buscando siempre obtener el máximo provecho posible.

Cooter pone como ejemplo un fallo de responsabilidad contra una corporación orientada a generar un beneficio a unos consumidores y reducir la riqueza de sus accionistas. Para asumir el fallo, la corporación puede optar por elevar el precio de sus productos de manera que el patrimonio de sus accionistas no se afecta, y por el contrario los consumidores se ven afectados por el aumento de precios.

La tercera crítica se refiere a que los costos de transacción de estas herramientas son altos y reducen el beneficio que pretenden reconocer. En este caso, el ejemplo de Cooter gira entorno a los honorarios de los abogados en un juicio de responsabilidad. Usualmente, la tarifa por este tipo de servicios es de hasta una tercera parte de la condena, lo que termina reduciendo el beneficio que recibe el beneficiario de la decisión.

La cuarta crítica se refiere a las distorsiones que este tipo de medidas genera en el mercado. En este caso, el ejemplo se refiere a una ley orientada a reducir los beneficios de un grupo de productores. Los inversionistas al ver una menor rentabilidad en ese mercado llevarán sus recursos a otras actividades por lo que habrá menos productores, menor oferta y en consecuencia precios más altos.

Las críticas de Cooter pueden verse abstractas y teóricas, sin embargo, las mismas han sido aceptadas y replicadas en distintos trabajos que abordan temas concretos. Por ejemplo, los estándares y códigos del Banco Mundial en materia de acceso al crédito y resolución de insolvencia (Banco Mundial, 2022), así como la Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas abogan por la reducción al máximo de los privilegios en materia de crédito (CNUDMI, 2007). En ambos casos, el fundamento de esa recomendación puede encuadrarse en las críticas 2 y 3, es decir su impacto en el mercado de crédito.

Sin embargo, con el fin de hacer explícito el propósito del artículo, a continuación, procedemos a detallar como esas críticas son aplicables al privilegio laboral colombiano. Igualmente pondremos un par de críticas propias a la figura.

3. Trasposición de las críticas de Cooter al privilegio laboral en el derecho colombiano.

El fundamento del privilegio de los créditos laborales en el derecho colombiano es un reflejo del

principio de diferencia de Rawls. La justificación para conceder un tratamiento especial a este tipo de acreedor es su estado de vulnerabilidad derivado de su dependencia del patrono. En un lenguaje sencillo, se le considera un desfavorecido o pobre.

En ese sentido, la trasposición de la primera crítica de Cooter es evidente. No es posible equiparar los conceptos de desfavorecido con trabajador. Lo anterior en tanto existen: i. trabajadores lo suficientemente ricos y capacitados para sobrellevar adecuadamente la insolvencia de su empleador y; ii. desfavorecidos que no se benefician del privilegio laboral.

Frente el primero de los casos, no es solo que una persona favorecida se aproveche de una ventaja que no debería tener, sino el efecto negativo que puede llegar a tener sobre otros acreedores de la misma clase que si lo son. Por disposición del artículo 2492 del Código Civil⁵, cuando los bienes no son suficientes para atender la totalidad de reclamaciones de una misma clase, el pago se hace a prorrata. En ese sentido, si la masa de bienes solo alcanza a cubrir el 50% de los créditos laborales, todos estos acreedores pierden la mitad de su crédito. La regla parece justa, pero dista de ser equitativa.

Si a un acreedor laboral se le reconocen diez millones de pesos, y a otro quinientos millones de pesos, la pérdida del 50% de su crédito no afecta a ambos por igual. Es probable que para el primero, la insolvencia de su empleador tenga un impacto más significativo en su estabilidad financiera que para el segundo.

⁵ Artículo 2492 del Código Civil. “Venta de los bienes del deudor. Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue.”

Por otro lado, debido a los altos costos del contrato laboral es usual que personas naturales presten sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios. En estos casos, no solo no cuentan con la protección de las prestaciones propias del contrato laboral, sino que en caso de insolvencia del contratante su crédito no goza de preferencia alguna.

Si a ese escenario agregamos la posibilidad de que en las corporaciones los administradores o controlantes que tuvieron incidencia en la insolvencia tengan contratos de trabajo y se beneficien del privilegio del crédito laboral en detrimento de los demás acreedores, no es difícil concluir que la primera crítica de Cooter no solo es certera, sino devastadora.

En conclusión, la idea de que el privilegio de créditos laborales está diseñado para proteger al desfavorecido no es más que una ilusión. La figura actual es una herramienta que favorece conductas oportunistas de ciertos tipos de acreedores en beneficio de terceros de buena fe y verdaderos acreedores desfavorecidos.

La segunda crítica, la imprevisibilidad, está relacionada con uno de los temas más debatidos en el derecho concursal colombiano en los últimos años: las garantías reales. Antes de la entrada en vigor de la Ley 1676 de 2013, la legislación de insolvencia y la jurisprudencia fueron reduciendo los derechos del acreedor garantizado en el concurso a un privilegio de segundo o tercer orden desligado completamente del bien en garantía (Banco Mundial, 2014).

Bajo esta situación las garantías reales no cumplían la finalidad para la que se encontraban diseñadas, pues no otorgaban ninguna protección al acreedor. En ese sentido, se volvió una práctica usual el uso de la propiedad en función de garantía ya fuera mediante la transferencia del bien que se pretendía usar en garantía al acreedor o a un tercero que adquiriría la condición de codeudor.

Originalmente, el “tercero elegido” fueron los patrimonios autónomos derivados del contrato de fiducia, sin embargo, con ocasión de la doctrina Paz del Río y su positivización en la Ley 550 de 1999 y 1116 de 2006 esta figura fue abandonada. En su lugar se prefirió la constitución de sociedades con único propósito de tener la propiedad del bien en garantía o terceros codeudores excluidos del régimen de insolvencia de la Ley 1116 o cuyo riesgo de insolvencia era más bajo.

Si bien la propiedad con función de garantía es una alternativa para la estructuración de un esquema sus costos son significativamente más altos, por las obligaciones tributarias, de escrituración y registro, que una garantía tradicional. Adicionalmente, privan al deudor/garante de poder utilizar el valor del bien que excede del crédito como garantía frente a otro acreedor.

En suma, mientras los acreedores profesionales requieran de medios para proteger su crédito, encontrarán los instrumentos legales que le permitan hacerlo. La barrera del privilegio laboral siempre puede ser evitada con el suficiente ingenio y previsión. Sin embargo, en estos casos el costo de la operación genera desperdicios.

La tercera, los altos costos de transacción, puede evidenciarse en los costos propios de los procesos de insolvencia. En tiempos del malogrado índice Doing Business del Banco Mundial, su última edición del año 2020 estimaba los costos de estos procesos en el 8,5% del patrimonio del deudor (Banco Mundial, 2020).

Lo anterior señala, que en un proceso de insolvencia promedio, el 8,5% del patrimonio del deudor no es utilizado para atender el pago de las reclamaciones, entre ellas las laborales, sino solo para solventar los gastos relacionados con el proceso. Esta cifra puede variar, dependiendo de la duración del proceso y la calidad de su patrimonio, sin embargo, es un valor alto.

En ese sentido, si la finalidad del privilegio sobre obligaciones laborales es proteger los derechos de este tipo de acreedores, existen herramientas menos costosas y que pueden ser más eficientes como los apoyos estatales o las pólizas de desempleo. Mas adelante nos referiremos nuevamente sobre este punto.

La cuarta crítica se refiere a las distorsiones que estas medidas generan en el mercado. Como regla general los privilegios tienen como efecto negativo el vaciamiento del valor del patrimonio del deudor para aquellos acreedores que no gozan de una preferencia. En ese sentido, estos acreedores soportan un mayor riesgo de insolvencia y en consecuencia están incentivados a: i. reclamar una mayor tasa de interés por un mayor riesgo o ii. solicitar la constitución de una garantía.

Los efectos de la mayor tasa de interés sobre el mercado no requieren de mayor explicación. A pesar de que las organizaciones políticas son propensas a establecer privilegios a favor de ciertos acreedores, un Estado serio y comprometido con el crecimiento económico debería siempre tener como referencia cual es el impacto sobre las tasas de interés de esa medida. Sin embargo, las experiencias recientes en Colombia muestran que no es un aspecto que se tengan en cuenta y generalmente cede a otros intereses⁶.

Respecto de las garantías, si bien las mismas son una herramienta idónea para promover el acceso al crédito y reducir la tasa de interés, su finalidad no es compensar el mayor riesgo que enfrenta un acreedor por un sistema de prelación de crédito ineficientemente diseñado.

do. En ese sentido, parte del potencial de la garantía para incentivar el otorgamiento de crédito se ve mermado por el establecimiento de privilegios que le compite, y como en el caso del crédito laboral que prevalecen sobre el garantizado.

Ahora bien, más allá de la trasposición de las críticas de Cooter al privilegio de los créditos laborales, no sobra cuestionarse sobre la eficiencia de este. Si el constituyente y el legislador han estimado que los derechos de los acreedores laborales son tan valiosos para la sociedad colombiana y merecedores de una tutela de origen constitucional ¿Concederles el primer orden dentro de la prelación de créditos es protección suficiente?

Cuando en una liquidación la situación de los acreedores laborales es crítica, es usual que las autoridades tratan de transmitirles tranquilidad advirtiéndoles sobre el privilegio del crédito laboral. Sin embargo,

de poco sirve ese lugar en la fila cuando hay poco o nada para repartir o cuando los activos de la masa son de tan baja calidad que su realización es imposible o debe hacerse a un valor bajo.

Más aún ¿puede decirse que se cumplió con la protección constitucional del acreedor laboral al pagar su crédito con la adjudicación de una cuota ideal de dominio sobre un inmueble junto a otros miles de acreedores?⁷

4. Alternativas y Propuestas de Mejora.

Parece que existe consenso en la comunidad jurídica colombiana sobre la necesidad de

“Cuando en una liquidación la situación de los acreedores laborales es crítica, es usual que las autoridades tratan de transmitirles tranquilidad advirtiéndoles sobre el privilegio del crédito laboral”.

⁶ Ejemplos de los anteriores se pueden encontrar en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, el numeral 5 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019.

⁷ Cfr. Auto 2022-01-870887 de 7 de diciembre de 2022. Proceso de liquidación judicial de Pizano.

proteger el crédito laboral ante la insolvencia del empleador. Ahora bien, si esa es la decisión moral que adoptamos como sociedad, lo coherente es establecer un mecanismo de protección eficiente y no un consuelo de tontos como el actual.

Lo ideal sería abandonar la protección a este tipo de acreedor a través del establecimiento de un privilegio de crédito y hacerlo mediante otros mecanismos, como programas de asistencia estatal, pólizas de desempleo o fondos de solidaridad, con subrogación del crédito a favor del trabajador. Sin embargo, el desarrollo de estas soluciones va más allá de una simple modificación normativa y requiere el diseño de un sistema de administración, la creación de entidades que administrarán los recursos y de quienes las supervisarán, creación de productos financieros y la elaboración de un marco regulatorio apropiado.

Lo factible en el corto plazo es un ajuste a las normas que regulan ese privilegio, para lo cual considero necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

- Extender el privilegio incluso a las personas físicas vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios. Esto con el fin de otorgar la misma protección a otros sujetos desfavorecidos.
- Limitar el valor del privilegio a una suma máxima, por ejemplo, cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes y que el saldo tenga el tratamiento de crédito quirografario. Lo anterior con el fin de evitar que acreedores laborales que no se encuentran en desventaja se beneficien desproporcionadamente del mismo.

- Excluir del privilegio a administradores y accionistas controlantes. Lo anterior con el fin de evitar conductas oportunistas de este tipo de sujetos que buscan beneficiarse del privilegio en perjuicio de acreedores de buena fe.

Bibliografía.

Banco Mundial. (2014). *Informe sobre derecho del crédito e insolvencia (ICR ROSC) Colombia*. Washington: Banco Mundial.

Banco Mundial. (2020). *Doing Business 2020*. Washington: Banco Mundial.

Banco Mundial. (2022). *Banco Mundial principios para Regímenes Efectivos de Insolvencia y de Derechos de Acreedores y Deudores*. Washington .

CNUDMI, C. d. (2007). *Naciones Unidas*. Obtenido de un.org: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lgst-s.pdf>

Cooter, R. D., & Ullen, T. (2019). *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Ramirez Torres, G. L. (2015). Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias. *Revista de Derecho Privado*, 1-37.

Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

Rodriguez, J. (2008). El Derecho Concursal Colombiano A La Luz De La Constitucion. *Revista e-mercatoria*, 1-53.

DIEZ AÑOS PARA EJECUTAR UNA GARANTÍA

Bajo la Ley 1676 de 2013.

✉ **POR:** OSCAR DANIEL SALAMANCA PÉREZ¹



Asesor de la Superintendencia de Sociedades.

Una década después de la expedición de la Ley 1676 de 2013, aún existen disertaciones sobre si debe llamarse Ley de Garantías Mobiliarias o no. La problemática es de gran relevancia si se tiene especial consideración que la finalidad de dicho articulado es proteger y dinamizar el mercado del crédito, bajo el entendido que la financiación es el motor del desarrollo económico del país pues impulsa el tejido empresarial.

La realidad paralela que plantea los procesos concursales, no se salvó de la mencionada discusión; por el contrario la ha nutrido e incluso promovido pues en esta tipología de procedimientos se dieron las primeras aplicaciones de la Ley. Pa-

radójicamente, bastaron 3 artículos (50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013) para cambiar el entendimiento de los procesos concursales y consecuentemente ponerle un mayor grado de complejidad a la discusión. A esto debe sumársele el hecho que tratando de proveer soluciones a la problemática, el legislador terminó dando mayor tema de discusión al regular por vía Decreto Reglamentario 1074 de 2015, la forma de hacer exigibles las garantías en más de 70 artículos, que adolecen de precisión y claridad, especialmente cuando se entremezclan las ejecuciones individuales y las concursales. No obstante, secreto a voces concluye que pareciera que es mejor tenerla a que no.

El ecosistema concursal colombiano despertó del letargo que impuso los acuerdos de reorganización con duración de 10 años, así como las adjudicaciones en pro indiviso dentro de proceso de liquidación. Como todo cambio, generó resistencia, y no sólo se vio dentro de los abogados acostumbrados a litigar tasa y plazo en los Acuerdos de Reorganización, sino que también se le dificultó al operador jurídico especializado. En la opinión de algunos, pareciera que fue a quien más le costó adaptarse a la nueva normatividad; paradójico pues el heroico juez Hércules es de quien se espera mayor proactividad para la debida interpretación de la Ley.

Entonces, la problemática sobre el entendimiento de la Ley 1676 de 2013 en los procesos concursales obedece a que el legislador muchas veces pareciera estar redactando epopeyas, a lo que se le suma que los intérpretes encuentran su razón de ser en la litigiosidad, y un juez que no está del todo convencido de los cambios que implicó dicha normatividad. En arduos ejercicios de hermenéutica, criticables pero siempre valerosos, la jurisprudencia ha tratado de darle horizonte a la referida problemática, no siendo siempre satisfactoria para todas las opiniones pero sí evidencia la valentía y el aguante que tiene el juez.

La Ley de Garantías Mobiliarias, que para los procesos concursales se entiende como Ley

¹ Asesor de la Superintendencia de Sociedades.

de Garantías Reales pues ya es tranquilo el entendimiento que también es aplicable para bienes inmuebles, replanteó el concepto angular de prelación de créditos buscando reivindicar los derechos que el propio Código Civil le otorgó al acreedor garantizado, y que el régimen de la Ley 1116 de 2006 habían inhabilitado especialmente en sus artículos 17 y 43 numeral 2. En verdad, le regresó el peso al concepto de derecho real y el entendimiento de preferencia especial, bastando leer los artículos 2498, 2500 y 2501 del Código Civil.

Desde una perspectiva sustancial, lo mencionado resume en grandes rasgos lo que trajo la nueva normatividad de garantías al ordenamiento jurídico, pues en conclusión se le otorgó la posibilidad al acreedor garantizado de poder volver a ejecutar su derecho real, logrando con ello satisfacer las obligaciones principales y accesorias. Ahora, desde una perspectiva procedimental, la aplicación de la Ley 1676 de 2013 no resulta pacífica, especialmente si se tiene en consideración que se trata de normas que se están adaptando a procedimientos *sui generis*, como lo son los trámites concursales, con lo que su implementación es un reto a superar para alinear los fines de ambos regímenes.

A manera de reflexión y síntesis de lo paradigmático que puede ser la discusión, vale la pena retomar el concepto de pago preferente que trae la normatividad, en el que el acreedor garantizado luego de agotada la carga procesal de oponibilidad de la garantía, i) puede pedir que se le pague su crédito en los términos inicialmente pactados al margen del proceso concursal, o ii) ejecutar la garantía para satisfacer sus acreencias con cargo al producto del bien subyacente. No obstante, se ha aceptado una tercera posibilidad en varios casos, consistente en que pueda pagarse el crédito garantizado dentro del Acuerdo de Reorganización, en condiciones preferentes siempre y cuando se verifique la voluntad del acreedor de someterse a dichos términos. El sustento legal para esto no está definido en la Ley 1676, sino que

se llega a ello de articular las reglas de obligaciones del Código Civil, así como el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006.

De otra parte, aunque no sea de buen recibo por los abogados del negocio financiero, las prerrogativas derivadas de la Ley 1676 de 2013 no son absolutas, pues existen derechos superiores que no pueden omitirse ni menoscabarse por la protección económica que tienen los acreedores garantizados. Ejemplo de esto ya lo mencionaba la propia Ley al referirse a los créditos pensionales. Posteriormente, en la sentencia C-145 de 2018, la Corte Constitucional indicó que el juez de la ejecución debe realizar una verificación de suficiencia de bienes para el pago de acreencias laborales y alimentarias. En la misma línea, en el caso Pizano, la Superintendencia definió que en los procesos liquidatorios, los acreedores garantizados deben ceder en su preferencia especial cuando no existe suficiencia de activos para impulsar el desarrollo del proceso, pues está por encima la necesidad de materializar el acceso a la administración de justicia.

Con ello, créditos conexos con prerrogativas constitucionales, se han sobrepuesto a los beneficios de los acreedores garantizados bajo Ley 1676 de 2013, con lo que veremos hasta qué punto se mantendrá esa línea, especialmente cuando se pongan los acreedores garantizados a confrontar sus privilegios con los acreedores promitentes compradores de vivienda. Una crónica anunciada de lo que debió prever el legislador y que no deja de crear grandes interrogantes, como lo puede ser el entendimiento del concepto de “suficiencia de bienes” que estableció en la sentencia de constitucionalidad ya referida.

La faceta procesal de la Ley no es menos compleja. El legislador no fue claro sobre el procedimiento aplicable a pesar de que la norma regula la oponibilidad y la ejecución de las garantías. Es claro que el objetivo de la Ley es desjudicializar las relaciones crediticias y la materialización de las garantías, por lo que propende por lograr

mecanismos alternativos que no requieran de la intervención del Juez para tal fin. Sin embargo, especialmente en el escenario concursal, no es del todo claro cómo convive la desjudicialización considerando que el Juez Concursal debe propender por proteger los intereses de los deudores y de otros acreedores.

La tensión entre los fines de la normatividad de garantías versus la finalidad de los concursos, varía según se trata de un proceso recuperatorio o liquidatorio, consideración no menor porque en el último de los casos existen aún mayor riesgo de incumplimiento de los créditos. En estos casos, los acreedores garantizados podrían canibalizarse por hacer exigible su derecho real, aunque no siempre la materialización del bien termina siendo la mejor solución.

En el Auto 2023-01-736586, la Superintendencia en un esfuerzo interpretativo, recopiló consideraciones dispersas con el fin de construir una decisión que hilvanara la línea jurisprudencial en torno a la ejecución de garantías bajo la normatividad Ley 1676 de 2013. Para los procesos concursales recuperatorios precisó que se debe diferenciar entre la autorización de la ejecución de la garantía y el trámite correspondiente. Lo anterior sobre la premisa que una ejecución de garantía no deja de ser un procedimiento que debe iniciar y terminar con una providencia, sin importar si adelante ante su Despacho u otra autoridad convencional.

En esa misma decisión precisó que en la autorización que imparta, el juez del concurso valorará su procedencia una vez encuentre acreditado que i) existe suficiencia de bienes para la atención de las acreencias con preferencia constitucional conforme lo indica la C-145 de 2018, ii) así como que la garantía se hizo oponible en la oportunidad procesal correspondiente y continúa vigente, y iii) que el acreedor garantizado no se haya adherido a los términos del acuerdo de reorganización celebrado. Esto acompasa en tono con el principio de universalidad en su faceta objetiva y subjetiva pues debe

respetarse que la totalidad de acreencias deben concurrir al proceso recuperatorio, así como la totalidad de los bienes del deudor deben ser revelados para la toma de decisiones de los acreedores entorno a la recuperación del sujeto concursado.

Por esto resulta poco aceptable la postura de aquellos abogados en los que retumba la idea que los procesos concursales se acabaron con la Ley 1676 de 2013, pues 10 años después de su expedición siguen tramitándose e iniciándose nuevos, lo que por el contrario demuestra que se dinamizó las negociaciones para que se logren mejores arreglos con los acreedores bajo el horizonte de la recuperación del deudor. Esto con un mensaje entre líneas, y es que la regulación prudencial financiera tampoco le permite a las entidades financieras -que son los profesionales en asumir riesgos con garantías-, volverse agentes inmobiliarios o concesionarios de venta de vehículos usados. Entonces es claro que existen incentivos para lograr arreglos y no acabar la operación del concursado pues es preferible recibir liquidez y no activos sujetos a deterioro o difícil comercialización.

Está comprobado que el régimen concursal y el de las garantías 1676 de 2013 pueden convivir, claro está que no es de forma pacífica. La vida de una garantía se resume en tres momentos importantes, de los cuáles los dos últimos se dan ante el proceso concursal: i) la celebración de la garantía, ii) la oponibilidad, y iii) la materialización de sus prerrogativas. Dentro del último estadio, vale la pena llamar la atención de la difícil articulación entre ambos regímenes para la oportunidad de solicitar la ejecución de una garantía. La normatividad de reglamentación trató de hacer una distinción entre bienes necesarios o no para la operación del deudor, que no tiene un gran impacto en el desarrollo del proceso concursal, por cuanto basta que el deudor declare de manera simple que todos sus activos objeto de garantía tienen esta condición.

Lo que pretendía el legislador era lograr que las ejecuciones de las garantías sobre bienes no

necesarios fueran mucho expeditas e incluso no superaran el tiempo de negociación del acuerdo de reorganización. No obstante la misma normatividad, en lo que pareciera ser una más de las contradicciones o imprecisiones, señaló que sólo operará el pago de las acreencias garantizadas una vez confirmado el acuerdo de reorganización, como lo señala el inciso sexto del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013. Entonces, solicitar la ejecución de una garantía sobre un bien no necesario para la operación desde la firmeza de la providencia que aprueba la calificación y graduación de créditos, no resulta de mayor utilidad pues en todos los casos, el pago quedará suspendido a que se logre la confirmación del acuerdo.

Siendo un choque evidente entre la expectativa y la realidad, y que el régimen concursal termina sobreponiéndose sin perjuicio de la especialidad de la normatividad que le asiste conforme lo señala el último inciso del artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, existen aspectos que aún no se han precisado y que seguramente darán mucho litigio del que hablar. Por ejemplo, aún no se ha definido con claridad por la jurisprudencia sobre qué sucederá con una ejecución de garantía autorizada antes de la confirmación del acuerdo por tratarse de un bien no necesario, pero que los demás acreedores y el deudor no logren su aprobación por el Juez Concursal, pues en esos casos no se logrará materializar el pago derivado de la ejecución de la garantía y además habrá iniciado el proceso liquidatorio. Tampoco se ha decantado cuál podría ser un eventual término de prescripción o caducidad para activar la ejecución de la garantía, otra incógnita que también responderá el juez pues la legislación quedó corta.

A los retos ya descritos, se le suma la necesidad de precisar el mecanismo de ejecución a implementar. Este paso resume en gran parte las bondades que trae la Ley, pues le permite al acreedor garantizado adoptar la metodología que más le convenga. Es por ello que el juez concursal debe atender esa decisión pues la desjudicialización es una bondad que puede imprimirle eficiencia a la

satisfacción de los créditos. En este aspecto, la normatividad no es precisa en indicar cómo debe entenderse los caminos a tomar para ejecutar las garantías, especialmente porque el artículo 58 de la Ley 1676 de 2013 indica que puede ser de naturaleza judicial o especial dependiendo de lo definido por las partes.

Adicionalmente, si bien el Decreto 1074 de 2015 debía precisar la diferenciación de esto junto a las formas de ejecución individual y concursal, lo cierto es que no lo hizo, y entremezcló disposiciones que le son aplicables a mecanismos judiciales, extrajudiciales, concursales e individuales. Esto es un gran obstáculo para la eficacia de la norma, pues la falta de claridad junto a un juzgador tímido, pueden llevar a que sea inoperante la norma, que pudiera ser la razón por la que ha tardado 10 años para agotarse en su totalidad una ejecución concursal de garantía.

La Ley 1676 de 2013, en sus artículos 60, 61 y 62 indica cuáles son los procedimientos de ejecución de garantías: i) la ejecución judicial, ii) el pago directo, y iii) la ejecución especial de la garantía. Empero, no hay norma precisa que indique cuáles son compatibles con los trámites concursales recuperatorios, considerando que se adelantan ante un juez. El Decreto 1074 de 2015 se limita a señalar en sus artículos 2.2.2.4.2.36 y 2.2.2.4.2.37, la posibilidad que el acreedor garantizado ejecute su garantía mediante la apropiación o enajenación, sin brindar una claridad al respecto.

La Superintendencia de Sociedades aplicando la remisión que hace al artículo 69 de la Ley 1676 de 2013, concluyó que la apropiación y la enajenación definidos en los artículos 2.2.2.4.2.36 y 2.2.2.4.2.37 corresponden a ejecuciones especiales de la garantía, y que son aplicables por disposición legal. Sin perjuicio de ello, también expuso que resulta posible que se dé prevalencia al procedimiento contenido en el contrato pues en verdad ese era el objetivo de la regulación de dicha normatividad, en la medida que pretende otorgarle herramientas a los acreedores garan-

tizados para hacerse a un lado del proceso concursal.

Así las cosas, cuando se agote el procedimiento de ejecución de la garantía en los términos del contrato, es decir por fuera de la jurisdicción concursal, lo que se esperará es que retornen los saldos excedentes que deje la realización del bien para la atención del pasivo insoluto, o en su defecto se indique cuál es el saldo que deberá reconocerse en el proceso como crédito quirografario al no haberse extinto en la ejecución. Esto aclaró gran parte del camino que deberá surtir el acreedor garantizado.

Una vez autorizada la ejecución de la garantía en el marco de la apropiación o la enajenación de la que conocerá el Juez Concursal, y requerida la inscripción del formulario de ejecución de la garantía conforme lo indica el artículo 2.2.2.4.2.50 del Decreto 1074 de 2015, es imperativo que se ordene la entrega del bien al acreedor garantizado pues es la forma de materializar su derecho de aprehensión conforme lo señala los artículos 2.2.2.4.2.68 a 2.2.2.4.2.70 del Decreto 1074 de 2015, 68 y 75 de la Ley 1676 de 2013. La relevancia de este punto se resume en la protección del bien objeto de la garantía, así como la posibilidad de determinar con certeza su valoración para la satisfacción del crédito.

Ahora, en lo que respecta a la valoración del bien que satisfecerá con su producto el crédito garantizado, tampoco existe una precisión legislativa que defina cuál será que tome en consideración el juez del concurso dentro de la enajenación o la apropiación. El artículo 2.2.2.4.2.55 del Decreto 1074 de 2015 señala que corresponderá a aquel que haya sido aprobado por el juez del concurso, no obstante ello no garantiza que el valor del bien se mantenga actualizado, tampoco que sea la decisión proferida en la providencia de aprobación del inventario valorado la que deba trasladarse al momento de la ejecución.

En Auto 2023-01-963097, el juez concursal especializado aclaró que ante la ausencia de pre-

cisión de la norma para la determinación de la valoración de los bienes objeto de la garantía, se debe recurrir a principios generales del derecho como lo son la economía procesal y la autonomía de la voluntad. Esto con miras a permitir que se preserve el avalúo que haya sido aprobado al interior del proceso concursal en el inventario valorado de activos, así como la posibilidad de actualización del mismo en atención a la necesidad de mantener el valor real para salvaguardar los derechos del deudor, del acreedor garantizado, e incluso de los demás acreedores del concurso que tengan la expectativa en la prenda general de la masa de bienes.

En los casos en que se opte por la actualización del valor del bien, en aplicación a las reglas de analogía por la ausencia normativa contenida en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, indicó que lo procedente es dar trámite a las reglas contenidas en el artículo 444 del Código General del Proceso para garantizar la contradicción en la fijación del avalúo a tenerse en cuenta en la ejecución. Lo anterior evidencia una vez más la falencia legislativa que puede ser saneada con una confianza en la interpretación del juez, y claro está, que el operador jurídico no sea un convidado de piedra que vea el tiempo pasar.

Finalmente, agotada toda la anterior tramitología, el Juez del Concurso requerirá para que se allegue la liquidación del crédito a satisfacerse con el producto del bien, conforme lo indican los procedimientos establecidos en los artículos 2.2.2.4.2.16 y 2.2.2.4.2.17 del Decreto 1074 de 2015.

Puede que la problemática enunciada explique la razón de ser de la poca actividad judicial concursal para la ejecución de las garantías, no siendo una justificación valedera, pero que si invita a replantear si realmente la solución a toda la problemática es legislar como lo aclaman eufóricas voces, porque gran parte de la dificultad planteada emergió de la falta de técnica legislativa, con el agravante que esa falta de claridad en la norma resultó ser el Talón de Aquiles del juez Hércules.

ANÁLISIS REGULATORIO DEL FINANCIAMIENTO POST-CONCURSAL

o Debtor in Possession Financing

👤 **POR:** JUAN FELIPE RIVAS TIERRADENTRO¹



I. Introducción

Uno de los principales retos para una empresa en crisis que accede a mecanismo concursal recuperatorio es continuar con su actividad empresarial durante el proceso. Para tal fin, es indispensable contar con el acceso a recursos financieros cuyo uso le permita al deudor continuar con el desarrollo de su actividad económica, mientras se negocia un acuerdo de reorganización que le permita normalizar su situación de sobreendeudamiento.

El financiamiento DIP tiene por racional principal preservar y maximizar el valor de una empresa viable. Sin este financiamiento, es probable que el deudor caiga en una espiral de incumplimientos, inhabilidad para continuar o iniciar nuevos proyectos, descontento de sus operarios, entre otras situaciones críticas que, en últimas, implican que sus acreedores tengan mayores incentivos para liquidar la empresa que para salvarla (Gurrea Chalé, 2022).

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, candidato a especialista en Derecho Financiero y de Mercado de Valores de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado en la firma López Montealegre & Asociados Abogados.

En síntesis, una empresa inicialmente viable, ante su incapacidad para obtener financiamiento, puede tornarse en una empresa inviable. Por ende, se trata de un factor indispensable con el cual el deudor debe contar de forma previa al inicio de un proceso concursal. La financiación de la actividad empresarial durante el proceso es crítica y el éxito de su recuperación podría depender de este factor.

II. Objetivos del DIP Financing

Las leyes concursales, desde una perspectiva regulatoria, se justifican en la medida en que, sin estas, los acreedores tienen mayores incentivos para ejecutar individualmente sus obligaciones que obrar de forma coordinada para reorganizar los activos de la empresa de una manera que genere mayor valor para todos los acreedores y la comunidad en general (Baird & Jackson, 1984).

Las leyes concursales no solo proveen un marco regulatorio que facilite la renegociación de los términos de las diferentes relaciones económicas entre los acreedores y la empresa ante el advenimiento de una situación de crisis (Casey, 2020); estas también tienen por objeto proveer un marco regulatorio para suministrar liquidez a estas

empresas, a partir del reconocimiento de superprivilegios dispuestos para facilitar su financiación (Ayotte & Skeel, 2013).

De esta manera, en línea con el objetivo principal de preservar y maximizar el valor de las empresas viables, pero en situación de iliquidez, para el beneficio de sus acreedores y la comunidad en general, la doctrina ha identificado los siguientes objetivos del financiamiento post-concursal (Gurrea Martínez, 2022):

1. Facilitar la obtención de recursos financieros para iniciar o continuar proyectos propios de la actividad empresarial del deudor que ofrezcan un valor presente neto positivo y así facilitar su reactivación
2. Mejorar el retorno del valor adeudado a sus acreedores a partir del otorgamiento de financiación para la reactivación de la actividad económica del deudor.
3. Enviar un mensaje al mercado de confianza en el deudor y de probabilidad de éxito de su reestructuración, a partir de la confianza de diferentes agentes económicos que trasladan recursos financieros para la reactivación del deudor.
4. Mejorar el gobierno corporativo de la compañía en situación de crisis. Usualmente, los contratos de financiamiento DIP se componen de una serie de obligaciones de hacer y no hacer, así como de la creación de nuevos roles y competencias a favor de los acreedores DIP para dirigir o influenciar en decisiones importantes del gobierno de la compañía de una manera más eficiente (Gurrea Martínez, 2022).

Con base en los anteriores objetivos, los marcos regulatorios sobre financiamiento DIP se han estructurado a través de incentivos para el financiamiento de empresas en crisis. Los principales incentivos son el privilegio del dinero nuevo y otras

protecciones adicionales o superprivilegios que tienen por objeto incentivar y generar confianza a los acreedores y otros terceros para otorgar financiamiento a su deudor (Gurrea Chalé, 2022).

III. Como opera el DIP Financing desde la perspectiva jurídica

En primer lugar, está la preferencia de los créditos contra la masa o de gastos de administración, en virtud del cual el financiador podrá exigir el pago de sus obligaciones antes que las obligaciones objeto del proceso de insolvencia o, al menos, antes que los acreedores sin garantía real (CNUDMI, 2006).

Ciertas legislaciones contemplan un superprivilegio que consiste en una preferencia sobre otros créditos contra la masa o gastos de administración, de manera que el financiador sería el primero en obtener el pago de sus obligaciones, aun antes que otros acreedores con esta preferencia (Gurrea Chalé, 2022).

En segundo lugar, el financiamiento DIP podría requerir del otorgamiento de garantías reales. En estos casos, los superprivilegios podrán materializarse de tres formas (Gurrea Chalé, 2022):

1. La garantía real recae sobre un bien libre de gravámenes, en cuyo caso, usualmente, se requiere de la autorización del juez del concurso;
2. La garantía real recae sobre un bien sobre el cual ya se ha constituido una garantía real, pero se otorga una preferencia de segundo grado sobre el mismo bien a favor del financiador DIP (*"junior lien"*);
3. La garantía real recae sobre un bien sobre el cual ya se ha constituido una garantía real; pero, bajo condiciones excepcionales, se autoriza que las preferencias previamente constituidas sobre el activo se subordinen a favor de la preferencia ob-

jeto de la garantía real del financiador DIP (“*senior lien*”).

En estos casos, como en Estados Unidos, el juez del concurso puede autorizar la subordinación de las preferencias de los demás acreedores garantizados; siempre y cuando, se les haya otorgado una protección adecuada, como el prepago parcial o total del crédito, la sustitución del bien garantizado, entre otras.

A partir de lo anterior, en la medida en que se otorguen todos o alguno de los anteriores superprivilegios, la doctrina ha clasificado los diferentes regímenes concursales en sistemas sin ningún tipo de regulación DIP, regulaciones débiles, regulaciones quasi fuertes y regulaciones robustas para el financiamiento DIP (Gurrea Martínez, 2022).

Finalmente, algunas de las obligaciones que se causan con posterioridad al inicio del proceso pueden corresponder a la mera continuidad de contratos para el suministro de bienes y servicios necesarios para que la empresa en crisis pueda continuar operando durante el concurso (Gurrea Chalé, 2022).

Sin embargo, en mi criterio, la mera continuidad o renegociación de las relaciones comerciales con el deudor no corresponden a un financiamiento DIP, pues este debería suponer el traslado de recursos financieros para que el deudor los aplique a inversión en proyectos de su actividad productiva y que ofrezcan un valor presente neto positivo y así facilitar su reactivación

Por esta razón, más allá del reconocimiento del superprivilegio de gasto de administración para incentivar a los proveedores a continuar con la relación comercial para la continuidad de la operación de su deudor, la regulación debería reservar los demás superprivilegios para los financiadores DIP.

A continuación, dos ejemplos de regulaciones sobre financiamiento DIP:

i. DIP Financing en Estados Unidos

A. Breve reseña sobre el financiamiento DIP en Estados Unidos

El financiamiento DIP en Estados Unidos sienta sus raíces en la crisis de los ferrocarriles de finales del siglo XIX. Con la finalidad de facilitar el financiamiento de corto plazo para pagar proveedores, trabajadores y otros acreedores esenciales para la operación de los ferrocarriles, las cortes crearon un título denominado “*receiver’s certificate*” (Skeel, 2003).

Estos títulos le otorgaban o reconocían a sus tenedores una preferencia sobre sus créditos para pagarse antes que todas las demás obligaciones del deudor, incluso antes que la deuda senior, dando origen así a lo que hoy conocemos como preferencia de gastos de administración (“*administrative expenses*”) (Skeel, 2003).

En otras palabras, se trataba de un superprivilegio para los acreedores o terceros interesados en financiar al ferrocarril a cambio de recibir estos títulos que representaban un derecho para reclamar en primer orden el pago de sus acreencias (Skeel, 2003).

Hoy en día, el financiamiento concursal en Estados Unidos tiene otras funciones que movilizan a los acreedores y otros terceros, particularmente, bancos comerciales y fondos de inversión colectiva, a financiar a empresas en situación de estrés financiero, por ejemplo, la adquisición del control de la empresa o para obtener el pago anticipados de sus acreencias a través de los denominados “*roll-ups*” y “*cross-collateralisation*” (Gurrea Martínez, 2022).

B. Estructura regulatoria del financiamiento DIP en Estados Unidos

La financiación DIP en Estados Unidos se encuentra prevista en las secciones 363 y 364 del Código de Bancarrota. En virtud del primero, el

deudor puede utilizar el dinero u activos equivalentes que genere la actividad empresarial de la masa² para continuar operando el negocio, con excepción de aquellos recursos que se hayan comprometido para garantizar el cumplimiento de una obligación, según lo dispone la sección 363 (a) y la sección 363 (c)(2) (Warren, 2008).

Sin perjuicio de lo anterior, con seguridad la masa requerirá que recursos adicionales a los que esta misma produce para continuar con la operación e invertir en nuevos proyectos que le permitan reactivar su actividad económica y pagar a sus acreedores. En ese orden de ideas, la sección 363 (c) y la sección 364 regulan la facultad del deudor o del administrador concursal para obtener financiación dentro del curso ordinario de los negocios de la masa o por fuera de este (Warren, 2008).

La aplicación de la sección 364 es progresiva en la medida en que sólo habrá lugar al reconocimiento de los superprivilegios previstos en la sección 364 (b), (c) y (d) cuando el deudor en posesión demuestre que, pese a sus esfuerzos para obtener financiamiento dentro del giro ordinario de sus negocios, esto no fue posible. La sección 364 presenta los siguientes 4 niveles de financiamiento DIP (INSOL, 2018):

1. La sección 364(a) prevé la obtención de financiamiento sin garantía dentro del giro ordinario de los negocios; por lo cual, no habrá necesidad de solicitar la autorización de la corte de bancarrota. En este caso, el crédito tendrá preferencia de gasto de administración.

2 Al respecto, vale poner de presente que en Estados Unidos, con el inicio del proceso de insolvencia, ocurre una ficción jurídica según la cual la empresa del deudor adquiere personalidad jurídica propia, pero se le permite al deudor continuar como administrador de esta especie de patrimonio autónomo (*“debtor in possession”*), a menos que existan indicios de mala fe, fraude, entre otros, por parte del deudor, en cuyo caso la corte de bancarrota nombra un administrador concursal independiente: Warren, E. (2008). Chapter II: Reorganizing American Businesses. Nueva York: Aspen Publishers.

2. La sección 364 (b) prevé la obtención de financiamiento sin garantía cuando no haya sido posible obtener financiamiento dentro del giro ordinario de los negocios³; por lo cual, será necesario solicitar la autorización de la corte de bancarrota. En este caso, el crédito tendrá preferencia de gasto de administración.
3. La sección 364 (c) prevé la obtención de financiamiento cuando el superprivilegio de gasto de administración no ha sido suficiente. En dicho caso, el deudor podrá obtener financiamiento con la autorización de la corte de bancarrota para otorgar una preferencia sobre los demás gastos de administración, el otorgamiento de una garantía real sobre bienes disponibles o el otorgamiento de una preferencia de segundo grado sobre un bien ya dado en garantía.
4. La sección 364 (d) prevé la obtención de financiamiento con la autorización de la corte de bancarrota para otorgar una preferencia de primer grado (*“senior lien”*) sobre un bien previamente dado en garantía de un crédito preexistente. En este caso, el deudor deberá demostrar que no le fue posible obtener financiamiento a

3 El concepto de giro ordinario de los negocios del deudor no se encuentra previsto el Código de Bancarrota de Estados Unidos. Sin embargo, ha sido una labor de las cortes definir el concepto de giro ordinario de los negocios como un estándar de conducta (ex post) del deudor, que tendría por finalidad otorgar cierto grado de discrecionalidad al deudor para manejar sus negocios, sin que su gestión se ve interrumpida y afectada por la intervención del juez del concurso. No obstante, en la medida en que la operación sea ajena a la habitualidad de sus negocios, en aras de proteger a los acreedores y la comunidad, el juez podrá intervenir y revisar la operación. Dicha revisión podrá ser horizontal, es decir comparativa frente a los competidores del deudor, o vertical, frente a las operaciones que usualmente realizaba el deudor antes del inicio del proceso concursal. Sobre este tema, ver: Resnick, A. N., & Weintraub, B. (1987). From the Bankruptcy Courts: The Meaning of “Ordinary Course Of Business” Under the Bankruptcy Code-Vertical and Horizontal Analysis. Uniform Commercial Code Law Journal, 364-368.

través de ninguno de los anteriores mecanismos y que hay una protección adecuada para el acreedor que se subordinaría.

En la práctica, cuando el financiamiento DIP requiere de autorización por parte de la corte de bancarrota, la autorización se surte en una etapa procesal, que podría ser un incidente bajo nuestra regulación, prevista en la regla procedimental 4001, como parte de las “*first day motions*” (INSOL, 2022).

C. Fuentes de financiamiento y tendencias del financiamiento DIP en Estados Unidos

Las principales fuentes de financiamiento son acreedores que ya le han entregado financiamiento al deudor con anterioridad al inicio del proceso de reorganización. Estos financiamientos se conocen en la práctica como DIP’s defensivos y representan alrededor del 80% de las financiaciones DIP en Estados Unidos (INSOL, 2022).

Estos financiamientos DIP están diseñados para asegurarle a los financiadores pre-existentes el mayor grado de control posible sobre la dirección de la empresa para maximizar la tasa de recuperación de sus acreencias y protegerse contra nuevos inversionistas que puedan cambiar sustancialmente la dirección de la empresa (INSOL, 2022).

En un segundo grado de fuentes de financiamiento del deudor están las partes relacionadas, como accionistas, administradores, entre otros, quienes pueden proporcionar recursos frescos para el financiamiento del proceso de reorganización, en cuyo caso, las cortes realizan un mayor escrutinio de los términos sobre los cuales se negoció y se otorgó el financiamiento DIP (INSOL, 2022).

En estos casos, las cortes le exigen al deudor probar que la transacción se realizó en condiciones de razonabilidad (“*entire fairness*”) para asegurar que los vinculados no están realizando la operación en condiciones más ventajosas que en las que el mercado las realizaría debido a su mayor conocimiento y control de la compañía y sus administradores (INSOL, 2022)⁴.

Finalmente, la tercera fuente de financiamiento es aquella que tiene por objeto implementar una estrategia de adquisición denominada “*loan-to-own*”. Esto, en síntesis, es cuando potenciales interesados en adquirir a la empresa inyectan recursos frescos para financiar la operación de la compañía, mientras que los activos son valuados y se da el cierre de la transacción.

La transacción se da a través una subasta por los activos de la empresa en la que el oferente inicial (“*stalking horse*”), con quien el deudor ya ha negociado los términos de la oferta e incluso establecido mecanismos para indemnizar al oferente en caso de que se presenten ofertas por un mayor valor, emite una oferta por los activos de la masa (INSOL, 2022).

En este caso, el *stalking horse* cumple el rol de fijar un precio mínimo que tiene por intención evitar que otros acreedores ofrezcan un menor valor al que se considera que valen los activos de la empresa. En caso de que no se presenten ofertas superiores, el *stalking horse* se hará al control de la compañía (INSOL, 2022).

Esta estrategia ha evolucionado a la denominada “*loan-to-own 2.0* o *Convertible DIP financing*”. En estos casos, el deudor, en etapas inicia-

—
“Estos financiamientos DIP están diseñados para asegurarle a los financiadores pre-existentes el mayor grado de control posible sobre la dirección de la empresa para maximizar la tasa de recuperación de sus acreencias...”
 —

⁴ Sobre este punto, ver *In re Los Angeles Dodgers LLC*, 457 B.R. 308 (Bankr. D. Del. 2011).

les del proceso, en las cuales no se puede tener precisión sobre la certeza del valor de la empresa, ofrece a los prestamistas DIP opciones sobre las acciones de la compañía a tasas de descuento mucho mayores a las que, posiblemente, el mercado podría determinar (Miller, 2023).

En ese orden de ideas, el financiador podrá trasladar recursos financieros al deudor para su reactivación y, bajo ciertas condiciones, en lugar de exigir el pago del capital más intereses, obtiene la satisfacción de su crédito a través de la conversión de sus acreencias en participaciones en el capital de la compañía, cuya tasa de descuento es determinada entre las partes del contrato de crédito DIP, usualmente vinculados, para hacerse con el control de la compañía (Miller, 2023).

Este tipo de estrategias no han estado libres de críticas debido a que estas tendrían por efecto soslayar algunos requerimientos para la confirmación del plan de reorganización (*“sub-rosa plans”*), a partir de la celebración de operaciones entre vinculados, por ejemplo, el caso de Latam Airlines Group S.A. en el cual la Corte Bancarrota del Estado de Nueva York rechazó la moción de autorización de financiamiento DIP bajo la sección 364(c) de Latam⁵

El tramo C del financiamiento DIP de Latam Airlines Group S.A. tenía un valor de USD\$ 1.150.000.000 desembolsado por Qatar Airways Investments (U.K.) Ltd y Costa Verde Aeronautica S.A., quienes, a su vez, eran accionistas de Latam en un 10% y 11.19%, respectivamente, siendo esta última parte del grupo empresarial de la familia Cueto, controlante de Latam Airlines Group S.A., quienes tenían derecho a nombrar, en total, 4 de 9 miembros de la junta directiva⁶.

⁵ Ver: Memorandum Decision on Debtors’ Motion for an Order (I) Authorizing the Debtors to (A) Obtain Post-Petition Financing and (B) Grant SuperPriority Administrative Expense Claims and (II) Granting Related Relief. (related document(s)/485, 397). Disponible en: <https://cases.ra.kroll.com/LATAM/Home-DocketInfo>

⁶ Ibid.

Este tramo podría ser repagado en efectivo o a través de una dación en pago de acciones emitidas por el deudor a una tasa de descuento del 20%, a elección del deudor, decisión que debía ser tomada por la junta directiva de la compañía dependiendo de su capacidad de pago⁷.

En consideración de la Corte Bancarrota del Estado de Nueva York, la financiación DIP de este tramo no podía ser aprobada; toda vez que, implicaría determinar de forma anticipada y en una etapa muy temprana del proceso el valor de emisión de las acciones del deudor, sin que esta tasa de descuento del 20% haya sido testada por el mercado u objetada por los acreedores o la corte, lo cual debería tener lugar en el estudio de la confirmación del plan⁸.

Por parte de los demás acreedores, la moción fue objetada debido a que, en opinión de estos, el contrato de crédito le otorgaría el control absoluto a las partes vinculadas del deudor en concurso sobre la dirección y éxito del proceso de capítulo 11, así como una violación al principio de prioridad absoluta.

IV. Financiamiento DIP en Colombia

i. Estructura regulatoria del financiamiento post-concursal en Colombia

El marco regulatorio para el financiamiento DIP en Colombia se construye a partir de una combinación de los artículos 41 y 71 de la Ley 1116 de 2006 y, cuando el financiamiento DIP requiera del otorgamiento de garantías, implicará una autorización del artículo 17 de la misma ley.

Cuando el deudor obtenga financiamiento dentro del giro ordinario de sus negocios, el desembolso y destinación de los recursos se podrá efectuar sin necesidad de que se deba agotar al-

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

gún tipo de autorización ante el juez del concurso. En este caso, los créditos de la financiación concursal tendrán el privilegio de dinero nuevo y se pagarán con preferencia de los demás créditos objeto de la reorganización⁹.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 1116 altera el orden de prelación de crédito en el sentido de que, de forma similar a como ocurre en los *roll-ups*, por cada peso que se desembolse para facilitar la reorganización del deudor, se le dará prelación a un peso de la deuda objeto de la reestructuración a prorrata con las obligaciones de la DIAN.

Esta protección adicional opera por ministerio de la ley y, conforme el tenor literal de la misma y su función económica, sólo tendrá aplicación cuando la financiación consista en dinero; mas no por el hecho de una capitalización de pasivos, ni por la mera continuación de los contratos de tracto sucesivo (Rodríguez Espitia, 2019).

Cuando el deudor no pueda obtener financiamiento dentro del giro ordinario de sus negocios y requiera afectar de sus activos para la obtención del DIP Financing, los efectos de los artículos 41 y 71 de Ley 1116 de 2006 tienen igual aplicación y, adicionalmente, se deberá tener en cuenta lo siguiente (López Roca, 2023):

Primer nivel de autorizaciones: La afectación de los activos del deudor o cualquier acto jurídico dispositivo por fuera del giro ordinario de los negocios, p. ej. la constitución de garantías reales, requiere de la autorización del juez del concurso, de acuerdo con el artículo 17 Ley 1116 de 2006.

Para obtener dicha autorización, que en últimas implica la inaplicación del principio de universalidad, los precedentes concursales ordenan que se argumente la urgencia, conveniencia y necesidad de la operación.

⁹ A diferencia de la sección 364 (c) (1) del Código de Bancarrota de Estados Unidos, en Colombia no se encuentra prevista una preferencia entre gastos de administración.

Segundo nivel de autorizaciones: El juez del concurso no tiene la potestad de subordinar a los acreedores con garantía real a favor del financiador. Se requerirá de la autorización expresa del acreedor (“*junior lien over encumbered property*” y “*senior lien over encumbered property*”).

Sobre este punto, vale hacer referencia a lo regulado en el Decreto Legislativo 560 de 2020, hoy inexecutable. El regulador de emergencia consciente de que la anterior regulación no era suficiente para incentivar el financiamiento del deudor en concurso, durante la emergencia de COVID-19 se redefinieron los superprivilegios para la financiación DIP.

El artículo 5 del Decreto Legislativo 560 de 2020 tenía por objeto incentivar a los diferentes actores, tanto del sector financiero como del sector real de la economía, para proporcionar soluciones de liquidez al deudor, con la finalidad de preservar y recuperar la empresa. Este mecanismo tenía las siguientes características:

1. Si el proveedor de financiamiento estaba dispuesto a prestar sin requerir garantías, esto no suponía una autorización y se entendería como una operación comprendida dentro de su giro ordinario de los negocios. El crédito se pagará con preferencia de gasto de administración conforme el artículo 71 de la ley 1116 de 2006.
2. Si no era posible acceder a la financiación en estas condiciones, se podía solicitar autorización al juez del concurso para:
 - Constituir garantías sobre sus bienes no gravados (“*security interest over unencumbered property*”);
 - Otorgar una preferencia de segundo grado sobre los activos previamente gravados con garantía (“*junior lien over encumbered property*”); y,

- Otorgar una preferencia de primer grado sobre bienes previamente gravados, previo consentimiento del acreedor que será subordinado (“*senior lien over encumbered property*”).

Se establecía la posibilidad de que otros acreedores o terceros pudieran presentar propuestas de financiación, en condiciones menos gravosas que las presentadas por la concursada, tal vez con la intención de incentivar el mercado de las adquisiciones de empresas en crisis de manera semejante a la estrategia *loan-to-own*¹⁰.

Como lo afirmó el juez del concurso, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de insolvencia, en Colombia, no está prevista la posibilidad de que el Juez obligue la subordinación, sino que en el tercer supuesto lo que estaba previsto es que, en ausencia del consentimiento del acreedor, el Juez puede autorizar la creación de una nueva garantía de primer grado sobre el valor remanente del activo¹¹.

En el tercer grado, el regulador colombiano, al igual que el estadounidense, también estableció la necesidad de ofrecer una protección razonable para el crédito que se subordinaba, tales como pagos periódicos, la ejecución de garantías reales, pagos anticipados, entre otros.

ii. Fuentes de financiamiento y usos del financiamiento post-concursal en Colombia

La principal fuente de financiamiento DIP en Colombia, pese a no tener estadísticas oficiales

para comprobarlo, se percibe que usualmente son acreedores que previamente han otorgado financiamiento al deudor y, ahora, para mejorar su posición e influencia en el concurso recuperatorio, otorgan un nuevo financiamiento de manera similar a los *defensive DIP's*.

Igualmente, se percibe que las principales fuentes de financiamiento son de establecimientos bancarios o acreedores vinculados al deudor. En cuanto a los primeros, la regulación prudencial colombiana prevé dos escenarios de cara al riesgo de crédito en procesos concursales: (i) créditos vigentes al momento del inicio del concurso; y (ii) nuevos créditos otorgados al deudor.

En el primer evento, este se registrará por el anexo 4 del capítulo 31 de la Circular Básica Financiera y Contable de la Superintendencia Financiera de Colombia. Este Anexo 4 prevé que los bancos podrán conservar la calificación que se tenía al momento de iniciar el proceso concursal y no se calificará como incumplido automáticamente.

En el segundo evento, este se registrará por el capítulo 31 de la Circular Básica Financiera y Contable de la Superintendencia Financiera de Colombia, en lo referente al riesgo de crédito. El banco deberá realizar una evaluación o recalificación del crédito cuando se tenga conocimiento de que el deudor ha solicitado o iniciado un proceso concursal. Con base en esta nueva calificación, el banco deberá tomar la decisión de otorgar o no el nuevo financiamiento.

Sin embargo, pareciera que la regulación prudencial no es un obstáculo para este tipo de financiamiento, pues el establecimiento de crédito cuenta con suficiente discrecionalidad para evaluar el riesgo de crédito. Por el contrario, consideramos que el problema básico para la prosperidad de estos financiamientos se encuentra en el llamado “estigma de la reorganización” (López Roca, 2023).

¹⁰ En tal caso, si el Juez del Concurso consideraba que las condiciones presentadas eran menos gravosas, el deudor podría optar, dentro de los 3 días siguientes, por seguir el trámite de la autorización con dicha propuesta o ajustar su propuesta a los términos menos gravosos. De no optar por alguna de estas alternativas, la solicitud de autorización se rechazará de plano.

¹¹ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos de Insolvencia. Audiencia del 17 de septiembre de 2021 (acta 2021-01-594923 de 5 de octubre de 2021).

iii. Financiamiento no concursal de empresas en insolvencia en Colombia

El éxito de un adecuado régimen de financiación concursal gira en torno al reconocimiento legal de superprivilegios a favor del financiador. No obstante, en Colombia, al momento de otorgar el crédito de rescate, es esencial para el financiador obtener una preferencia de fuente contractual, con la finalidad de no quedar atrapado detrás de los acreedores privilegiados (Ramírez Torres, 2023).

La obtención de una preferencia convencional para un acreedor depende de la celebración de un contrato de garantía, cuya tipología depende de si es mueble o inmueble, para el caso colombiano, de especial relevancia han sido las garantías sobre los flujos de caja, el cual se reputa como bien mueble y, por lo tanto, quedaría cobijada por la Ley 1676 de 2013 (Ramírez Torres, 2023).

En ese orden de ideas, el financiamiento de empresas en insolvencia en Colombia, mas no financiamiento DIP o post concursal, ha funcionado a partir del uso del contrato de fiducia mercantil, particularmente, bajo el subtipo de fiducia en garantía y/o de administración y fuente de pago.

Los recursos objeto del financiamiento son desembolsados a un patrimonio autónomo, el cual es administrado por una sociedad fiduciaria, como profesional en la gestión de activos de terceros, y esta, como vocera del patrimonio autónomo, aplica los recursos a la inversión en proyectos del deudor en un proceso de insolvencia.

Una vez el patrimonio autónomo reporta utilidad derivada del desarrollo de estos proyectos, este se encarga de distribuir la utilidad entre los tenedores de los derechos fiduciarios de la fiducia conforme a una cascada de pagos preestablecida en el mismo contrato de fiducia mercantil y, usualmente, sólo en el evento de que exista un ex-

cedente, este será distribuido al deudor en concurso¹².

No obstante lo anterior, pese a la preferencia de los financiadores por el uso del contrato de fiducia mercantil para evitar que los efectos del inicio del proceso de insolvencia afecten la continuidad del desarrollo de los proyectos del deudor y las cascadas de pago, este tipo de financiamiento presenta un alto riesgo legal en cuanto a la inseguridad jurídica que sufre la fiducia mercantil en el concurso¹³.

Actualmente, los precedentes de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades se encuentran orientados a reconocer al patrimonio autónomo como un sujeto ajeno al concurso de su fideicomitente y, en todo caso, a que la disposición de los recursos que administra la fiduciaria solo podrán ser entregados al deudor en la medida en que el acreedor con garantía fiduciaria así lo autorice¹⁴.

Sin embargo, como señala la doctrina (Ramírez Torres, 2023), el tratamiento de la fiducia no es pacífico y, desde los años 90's ha sufrido importantes variaciones que no permiten continuar hacia otras discusiones que, tal vez, podrían mejorar e incentivar a los financiamientos post-concursales y generar un mercado de financiamiento de rescate importante.

¹² Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos de Insolvencia. Audiencia del 19 de diciembre de 2019 (Acta 2020-01-088509 de 28 de febrero de 2020).

¹³ Sobre las vicisitudes de la fiducia mercantil en el régimen concursal colombiano y su utilización para el financiamiento de empresas en insolvencia, ver: Olarte, M. (2023). Tratamiento de fiducias en el régimen empresarial colombiano. In D. Rivera Andrade, Memorias del primer encuentro nacional de "mujeres en la insolvencia" (pp. 73-86). Bogotá: Panamericana.

¹⁴ Por ejemplo, ver Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos de Insolvencia. Auto 2021-01-087557 del 19 de marzo de 2021; y auto 2019-01-121524 del 9 de abril de 2019 y auto 2019-01-263153 del 4 de julio de 2019.



v. Reflexión final

En mi consideración, el régimen concursal colombiano cumple con los elementos regulatorios para tener un esquema robusto de financiamiento DIP. Sin embargo, se trata de un mecanismo poco usado en la práctica concursal. En mi conocimiento, con el esquema previsto en el Decreto Legislativo 560 de 2020, tan sólo ocurrieron dos financiaciones DIP exitosas.

La regulación prudencial de las entidades del sistema financiero tampoco pareciera ser un impedimento regulatorio para incentivar las financiaciones de rescate, pues, como vimos, se tiene un margen de discrecionalidad para realizar la calificación y monitoreo del riesgo de crédito de los deudores en insolvencia.

Por ende, pareciera ser más un tema de estigma del deudor en crisis “*decoctor ergo fraudator*” y no de la regulación de este mecanismo. Por lo tanto, la falla debe estar en otro lado. A mi parecer, esta podría estar en la solicitud y acceso tardío a los mecanismos concursales, en una etapa en la cual ya todo está perdido para el deudor, pero el mayor daño lo afrontan los acreedores, quienes, desde una perspectiva económica, son los nuevos dueños de la empresa.

Bibliografía

Skeel, D. A. (2003). Creditors' Ball: The 'New' New Corporate Governance In Chapter 11. *University of Pennsylvania Carey Law School, Law & Economics Research Paper Series*, 1-45.

Gurrea Martínez, A. (2022). The Treatment of Debtor-in-Possession Financing in Reorganization Procedures: Regulatory Models and Proposals for Reform . *Singapore Management University School of Law Research Paper 3/2022*, 1-22.

INSOL. (2022). *Comparative review of approaches to rescue or debtor-in-possession financing in restructuring and insolvency regimes*. Londres: INSOL International .

Miller, R. (2023, julio 19). *Loan-to-own 2.0*. Retrieved from SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4506061

Baird, D. G., & Jackson, T. H. (1984). Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Cred-

itors in Bankruptcy. *The University of Chicago Law Review*, 97-130.

Casey, A. J. (2020). CHAPTER 11'S RENEGOTIATION FRAMEWORK AND THE PURPOSE OF CORPORATE BANKRUPTCY. *Columbia Law Review*, 1709-1770.

Ayotte, K., & Skeel, D. (2013). Bankruptcy Law as a Liquidity Provider. *The University of Chicago Law Review*, 1557-1624.

Gurrea Chalé, A. (2022). Financiación del proceso concursal y régimen jurídico de los créditos contra la masa. In A. Gurrea Martínez, & A. Rouillon, *Derecho de la Insolvencia: Un enfoque comprado y funcional* (pp. 130-144). Madrid: Wolters Kluwer.

CNUDMI. (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia*. Nueva York: Naciones Unidas.

Warren, E. (2008). *Chapter 11: Reorganizing American Businesses*. Nueva York: Aspen Publishers.

INSOL. (2018). *Financing the Rescue Process – A Comparative Analysis of the Financing Regimes in Canada, South Africa, United*

Kingdom and United States of America. Londres: INSOL International.

Resnick, A. N., & Weintraub, B. (1987). From the Bankruptcy Courts: The Meaning of “Ordinary Course Of Business” Under the Bankruptcy Code-Vertical and Horizontal Analysis. *Uniform Commercial Code Law Journal*, 364-368.

Rodríguez Espitia, J. J. (2019). *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Olarte, M. (2023). Tratamiento de fiducias en el régimen empresarial colombiano. In D. Rivera Andrade, *Memorias del primer encuentro nacional de “mujeres en la insolvencia”* (pp. 73-86). Bogotá: Panamericana.

Ramírez Torres, G. L. (2023). El duro camino de la financiación con flujo de caja en los procesos concursales colombianos. *Garrigues*.

López Roca, L. F. (2023, octubre 19). DIP Financiamiento en Concurso Caso colombiano [Diapositivas de PowerPoint]. *XIX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. Guadalajara, Jalisco, México.



EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 DE 2006

Como presunción del fracaso de la recuperación

✉ POR: JULIÁN ANDRÉS PALACIO OLAYO¹

Resumen

A diferencia de otros cuerpos normativos, donde los principios del derecho parecen ser un adorno proemio, el régimen de insolvencia establecido en la Ley 1116 de 2006 es un desarrollo sistemático de sus principios, que tienen manifestación en las normas sustantivas y adjetivas que contiene; un claro ejemplo es el principio de negociabilidad, un acertado análisis sobre su alcance realiza el profesor Rodríguez Espitia, *“habrán de censurarse las actuaciones hostiles del deudor, de sus representantes o de sus accionistas, encaminadas a una litigiosidad necesariamente malsana”*². Por otro lado, el artículo primero de la citada ley indica que: *“El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias”*.

Lo anterior reviste especial relevancia, pues los principios del régimen de insolvencia suelen



Abogado colombiano, Magister en Derecho Comercial y de los Negocios.

interpretarse y aplicarse de manera equivalente en sus dos vertientes; el proceso recuperatorio y el liquidatorio. La finalidad y su nomoárquica deberían expresarse con matices distintos, por ejemplo, en el régimen de recuperatorio, el objeto se manifiesta en la *recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica*, y en el régimen liquidatorio persigue *el aprovechamiento del patrimonio del deudor* en un escenario de liquidación pronta y ordenada. Por lo tanto, el interés de los acreedores es diferente: en la recuperación, la atención del acreedor debe estar centrada en la caja con la cual se cumplirá el acuerdo, tanto así, que como anexo al acuerdo de reorganización se debe indicar la proyección de la caja con la cual se van a pagar las obligaciones calificadas y graduadas. Por otro lado, el interés del acreedor en la liquidación es la eficiencia y suficiencia en el activo. Es así como la mirada del acreedor de la reorganización, salvo para calcular votos, está centrada en el estado de resultados integrales, y la del acreedor en liquidación se dirige a los estados de situación financiera. Por lo tanto, cuando se hace un análisis del principio de negociabilidad, de la finalidad y el objeto del régimen, se analizan las vertientes de la ley de insolvencia y se puede concluir que el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 debe eliminarse

¹ Abogado colombiano, Magister en Derecho Comercial y de los Negocios de la Universidad de Buenos Aires, Argentina; especialista en derecho societario EAFIT; especialista en derecho financiero y del mercado de valores UPB; Ex juez de insolvencia Medellín-Colombia; julianpalacio@hernandezypalacio.com

² Rodríguez Espitia, Juan José, Nuevo Régimen de Insolvencia, 2ª ed., Bogotá-Universidad Externado de Colombia, 2019, p.132

del régimen recuperatorio. Se procede entonces a realizar un análisis detallado de los argumentos que sustentan esta posición, que se resume en los siguientes puntos: 1. El artículo 17 como presunción de la liquidación, 2. Los costos de transacción que impone el artículo 17, 3. Externalidades generadas por el artículo 17, 4. Consideraciones y conclusiones, 5. Propuesta de reforma al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

i. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 como presunción de liquidación del deudor.

Como se expuso previamente, la interpretación de los principios, el objeto y finalidad de reorganización y la liquidación son diferentes, por lo tanto, los remedios o los mecanismos de control, protección o limitación deben ser distintos. Cuando se buscan los motivos para que el legislador del 2006 impusiera la carga restrictiva sobre la disposición de los bienes al deudor que se presenta a un proceso de reorganización, no se avizora ningún examen en el proyecto de Ley 207 de 2005 comprendido en la gaceta 943 de 2005, así como tampoco algún análisis para incluir el catálogo de prohibiciones contenido en la norma bajo, parece ser un mecanismo de prevención de despatrimonialización del deudor en reorganización. Pero esta medida es casi una presunción de mala fe del deudor incumplido, como se manifestó, el artículo 1º inciso 3º de la Ley 1116 indica que la norma propicia y protege la buena fe. Parece contradictorio que se establezca dicho criterio y 16 artículos después se limite al deudor a poder usar libremente su patrimonio.

El régimen recuperatorio no es un régimen de garantías patrimoniales, es más bien un régimen de gestión y administración de recursos (tangibles e intangibles), pues el acreedor concursal, más allá del valor patrimonial, espera que el deudor sea un gestor de la caja para cumplir las obligaciones adquiridas en los términos y condiciones pactadas. Adicionalmente, poner el reflector en los activos del deudor es pensar erradamente que un proceso de reorganización es un meca-

nismo exclusivamente dedicado a un acuerdo de pago o una suma de procesos de cobro, y desconocería que la reorganización es un sistema más complejo, dedicado a analizar y gestionar la crisis empresarial, que normalmente se manifiesta financieramente, pero que sus causas son más profundas. Esto es confundir el síntoma con la enfermedad. Prueba de lo anterior es que el artículo 13 numeral 6 establece que la solicitud de admisión al proceso de reorganización requiere:

*6. Un plan de negocios de reorganización del deudor **que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea del caso.** (subraya y negrilla fuera del texto original)*

Es por lo anterior que, una norma prohibitiva y que busca la protección patrimonial, restringiendo la libre disposición de los activos del deudor, sin autorización previa del juez, revela lo poco que confía el régimen de insolvencia en la recuperación del deudor, y que por lo tanto debe proteger el patrimonio para una eventual liquidación. Análisis por demás incensario y que desconoce que existen otros medios de protección *ex post* de la prenda del acreedor. Por ejemplo, las acciones revocatorias concursales, que justamente lo que buscan es la protección del patrimonio cuando se logre probar que, con mala fe, el deudor se desprendió del patrimonio para evitar cumplir con sus obligaciones. Pero una carga adicional para la actividad empresarial, como la propuesta en el artículo 17, es desconocer que la actividad empresarial no se circunscribe única y exclusivamente al giro ordinario de los negocios.

i.i. Los costos de transacción que impone el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006

El concepto de costes de transacción fue desarrollado por primera vez por el Premio Nobel **Ronald Coase**, quien se preguntó: “¿Por qué existen las empresas?” De acuerdo con Coase, los

costos de transacción son los costos asociados a utilizar el mecanismo de precios de mercado, y las empresas se crean con el fin de reducir dichos costos³. Lo anterior, aplicado al proceso de insolvencia, implica que cuando un deudor decide acudir a un proceso concursal, debe suponer que su desgaste debe ser inferior al que se hubiera obtenido acudiendo a otro remedio. Lo que debe tenerse en cuenta es, que en muchos casos, no existe otro tratamiento posible y efectivo.

Imaginemos el siguiente caso: Juan es propietario de una sociedad que tiene como actividad económica servicios de papelería. Se encuentra en crisis, y como único remedio presenta solicitud para ser admitido en un proceso de insolvencia. Llega el mes de diciembre, y requiere liquidez para pagar la prima de final de año a sus trabajadores. Sin embargo, los ingresos en noviembre no fueron los esperados y la mayoría de ellos fueron usados para cumplir obligaciones financieras y mejorar su inventario para el comienzo de año escolar en enero. Pero la sociedad es propietaria de una camioneta valorada en trescientos millones de pesos (\$300.000.000). Pedro está interesado en adquirirla y puede desembolsar de inmediato los recursos, pero exige la autorización previa del juez de concurso para realizar el negocio. Juan efectivamente presenta la solicitud, pero en el trámite interno del despacho pasará lo siguiente: la solicitud llega centralizada al reparto; una vez recibida se envía al despacho competente; en el despacho existe un funcionario que asigna la radicación al ponente del proceso; el ponente del proceso estudiará la solicitud en el orden en el que se le haya asignado, luego enviará la proyección del auto al juez de insolvencia para su

revisión; después de que el juez lo revise y firme, si no hay correcciones, se notifica por estados y debe adquirir firmeza con su ejecutoria. Si Juan es afortunado, este proceso llevó más o menos un mes, lo que implica varias cosas: primero, la posibilidad de que el comprador decida dar por terminado el negocio de adquisición del vehículo, y segundo, que la empresa de Juan ya incumplió con el pago de la prima a sus trabajadores. Si Juan hubiese podido realizar el negocio jurídico sin la restricción del artículo 17, la probabilidad más alta es que Juan pagaría sus obligaciones y obtendría liquidez, con el ingrediente adicional de que los acreedores que lleguen a sospechar que el negocio no fue realizado de buena fe, puedan

hacer uso de la acción revocatoria concursal, debido a que el acto fue realizado en periodo de sospecha, sin necesidad de entorpecer previamente el mecanismo de consecución de flujo de caja que se da con la venta de la camioneta.

“La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor...”

ARTÍCULO 74. ACCIÓN REVOCATORIA Y DE SIMULACIÓN.

Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos:

1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que

³ Costos de transacción - Qué es, definición y concepto | 2023 | Economipedia

impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe.

2. Todo acto a título gratuito celebrado dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial.

3. Las reformas estatutarias acordadas de manera voluntaria por los socios, solemnizadas e inscritas en el registro mercantil dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando ellas disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores, o modifiquen el régimen de responsabilidad de los asociados.

Los sistemas concursales han entendido que, por la naturaleza de los procesos de insolvencia, se requiere agilidad, celeridad y eliminar cualquier barrera posible, sobre todo las de naturaleza procesal, pues el tiempo que pasa es la recuperación que huye, y es indudable que la intervención excesiva del juez contribuye a la demora, muchas veces innecesaria de los procesos. Prueba de este argumento es que así lo entendió el legislador extraordinario en pandemia, cuando acertadamente en el Decreto 560 de 2020 artículo tercero, eliminó la necesidad de autorización previa del juez de concurso para el pago de pequeñas acreencias. Cuando se revisan las consideraciones de dicha figura se lee lo siguiente:

*Que para reducir el término de duración del proceso reorganización se requiere contar con procesos extra-judiciales, **con menos etapas e intervención judicial**, en los cuales el deudor, en un término de meses, determine con sus acreedores los mecanismos para resolver la situación insolvencia. Que el régimen de insolvencia actual limita de manera sustancial la capacidad del deudor para el pago de y la disposición de*

activos durante término de negociación, lo cual deriva en una afectación a los acreedores más débiles. por lo tanto resulta adecuado flexibilizar las limitaciones, permitiendo al deudor realizar pagos de pequeñas durante la negociación de los acuerdos de reorganización, hasta por el 5% del total del pasivo externo.

La práctica ha demostrado que los jueces de insolvencia han asumido posiciones de preservación oficiosa del patrimonio de deudor en favor de los acreedores, lo cual podría, en algunos casos, romper la imparcialidad propia de cualquier proceso judicial, donde en realidad debería ser el acreedor quien de forma activa se convierta en el sistema de contrapeso de la información que suministra el deudor y de las actuaciones que durante el proceso concursal realice. Es importante reiterar que existen otros mecanismos que pueden usar los acreedores para buscar la conservación el patrimonio, como las ya mencionadas acciones revocatorias concursales y la posibilidad de objetar el inventario y su valor.

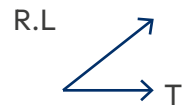
La realidad es que la actividad empresarial requiere de ritmos ágiles, pues el mercado no descansa. Es por ello que el empresario debe estar tomando decisiones constantes y así mismo adecuándose continuamente a cambios. En el caso de la empresa en crisis, la agilidad en la toma de decisiones y en la gestión de negocios es vital, y puede marcar la diferencia entre la viabilidad o no del negocio. Es por esto que el control a las actuaciones de los empresarios debería realizarse *ex post* y no *ex ante*, porque la existencia de costos de transacción previos a un negocio puede implicar la imposibilidad de su realización o el cambio en las proyecciones financieras realizadas. En un escenario de control *ex post*, el empresario está libre de realizar cualquier actuación, solo con los limitantes que impongan las normas pertinentes, y en caso de transgresión a las mismas, el estado podría entrar con todo su poder policivo a sancionar a quien lo ha realizado. Pero pretender limitar la actuación de forma previa, a un empresario que ha solicitado ser admitido en un proceso de insolvencia, es una forma clara de

presumir que sus actuaciones no se realizarán de buena fe y obligarlo a asumir cargas adicionales a las que ya tiene por encontrarse en crisis. El estado debería ser propiciador, desde todas sus manifestaciones, para generar la mayor facilidad al empresario en crisis para su recuperación.

iii. Externalidades generadas por el artículo 17 y por ineficiencia judicial.

Una externalidad es un efecto provocado por la actividad de un agente económico sobre el bienestar de otro agente económico, cuyos costos o beneficios no son reconocidos o recompensados a través del mercado, por esta razón se dice que es un efecto externo al mercado.⁴ Para entenderlo en el contexto procesal, una externalidad es una carga que se le impone a alguna de las partes, sin que esta esté obligada o deba asumirla. Normalmente, las partes en un proceso son las llamadas naturalmente a soportar los gravámenes impuestos entre sí, esto es: el demandado a contestar la demanda o a asumir las consecuencias de su silencio; el vencido a pagar las costas y agencias en derecho, además de cumplir forzosamente con lo que el juez haya decidido; el demandado a probar los supuestos que alega. Sin embargo, en el régimen concursal sucede algo particular y es que las partes terminan asumiendo cargas que no tienen por qué asumir, pues esos costos no son reconocidos ni compensados. A la externalidad que me refiero es a la demora de las actuaciones de los despachos judiciales, pues aunque ya es comúnmente conocido el aforismo “la justicia lenta no es justicia”, en el sistema concursal no solo aplica perfectamente, sino que la justicia lenta implica, adicionalmente, destrucción de valor para el sistema de crédito, y adicionalmente impide la preservación y recuperación de la empresa, situándola más en un escenario liquidatorio que recuperatorio, pues es altamente elástico el aumento en el tiempo con el riesgo de liquidación.

⁴ Definición de Externalidades/Efectos Externos; ejemplos positivos y negativos (enciclopedia.net)



Las ya mencionadas consideraciones del legislador extraordinario del Decreto 560 de 2020, indicaron que el promedio de demora en la admisión de procesos de insolvencia era de aproximadamente tres meses. Lo anterior implica que un deudor en crisis debe soportar todos los riesgos de cobros ejecutivos, coactivos, restitución de tenencia de bienes y ejecución de garantías hasta tanto no sea admitido. Pero ahí es donde viene el punto central de este análisis: el deudor en crisis, adicional a lo anterior, debe soportar la lentitud en la admisión por parte del despacho del juez concursal y además toda la carga del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, desde la solicitud de admisión al proceso de insolvencia. Esto es, el deudor no tiene ninguna de las ventajas de ser admitido a un proceso de insolvencia, pero sí tiene la carga de todas las prohibiciones del artículo 17 de la norma citada, agravado esto por la demora del despacho, pues una vez admitida la solicitud, no desaparecen las prohibiciones del artículo en crítica, pero al menos se obtiene el oxígeno que concede el inicio del proceso de insolvencia, como lo son los establecidos en los artículos 20 al 22 de la Ley 1116 de 2006 y demás normas relacionadas.

Es particular, pues en otros mecanismos procesales los efectos de la presentación de la demanda son muy limitados, sin embargo, en el régimen de insolvencia, solo con la presentación de la solicitud ya se debe soportar una carga excesiva para el deudor, agravada por la demora de las particularidades de cada despacho de jueces de insolvencia, pero que además restringen el desarrollo de la actividad económica de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, que tan encomiablemente dice buscar en el primer artículo de la Ley 1116 de 2006.

iv. Consideraciones y conclusiones.

1. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 desconoce el principio de negociabilidad, así como el mandato legislativo que le encomienda propender y proteger las actuaciones de buena fe.
2. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 no es una figura adecuada para el régimen recuperatorio de insolvencia, pues su enfoque es netamente patrimonial y no garante de recursos líquidos para honrar las obligaciones. Adicional, tiene una noción restrictiva del alcance de la reorganización de la empresa en crisis, fincándolo solo en activos.
3. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 presume el fracaso del deudor en crisis, suponiendo que se requiera la protección del patrimonio del deudor como prensa general de garantía, pensando en él como sujeto de una probable liquidación.
4. El régimen recuperatorio debe evitar al máximo los costos de transacción que puedan generar mayor desgaste al empresario en crisis, por el contrario, debe buscar mecanismos que propicien que la actividad económica del deudor pueda generar mayores dinámicas sin burocracia jurídica y autorizaciones innecesarias, que restan tiempo a los despachos para estudiar otros temas fundamentales.
5. El derecho concursal ya cuenta con mecanismos idóneos para proteger a los acreedores, como son las objeciones y las acciones revocatorias concursales, pretender restricciones o imposiciones *ex ante*, termina siendo excesivo para una empresa enferma.
6. El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, adicional a la carga que en sí mismo representa,

se convierte en una disposición altamente nociva para el deudor en crisis, pues la misma se ve agravada por la demora de los despachos judiciales, que mientras el juez estudia la solicitud tiene las prohibiciones impuestas, sin las ventajas que supone la admisión.

7. El tiempo que pasa es la recuperación que huye. Es por esto que los mecanismos de control a los actos del deudor deben ser estrictos, severos, punitivos, si es del caso, pero siempre, posteriores.

v. Propuesta de reforma al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006

La siguiente es una propuesta de modificación al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, la cual es una manifestación de las consideraciones elaboradas y que se compadece con lo que de alguna forma ya representaba un avance en el Decreto 560 de 2020 y el Decreto 772 de 2020, hoy inexecutable.



TABLA 1. Propuesta de modificación al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

<p>Artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 original</p>	<p>Propuesta de reforma artículo 17 de la Ley 1116 de 2006</p>
<p>ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.</p> <p>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.</p> <p>La celebración de fiducias mercantiles u otro tipo de contratos que tenga por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, deberán obtener autorización de la autoridad competente.</p> <p>La emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, a través de patrimonios autónomos o de cualquier otra manera, deberán obtener adicionalmente la autorización de la autoridad competente.</p> <p>Tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, no se requerirá la autorización a que se refiere este artículo. Tampoco se requerirá en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil</p>	<p>ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACION DE SOLICITUD DE ADMISION AL PROCESO DE REORGANIZACION CON RESPECTO AL DEUDOR.</p> <p>A partir de la fecha de presentación de la solicitud, será obligación de los deudores destinatarios de esta ley, informar al juez del concurso cualquier reforma estatutaria, modificación al capital o restructuración corporativa, así como cualquier negocio jurídico que esté por fuera del giro ordinario de los negocios.</p> <p>La comunicación al despacho deberá hacerse con memorial incorporado al expediente dentro de los 5 días siguientes a la actuación, reforma o negocio jurídico, que debe contener como mínimo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Información de la actuación, reforma o negocio jurídico. 2. Prueba sumaria del mismo. 3. Identificación de las partes involucradas. 4. Prueba de que las partes involucradas tienen conocimiento de la presentación de solicitud de insolvencia por parte del deudor, previo a la celebración de las actuaciones, reformas o negocios jurídicos. <p>Parágrafo 1. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.</p> <p>Parágrafo 2. El juez de concurso queda revestido con todas las facultades para tomar decisiones, hacer controles, verificar el cumplimiento de elementos de validez y existencia de los actos, negocios o reformas realizadas por el deudor, pudiendo dejar sin efecto, en cualquier momento durante el trámite, desde la solicitud de reorganización y hasta la confirmación del acuerdo, cualquier actuación, negocio o reforma. Lo anterior, sin perjuicio de que estos actos tengan el control indicado en el numeral 2° artículo 5° de la Ley 1116 de 2006.</p> <p>Parágrafo 3° Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y</p>

Continua...

Artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 original	Propuesta de reforma artículo 17 de la Ley 1116 de 2006
<p>en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 80 de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.</p> <p>PARÁGRAFO 2o. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el párrafo anterior.</p> <p>PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.</p> <p>Notas de Vigencia</p> <p>PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor.</p>	<p>perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 80 de esta ley y no suspende el proceso de reorganización. Las sanciones también serán impuestas a las personas naturales en lo que corresponda.</p>

MÉTODO KAIZEN:

Aplicación al régimen de insolvencia empresarial en Colombia.

 **POR:** ALEJANDRA GUARDIOLA RIVERA¹

I. Introducción

Tal y como lo indica Oliver Wendell Holmes Jr.: *“la vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”*², lo que implica que el formalismo del derecho debe ir adaptándose a las nuevas condiciones de la sociedad, siendo el ordenamiento jurídico, un cuerpo que crece, cambia y se moldea con el tiempo. El derecho concursal no es ajeno a estos cambios necesarios, por lo que, al ser sujeto de mejora constante se podría aplicar para ello el método Kaizen.

Kaizen es una palabra japonesa que se compone de dos sinogramas de escritura japonesa: kai *“cambio”* y zen *“bueno”*, la cual ha trascendido en todo un método que implica que con pequeñas pero constantes modificaciones se pueden lograr grandes cambios a corto, mediano y largo plazo.

Si bien este método es generalmente aplicado por las empresas, siendo uno de los casos de implementación más emblemáticos el de la compañía Toyota, el cambio para mejorar diariamente



puede trasladarse al derecho y en específico al régimen concursal, con el objetivo de hacer más eficiente el sistema para lograr cumplir con la finalidad del régimen de insolvencia, esto es, *“(…) la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”*³.

Partiendo de lo anterior, en este artículo, se buscará trasladar la palabra Kaizen y su método, a la evolución que ha tenido la insolvencia empresarial en Colombia en los últimos años, haciendo un breve recuento de las acciones, pequeñas o grandes, que han derivado en el cambio

¹ Abogada de la Universidad de los Andes con especializaciones en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario y en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes. Además, es Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Se desempeña como abogada en las áreas de derecho procesal, societario y concursal, contando con más de 7 años de experiencia en las mismas.

² Oliver Wendell Holmes Holmes Jr., *“The Common Law”*. Harvard University Press (2009), 86.

³ Artículo 1°, Ley III6 de 2006.

de paradigmas y en la regulación del régimen de insolvencia empresarial, para finalmente llegar a algunos de los aspectos que, en mi concepto, generan dificultades en la práctica de la concursalidad y que considero en el futuro deberán revisarse y ajustarse para que efectivamente logre cumplirse con la finalidad del régimen de insolvencia.

II. Mesas de trabajo promovidas por parte de la Superintendencia de Sociedades.

En el año 2019, se iniciaron cinco mesas de trabajo conformadas por expertos en insolvencia y derecho societario, con el objetivo de buscar una reforma estructural al régimen de insolvencia y de sociedades. Se buscaba dotar de mejores herramientas al sector empresarial para afrontar los retos que en ese momento se presentaban y sobrellevar de una mejor manera la crisis, la cual es connatural al emprendimiento y al mundo empresarial.

En la mesa cinco se trataron por parte de los expertos temas de *“Insolvencia: Reorganización, liquidación judicial ; y temas afines”*, enviando posteriormente por parte de la Superintendencia de Sociedades un informe al Congreso en el que se indicó respecto del trabajo adelantado en la mencionada mesa de trabajo lo siguiente⁴:

1. Que se había realizado el diagnóstico de la Ley 1116 de 2006 y sus normas complementarias para presentar las modificaciones a realizar al régimen de insolvencia.
2. Que se había elaborado el borrador del proyecto de ley modificatorio de la Ley 1116 de 2006 y los decretos 2130 de 2015, 1835 de 2015 y 991 de 2018. Dicho borrador lle-

gó a ser enviado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Esta iniciativa de la Superintendencia de Sociedades fue un primer paso de mejora del régimen que, pese a no poder concretarse en una reforma estructural, trajo consigo: (i) la revisión del régimen actual; (ii) la identificación de las necesidades actuales de las empresas; y (iii) el desarrollo de propuestas de mejora al régimen actual, lo cual ayudó con la mejora continua del derecho concursal.

III. Expedición de los Decretos 560 y 772 de 2020.”

Antes de que se pudieran concretar las propuestas y proyectos realizados por los expertos, indicados en el acápite anterior, llegó la pandemia del Covid-19, convirtiéndose ese en un momento en el que se requirió adoptar medidas inmediatas para proteger el tejido empresarial colombiano y contener el impacto sorpresivo de la pandemia en la economía colombiana.

En virtud de lo anterior, fueron expedidos el Decreto 560 y 772 del 2020, junto con sus decretos reglamentarios, los cuales compilaron parte de lo desarrollado en las mesas de trabajo del 2019 y con los que se buscó solventar algunas de las deficiencias del régimen de insolvencia e implementar medidas que se acoplaran a la pandemia, pues, tal y como lo indica la parte considerativa de los mencionados decretos: *“el estatuto concursal vigente es un mecanismo diseñado para tiempos normales”*, por lo que se requería una normativa que atendiera la crisis de los empresarios durante la pandemia del Covid-19.

Estos Decretos del 2020, ayudaron a evolucionar y mejorar el derecho concursal, entre otras cosas al:

1. Crear trámites híbridos como el proceso de Negociación de Emergencia de un

⁴ Superintendencia de Sociedades, “Informe al Congreso 2018-II a 2019-I”, (2019) Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/1164339/Gestión+Estratégica.pdf/fb084142-3930-7755-a2ac-b20eb5abdc6d?version=1.6&t=1667223708451>

Acuerdo de Reorganización (PNEAR)⁵ y el Procedimiento de Recuperación Empresarial ante las Cámaras de Comercio (PRES)⁶. Los cuales no devienen en la liquidación de la empresa en caso que no logre confirmar el acuerdo y son mucho más flexibles en cuanto a la composición del pasivo que debe reestructurarse.

2. Modular el principio de universalidad del numeral 1º del artículo 4º de la Ley 1116 de 2006, al permitir la negociación y estructuración de acuerdos que no involucren a la totalidad de los acreedores, al poder realizar acuerdo por categorías de acreedores a elección del deudor⁷.
3. Crear los procesos especiales de reorganización abreviada y liquidación judicial simplificada para pequeñas y medianas empresas cuyos activos sean inferiores o iguales a 5.000 salarios mínimos⁸, cuyos tiempos son menores a los procesos de reorganización y liquidación ordinaria.
4. Reducción de requisitos y auditorías contables para la admisión más pronta a los procesos de reorganización de las empresas afectadas por el Covid-19⁹.
5. Permitir el pago de pequeñas acreencias sin contar con autorización del juez, siempre y cuando fueran proveedores o acreedores laborales¹⁰, descongestionando a la Superintendencia de Sociedades y permitiendo a los deudores continuar con casi total normalidad con los proveedores y los empleados al no tener que esperar para su pago la autorización del juez del concurso.

6. Indicar que las medidas sobre bienes que no se encuentren sujetos a registro, esto incluye cuentas bancarias, se levantarían con el auto de admisión del proceso concursal sin necesidad de oficios adicionales, al menos en teoría.
7. Crear mecanismos de flexibilización para facilitar la aprobación de los acuerdos de reorganización empresarial, a saber: (i) capitalización de acreencias; (ii) descargas de pasivos y (iii) pactos de deuda sostenible¹¹.
8. Adoptar mecanismos que buscaban facilitar la financiación de las empresas en insolvencia, creando incentivos como prelación y condiciones para la constitución de nuevas garantías que eventualmente pueden incentivar que se facilite la financiación de empresas en procesos en procesos recuperatorios¹².

Según lo indicado por la Superintendencia de Sociedades del 1 de abril de 2020 hasta el 9 de diciembre de 2022:

“Del total de 3.363 solicitudes, 61.87% (2.081) corresponde a procesos creados con el Decreto Legislativo 772 de 2020 para pequeñas insolvencias, el 22.42% (754) corresponde a los procesos de reorganización y liquidación ordinarios previstos en la Ley 1116 de 2006 y el 15.70% (528) restante a procesos NEAR, trámite creado por el Decreto Legislativo 560 de 2020. Finalmente, el 77.57% de los deudores en crisis, hacen uso de los mecanismos creados con los Decretos Legislativos”¹³.

⁵ Artículo 8º, Decreto 560 de 2020.

⁶ Artículo 9º, Decreto 560 de 2020.

⁷ Parágrafo 3º del Artículo 8º, Decreto 560 de 2020.

⁸ Artículos 11 y 12, Decreto 772 de 2020.

⁹ Artículo 2º, Decreto 560 de 2020.

¹⁰ Artículo 3º, Decreto 560 de 2020.

¹¹ Artículo 4º, Decreto 560 de 2020.

¹² Artículo 5º, Decreto 560 de 2020.

¹³ Superintendencia de Sociedades, “La Superintendencia de Sociedades confirma la prórroga de los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020”, (14 de diciembre de 2022), Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/noticias/-/asset_publisher/atwl/content/la-superintendencia-de-sociedades-confirma-la-prorroga-de-los-decretos-legislativos-560-y-772-de-2020

Así, el éxito de los Decretos 560 y 772 de 2020, implicó que se ampliara su vigencia inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2023. Sin embargo, mediante sentencia C-390 de 2023, se declaró la inexecutable del inciso 2° del artículo 96 de la Ley 2277 de 2022, que prorrogaba la vigencia de los decretos, lo que implica que, a la fecha, los Decretos se encuentran fuera del ordenamiento jurídico, volviendo al régimen “tradicional” de la Ley 1116 de 2006 y generando cierto caos para todos los usuarios del régimen concursal y la Superintendencia de Sociedades.

Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha se encuentra en trámite el proyecto de ley 106 de 2023, el cual, con algunas modificaciones busca incorporar a la legislación permanente los Decretos 560 y 772 de 2020. Surgiendo en este caso en línea con el método Kaizen, la posibilidad de hacer nuevas mejoras al régimen de insolvencia, aprendiendo de la experiencia de la aplicación de los mencionados decretos.

IV. Proyecto de Ley número 106 de 2023 del Senado.

Al pensar sobre el futuro de la insolvencia en Colombia y, específicamente sobre el régimen para las sociedades y las personas naturales a las que les aplica lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006, inevitablemente viene a mi cabeza la frase: “*Lo-cura es hacer lo mismo una y otra vez y esperar resultados diferentes*”¹⁴. Esto, es en parte, pues al realizar una revisión del proyecto de ley 106 de 2023, lo que busca el mismo en su esencia es incorporar a la legislación permanente los Decretos 560 y 772 de 2020, sin hacer mayores ajustes a los aspectos de los mismos que pueden resultar problemáticos y/o inaplicables.

Si bien, en el mencionado proyecto se hacen algunas modificaciones, eliminaciones y/o acla-

raciones al articulado original, las mismas se encuentran encaminadas a mantener la estructura inicial, eliminando cualquier referencia a la pandemia del Covid-19, siendo claro que lo que se busca en términos generales con el proyecto es dar continuidad a los nuevos procesos y procedimientos que fueron creados en el marco de la pandemia y que ahora serían aplicables al “*estado de normalidad*”.

Dentro de los ajustes más relevantes del proyecto de ley se encuentran:

1. Se elimina la posibilidad que traía el numeral 1° del parágrafo 1° del artículo 8° del Decreto 560 de 2020 de aplazar el pago de gastos de administración. En la práctica, si bien el no pago de gastos de administración no implica que no se pueda confirmar el acuerdo de reorganización, si implica que se genere casi que inmediatamente un incumplimiento del acuerdo de reorganización y, la imposibilidad de confirmar cualquier reforma cuando el acreedor del pasivo post concursal se oponga.
2. Se elimina el artículo 3° del Decreto 560 de 2020, el cual, permitía realizar el pago de pequeñas acreencias con la recomendación del promotor y, sin necesitar una autorización expresa por parte del Juez del Concurso conforme al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Respecto a esta eliminación, el mencionado artículo era de gran utilidad para los deudores pues, les permitía pagar a los trabajadores y pequeños proveedores, facilitando la continuidad del negocio. Desde la óptica de los acreedores laborales y proveedores, la eliminación los perjudica al imposibilitar sus pagos en un menor tiempo, teniendo en cuenta que el trámite de las autorizaciones del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 puede tardar varios meses antes de ser resuelto por parte de la Superintendencia de Sociedades.

¹⁴ Esta es una frase que se atribuye frecuentemente a Albert Einstein, sin embargo, no existen pruebas de que sea suya, indicándose como una fuente posible la Rita Mae Brown quien menciona esta frase en su novela *Sudden Death* (Muerte súbita) de 1983.

Sin embargo, además de las anteriores eliminaciones el proyecto de ley no trae nada novedoso y que pueda implicar algún mejoramiento del régimen concursal diferente al que ya traían los Decretos 560 y 772 de 2020, manteniendo incluso el proyecto de ley aspectos problemáticos de los mismos, entre los que se encuentran:

1. **Ejecución del levantamiento de medidas cautelares con el auto de admisión:** Uno de estos aspectos que en la práctica han resultado problemáticos y que no se modifican ni se tienen en consideración en el proyecto de ley 106 de 2023, es la exigibilidad y aplicación efectiva y real de lo contemplado en el artículo 12 del proyecto de ley relativo a que, con el auto de admisión se levantarán por ministerio de la ley las medidas cautelares sobre bienes que no se encuentren sujetos a registro, lo que incluye cuentas bancarias.

Lo anterior, dado que en la práctica, las entidades financieras, por sus políticas internas y por seguridad, terminan pidiendo el oficio de la Superintendencia de Sociedades y/o de la autoridad correspondiente, pues entre otras cosas, eso podría implicar un abuso del deudor admitido a insolvencia, para que solicite el levantamiento de cualquier medida cautelar de bienes que no se encuentren sujetos a registro, sea por pasivo concursal o no.

Adicional, en la práctica el mismo juez concursal, pese a lo indicado en su momento en los Decretos 560 y 772 de 2020, para expedir los oficios de levantamiento de bienes no sujetos a registro solicitaba que las medidas cautelares hubiesen sido puestas a su disposición, lo que sería contrario a la misma norma, pero que también estaría alineado con respecto a la capacidad de la Superintendencia de Sociedades pues, si las medidas cautelares no han sido puestas a su disposición, ni con un auto ni

con un oficio, no podría ordenar su levantamiento y, por ejemplo, la entrega de los recursos derivados de la medida cautelar practicada.

Todos estos aspectos que resultan problemáticos en la práctica y que hacen que pese al fin altruista y teórico del artículo 12 del proyecto de ley este se vuelva inejecutable en la práctica.

2. **Falta de certeza en el plazo para la presentación del acuerdo de reorganización en los procesos de reorganización abreviada:** Si bien el artículo 18 del proyecto de ley 106 de 2023 indica que en el auto admisorio del proceso de reorganización abreviado se citará a la audiencia de resolución de objeciones y confirmación del acuerdo, en el mismo no se establece con claridad el término para la radicación del acuerdo de reorganización.

Lo anterior, genera que en la práctica el día antes de la mencionada audiencia se esté radicando el acuerdo y que muchas veces ni los acreedores ni la Superintendencia de Sociedades, puedan revisar adecuadamente el mismo, generando inseguridad para los diferentes intervinientes del proceso. Así mismo, implica una diferenciación sustancial con la reorganización ordinaria en la que si no se radica el acuerdo dentro de los 4 meses se declara el fracaso del proceso de reorganización y se decreta el inicio de la liquidación, mientras en el proceso de reorganización abreviado se puede extender esa presentación del acuerdo, prácticamente a discreción del deudor y del juez del proceso específico.

3. **No se indica bajo qué circunstancias las entidades del Estado pueden hacer rebajas y quitas:** El párrafo 3° del artículo 4° del proyecto de ley 106 de 2023 indica que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y las entidades del Es-

tado podrán hacer rebajas de sanciones, intereses y capital, sin embargo, no se indican los parámetros de las mismas, lo que en la práctica implicaría que los funcionarios públicos no tengan claros los límites y pudiesen verse en riesgo de que les inicien procesos de responsabilidad en tal calidad. Lo anterior, también resulta problemático pues, si bien se entiende el fin loable que busca la norma, al no haber conminado a las autoridades fiscales a que reglamenten lo pertinente y/o plantear reglas claras para las rebajas, esto genera que eventualmente lo dispuesto en el párrafo 3° se vuelva inejecutable.

Finalmente, el hecho de buscar la implementación de los Decretos 560 y 772 de 2020 como legislación permanente, también lleva a pensar qué tan específicas fueron las medidas adoptadas en los mismos para el estado de emergencia y qué tanto, se encontraban alineadas con la finalidad de crear medidas diferentes a lo contemplado para “*tiempos normales*” y que, independientemente de todos los beneficios que trajeron las disposiciones contenidas en los Decretos 560 y 772 de 2020, parecería en la práctica que lo que se hizo fue reformar, vía decreto de emergencia y con independencia de la pandemia, el régimen concursal, pese a que no se puede desconocer que la pandemia hizo aún más necesaria la reforma y ha resultado ser ampliamente utilizada por los empresarios y comerciantes colombianos.

V. Aspectos adicionales que generan dificultades en la práctica y que en el futuro deberían abordarse y ajustarse.

Teniendo en cuenta lo indicado a lo largo del presente escrito y, atendiendo lo indicado en la

introducción, a continuación indicaré algunos de los aspectos que en la práctica generan dificultades, y que considero en la evolución del régimen concursal deben ser revisadas y ajustarse aplicando el método Kaizen, buscando el cambio bueno:

1. Obtención de nuevos recursos para empresas en procesos de recuperación:

Tal y como se indicó con anterioridad, la finalidad del régimen de insolvencia empresarial es “*(...) la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor*”¹⁵, para lo cual muchas veces las empresas requieren caja adicional, la cual podrían obtener con la inyección de nuevo capital

para poder seguir operando y mantenerse como fuentes de empleo y de riqueza. Hablando con varios empresarios en insolvencia, estos indican que esa es una de las mayores dificultades a las que se enfrentan por estar en reorganización, teniendo que ser conscientes desde antes de tomar la decisión de iniciar el proceso concursal que deberán vivir con la

caja que produzcan pues es casi imposible que obtengan recursos frescos por parte de terceros.

El artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, dispone que se pueden presentar ciertos incentivos a los acreedores que otorguen recursos frescos a los acreedores en insolvencia, sin embargo, en la práctica su aplicación se ha limitado al otorgamiento de quitas o a la continuación en la entrega de insumos por parte de los proveedores, pero muy pocas veces se ve que se otorgue caja

—
“Tal y como se indicó con anterioridad, la finalidad del régimen de insolvencia empresarial es “(…) la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica...”
 —

¹⁵ Artículo 1°, Ley 1116 de 2006.

en efectivo nuevamente a los deudores en insolvencia.

Si bien los Decretos 560 y 772 de 2020 y el proyecto de ley 106 de 2023, traen *“estímulos a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización”*, los mismos se limitan a que se pueda dar nuevos endeudamientos bajo las siguientes condiciones:

1.1. El concursado podrá obtener créditos para el desarrollo del giro ordinario de sus negocios durante la negociación. Estas obligaciones tendrán la preferencia prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006. En este evento, no se requerirá la autorización del Juez del Concurso. Esto, en mi concepto no trae ninguna novedad pues el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 no restringe la posibilidad de obtención de nuevos endeudamientos como operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios.

1.2. En caso que no se logre obtener la financiación se podrá solicitar autorización al juez del concurso para obtener la financiación en las siguientes condiciones:

- 1.2.1.** Respaldar el crédito con garantías sobre sus propios activos que no se encuentren gravados.
- 1.2.2.** Otorgar un gravamen de segundo grado sobre los activos previamente gravados con garantía.
- 1.2.3.** Otorgar una garantía de primer grado sobre bienes previamente gravados, con el consentimiento previo del acreedor garantizado que será subordinado o con la orden expresa del juez del concurso previa protección razonable del acreedor inicialmente garantizado, las cuales a manera de ejemplo indica que podrán ser el pago total o parcial de la acreencia garantizada, la sustitución del activo obje-

to de la garantía y/o la realización de pagos periódicos. Lo cual conlleva una verdadera novedad pues no se requiere el consentimiento del acreedor inicialmente garantizado.

- 1.2.4.** En los casos anteriores, se deberá demostrar que los activos no comprometidos en las operaciones de crédito son suficientes para asegurar el pago de las obligaciones alimentarias pensionales, las salariales y prestaciones.
- 1.2.5.** La autorización de nueva financiación está sujeta a todo un trámite en el que se debe correr traslado a los demás interesados en el proceso.

La regulación que traían los Decretos 560 y 772 de 2020 y que ahora está en trámite en el Congreso con el proyecto de ley 106 de 2023, si bien tiene las mejores intenciones, para que pueda darse la misma en la práctica, salvo en el presupuesto del numeral 1.1., se requieren garantías, las cuales además deben ser atractivas para los acreedores, presupuestos que también dificultan la obtención de nuevos recursos para las pequeñas y micro empresas.

Así mismo, a pesar la regulación existente del artículo 41 de la Ley 1116 de 2006 y lo propuesto en los Decretos 560 y 772 de 2020 y que ahora está en trámite en el Congreso con el proyecto de ley 106 de 2023, se encuentra en la práctica la **difícultad de realizar operaciones con entidades crediticias con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.**

Si bien las normas de insolvencia buscan generar incentivos para buscar la financiación de las empresas en reorganización, las mismas en la práctica y salvo casos muy específicos, especialmente de proyectos constructores en los que la garantía de su crédito depende del desembolso de recursos frescos, no parecen tener acogida. Lo anterior, en parte por la misma regulación fi-

nanciera de las mencionadas entidades financieras.

La Circular 022 de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia, indica una medidas específicas para los deudores en procesos concursales, *“permitiéndole a las entidades financieras hacer una calificación por riesgo del deudor y no un tratamiento automático de deudor incumplido”*¹⁶. Lo que puede derivar en que se dé una mejor calificación a los créditos que hacen parte del proceso concursal, lo cual, antes únicamente podía predicarse de los gastos de administración¹⁷. Sin embargo, en la práctica cuando una empresa entra a insolvencia, con el incumplimiento de las obligaciones del concurso, la calificación crediticia se va deteriorando, desmejorando así el perfil crediticio que de por sí, por estar en un proceso de insolvencia no es bueno.

Por otra parte, hasta antes de la confirmación del acuerdo también se dificulta el otorgamiento de crédito por el riesgo de liquidación en caso que el acuerdo no llegue a ser confirmado. Además, los requisitos para mejorar después de la confirmación del acuerdo de reorganización de la calificación crediticia parecen ser imposibles por la dificultad para cumplir con el contenido del segundo Anexo del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera.

Por lo anterior, se debe revisar, en aplicación del método Kaizen, nuevas alternativas para incentivar la financiación de las empresas en insolvencia, como por ejemplo ampliar lo indicado en el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006. Así mismo, se podría revisar la posibilidad de otorgar a quienes den recursos en efectivo a deudores en insolvencia, beneficios tributarios, descontables y/o cualquier otro beneficio que no esté atado al pago de los créditos en la insolvencia, sino que parta de

situaciones objetivas que no dependan directamente del deudor para su cumplimiento.

2. Reportes negativos en centrales de riesgo:

El reporte negativo en centrales de riesgo de empresas en reorganización puede obstaculizar que las mismas puedan normalizar sus relaciones y dificulta algunas actividades que antes de la insolvencia eran ordinarias, como lo son la obtención de pólizas ante las aseguradoras para la participación en nuevos proyectos.

El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, establece una serie de efectos que surgen de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización, entre los cuales se encuentra la prohibición de efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, entre otros, sobre las obligaciones sujetas al proceso concursal, salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso, so pena de las sanciones correspondientes.

Siendo así, el no pago de las obligaciones que se encuentran sujetas al proceso concursal no deriva de la mera liberalidad del deudor, sino de una prohibición legal y expresa. Así mismo, el objetivo del proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006, es preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos, los cuales se gradúan, clasifican y se pagan, de conformidad con los privilegios que define la ley.

Además, una vez se confirma el acuerdo de reorganización, se establecen nuevas condiciones de pago de los acreedores, por lo que ya no existiría ningún incumplimiento, dada la reestructuración de las obligaciones, por lo cual, los acreedores que generan reportes negativos a las centrales de riesgo por obligaciones causadas previo a la admisión del acuerdo de reorganización, en teoría deberían ser eliminarlos.

¹⁶ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 022 de 2022, punto 6.

¹⁷ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 100 de 1993, anexo II, punto 3.1.

La Superintendencia de Sociedades, respecto de estos reportes negativos, más allá de instar a los acreedores para que realicen las actualizaciones de la información, ha establecido en varios pronunciamientos¹⁸ que no cuenta con la capacidad para resolver conflictos derivados del tratamiento de la información financiera, así como la protección del derecho de hábeas data, entre otras pues existe una competencia legal asignada por la Ley 1266 de 2008 a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Bajo las anteriores premisas, no parece lógico que se mantengan los reportes negativos, los cuales además generan dificultades en el desarrollo normal de las actividades de las empresas que se encuentran en procesos recuperatorios. Sin embargo, no existe una protección y/o respuesta clara para las empresas en reorganización y los acreedores que generan los reportes al respecto, situación que, si se busca preservar empresas viables que están y/o estuvieron en dificultades, deberá revisarse en el futuro.

3. Legislación tributaria versus finalidad del régimen de insolvencia:

Los acuerdos de reorganización empresarial pueden traer fórmulas de pago diferentes al pago en efectivo con una indexación del IPC. Así, específicamente en virtud del artículo 41 de la Ley 1116 de 2006 se pueden traer quitas de capital e intereses y daciones en pago.

Si bien el artículo 68 de la Ley 1116 de 2006 indica que para:

“(...) Para efectos de timbre, impuestos y derechos de registro el acuerdo de reorganización o de adjudicación, al igual que las escrituras públicas otorgadas en su desarrollo o ejecución, incluidas aquellas que tengan por objeto

reformas estatutarias o daciones en pago sujetas a dicha solemnidad, directamente relacionadas con el mismo, serán documentos sin cuantía. Los documentos en que consten las deudas una vez reestructuradas quedan exentos del impuesto de timbre”.

Y, esto es una clara ventaja para hacer este tipo de operaciones en el marco de los procesos de reorganización, sin embargo, hay un tema que continúa siendo problemático y es la temida ganancia ocasional.

Cuando una empresa entrega en dación en pago activos, es generalmente porque no cuenta con suficiente caja y la mejor opción es disponer de parte de sus activos para saldar parte del pasivo del proceso concursal. Sin embargo, cuando contablemente se tienen unas políticas y se registra el activo a entregar por un valor pero, el acreedor recibe el activo por uno diferente, eso puede generar ganancia ocasional, la cual, deberá ser pagada por la empresa en insolvencia con caja, caja que puede que no tenga en la práctica, lo que imposibilita algunas veces que se puedan presentar y materializar ese tipo de acuerdos en la práctica.

Lo mismo ocurre con las quitas y/o condonaciones, las cuales también, generan ganancia ocasional, obligando a la empresa beneficiaria a sacar caja de su empresa para asumir el tributo, pese a que generalmente los acreedores otorgan una quita cuando: **(i)** van a obtener beneficios o **(ii)** realmente el flujo de la compañía es estrecho y por tanto es la única forma en la que ven que podría tener un pago efectivo de sus acreencias.

En este orden de ideas, se debería propender en el futuro porque el régimen de insolvencia y el abanico de alternativas que trae y que pueden ser plasmadas en los acuerdos de reorganización, se acompasen con la normativa tributaria, buscando la preservación de las empresas pues, imponer cargas impositivas excesivas puede derivar en que las empresas no puedan acudir a

¹⁸ Entre los que se encuentra el Auto No. 2023-01-119016 del 6 de marzo de 2023 proferido en el marco del proceso de la sociedad S2R Ingenieros S.A.S.

herramientas como las daciones, quitas y/o condonaciones y, al mismo tiempo mantenerse como empresas viables y que puedan seguir cumpliendo con el pago de sus gastos de administración.

4. Manejo de trabajadores con fuero en los procesos de liquidación judicial:

El numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006¹⁹, ordena la terminación por ministerio de la ley de los contratos de trabajo cuando se ordena la apertura del proceso de liquidación judicial. Sin embargo, la nitidez de la norma no aplica de forma directa para los trabajadores que cuentan con fuero sindical, quienes en la práctica continúan recibiendo sus pagos y sus contratos no pueden ser terminados hasta tanto se levante el fuero sindical, generando desigualdad con los demás acreedores laborales.

Además, la mayoría de las veces, con fundamento en esta situación, los recursos que tenga la empresa, sean pocos o muchos, se destinan al pago de los trabajadores sindicalizados, al ser gastos de administración, agotando el activo que debería estar destinado para el pago de todos los acreedores, afectando la masa concursal.

Esto, se considera también es uno de los puntos que debe ser revisado a futuro, con el objetivo de propender por la protección de la masa del proceso y, buscando la igualdad entre los mismos acreedores de primera clase.

VI. Conclusiones

De conformidad con lo desarrollado a lo largo del presente artículo, es claro que la palabra Kaizen y su método, con o sin saberlo ha estado presente en la evolución que ha tenido la insolvencia empresarial en Colombia en los últimos años, en donde con acciones pequeñas o grandes, se ha venido generando un cambio en los paradigmas



y en la regulación del régimen de insolvencia empresarial. Los cuales, en mi concepto, han sido para bien, dado que han nutrido el régimen de insolvencia y se han otorgado más herramientas para afrontar la crisis para acreedores y deudores.

Sin embargo, el derecho debe ir adaptándose a las nuevas condiciones de la sociedad, por lo que se debe propender por ir solventando las situaciones conflictivas del derecho concursal que ya se conocen y que, en el proyecto de ley que cursa en el Congreso podrían empezar a ajustarse, buscando el cambio bueno.

Si bien aún queda mucho camino por recorrer, no se pueden desconocer los grandes avances que se han tenido en el régimen concursal y como las acciones de los diferentes actores en los procesos de insolvencias, que van desde la identificación de los problemas hasta la adopción de reformas legislativas, pueden generar grandes cambios en la manera en la que se afronta la crisis y cómo se sale de ella. Teniendo en mente siempre que, pese a que ninguna regulación es perfecta se debería propender perfeccionar la misma, aprendiendo de la experiencia y de los errores del pasado, aplicando el método Kaizen.

¹⁹ Dicho numeral fue declarado exequible con la sentencia C-071 de 2010 de la Corte Constitucional.



XVIII Congreso de Derecho Concursal



Los días **19, 20 y 21** de
septiembre de 2024 en
la ciudad de Cartagena

¡Separa la fecha!

