



**BANCO MUNDIAL  
GRUPO DE FINANZAS, SECTOR PRIVADO E  
INFRAESTRUCTURA  
REGIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

**Colombia: Derechos de Crédito y Procesos Concursales**

**Adolfo Rouillon**

**Mayo, 2006**

# COLOMBIA: DERECHOS DE CRÉDITO Y PROCESOS CONCURSALES

ADOLFO ROUILLON\*

## ABSTRACT

Este trabajo analiza la situación de la actual legislación y de las instituciones colombianas, con relación a derechos de crédito y procesos concursales, y quiere ofrecer una contribución al debate sobre las condiciones necesarias para restaurar un ambiente más favorable al crédito en Colombia. En el tema de los Derechos de Crédito, se pone especial acento en los mecanismos de garantía utilizados en el suministro de crédito empresarial. Se identifican los principales factores que afectan la efectividad de las garantías, por deficiencias en la legislación sustancial, la organización registral y la legislación procesal y concursal. En el tema de los Procesos Concuriales, se enuncian las fortalezas del sistema que deberían preservarse en la reforma concursal, y se analizan en detalle las principales debilidades que es menester corregir, en el marco legal, institucional y regulatorio. También se aborda la necesidad de prestar atención a los acuerdos informales y abreviados de reestructuración empresarial. Finalmente se identifican, según un orden de prioridades, las Recomendaciones que se estiman fundamentales y convenientes para un plan de reforma legal e institucional tendiente a la mejora del ambiente saludable de crédito, la protección de los acreedores y la instauración de un más equilibrado sistema concursal. La aplicación de las Recomendaciones al Proyecto de Ley 207/05 Senado (Régimen de Insolvencia), permite identificar los puntos fuertes del Proyecto y subrayar las ulteriores mejoras que podrían ser consideradas para reducir la incertidumbre legal que todavía limita el crecimiento del crédito bancario en la economía, y para obtener una reducción del costo del crédito, especialmente, a la pequeña y mediana empresa.

---

\* Adolfo Rouillon es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Pontificia Universidad Católica Argentina), desempeñándose actualmente como *Senior Counsel* en el área Finanzas, Sector Privado e Infraestructura del Departamento Legal del Banco Mundial, con sede en Washington, DC (USA). El autor agradece la colaboración de todos los colegas que han contribuido a la redacción de este texto, con expreso reconocimiento a la tarea preliminar efectuada por Juan M. Dobson (Universidad de Rosario, Argentina) durante la misión ROSC en Colombia (2004), y a las valiosas observaciones, comentarios y sugerencias recibidos de Augusto de la Torre (*Senior Regional Financial Sector Advisor*, Banco Mundial LCRCE) y Giovanni Majnoni (*Lead Financial Economist*, Banco Mundial LCSFF), así como de los colegas que revisaron este documento contribuyendo a mejorarlo sustancialmente: Thorsten Leo Beck (*Senior Financial Economist*, Banco Mundial DECRG), Ricardo Olivera García (Universidad de Montevideo, Uruguay), Christoph Paulus (Universidad Humboldt de Berlín, Alemania) y Sevi Simavi (*Invest. Policy Off.*, Corporación Financiera Internacional CICFI). También cabe el reconocimiento a los colegas, expertos y autoridades, que en Colombia generosamente atendieron al autor brindándole la información sin la cual este trabajo no hubiera podido concretarse, cuyos nombres no se mencionan en aras a mantener la confidencialidad, solicitada por algunos, y a fin de no incurrir en involuntarias aunque injustas omisiones. Este documento ha sido realizado por personal del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (Banco Mundial). Los hallazgos, interpretaciones y conclusiones expresados en este documento no necesariamente reflejan la opinión de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial o de los gobiernos que ellos representan. El Banco Mundial no garantiza la exactitud de los datos incluidos en este trabajo.

## INDICE

<b>SUMARIO.....</b>	<b>3</b>
<b>I. INTRODUCCION.....</b>	<b>10</b>
<b>II. DERECHOS DE CREDITO .....</b>	<b>15</b>
II. 1. CUESTIONES GENERALES.....	15
II. 1.2. <i>Situación desfavorable de los acreedores garantizados.....</i>	<i>15</i>
II. 2. MECANISMOS USUALES DE GARANTÍA .....	16
II. 2.1. <i>La legislación colombiana prevé varios derechos de garantía.....</i>	<i>16</i>
II. 3. LEGISLACIÓN SUSTANCIAL SOBRE GARANTÍAS .....	19
II. 3.1. <i>Garantías en el Código Civil y el Código de Comercio.....</i>	<i>19</i>
II. 3.2. <i>Algunas debilidades de la legislación sobre prendas con desplazamiento .....</i>	<i>20</i>
II. 3.3. <i>Disminuida prelación de las garantías reales en general.....</i>	<i>20</i>
II. 4. REGISTROS DE LAS GARANTÍAS .....	22
II. 4.1. <i>Principales componentes del sistema registral .....</i>	<i>22</i>
II. 4.2. <i>Principales debilidades del sistema registral.....</i>	<i>23</i>
II. 5. EJECUCIÓN DE LOS CRÉDITOS .....	24
II. 5.1. <i>Los mecanismos de cobro no son efectivos .....</i>	<i>24</i>
II. 6. EXIGIBILIDAD DE LOS CRÉDITOS FUERA DE LOS PROCESOS CONCURSALES .....	25
II. 6.1. <i>Mecanismos de ejecución extrajudicial.....</i>	<i>25</i>
II. 6.2. <i>Mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial .....</i>	<i>27</i>
II. 6.3. <i>Mecanismos de ejecución judicial: el proceso ejecutivo.....</i>	<i>28</i>
II. 6.4. <i>Secuestro de los bienes sujetos a ejecución.....</i>	<i>30</i>
II. 6.5. <i>Venta forzada de los bienes sujetos a ejecución.....</i>	<i>31</i>
II. 6.6. <i>Ineficacia de las sanciones contra el uso abusivo de los mecanismos procesales de defensa .....</i>	<i>32</i>
II. 7. EXIGIBILIDAD DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS EN CASO DE PROCESOS CONCURSALES .....	33
II. 7.1. <i>Consideraciones generales.....</i>	<i>33</i>
<b>III. PROCESOS CONCURSALES.....</b>	<b>34</b>
III. 1. CUESTIONES GENERALES .....	34
III. 1.1. <i>Sesgo adverso a los acreedores .....</i>	<i>34</i>
III. 1.2. <i>Oportunidad de restablecer el equilibrio.....</i>	<i>34</i>
III. 2. ENUNCIADO GENERAL DE LAS FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL VIGENTE ....	35
III. 2.1. <i>Rasgos positivos.....</i>	<i>35</i>
III. 2.2. <i>Rasgos negativos.....</i>	<i>35</i>
III. 3. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL: MARCO LEGAL .....	36
III. 3.1. <i>Las clases de acreedores y los llamados “acreedores internos”.....</i>	<i>36</i>
III. 3.2. <i>Votación del acuerdo de reestructuración.....</i>	<i>37</i>
III. 3.3. <i>Modificación de la prelación de los acreedores garantizados.....</i>	<i>38</i>
III. 3.4. <i>Pérdida de efectividad de las fiducias en garantía .....</i>	<i>38</i>
III. 3.5. <i>Ausencia de límite temporal a la suspensión de la ejecución de las garantías.....</i>	<i>39</i>
III. 3.6. <i>Los acreedores no pueden solicitar la liquidación .....</i>	<i>40</i>
III. 3.7. <i>Responsabilidad de los administradores sociales.....</i>	<i>41</i>
III. 3.8. <i>Contratos en curso de ejecución.....</i>	<i>41</i>
III. 3.9. <i>Lentitud de los procesos concursales.....</i>	<i>43</i>
III. 3.10. <i>Concursos con elementos extranjeros o con impacto transfronterizo.....</i>	<i>44</i>
III. 4. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL: MARCO INSTITUCIONAL Y REGULATORIO ..	45
III. 4.1. <i>Falta de independencia de la entidad con autoridad jurisdiccional en los procesos concursales .....</i>	<i>45</i>
III. 4.2. <i>Desempeño y remuneración de los Promotores.....</i>	<i>48</i>
III. 5. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL: ACUERDOS INFORMALES Y ACUERDOS ABREVIADOS DE REESTRUCTURACIÓN .....	49
III. 5.1. <i>Acuerdos informales (“workouts”).....</i>	<i>49</i>
III. 5.2. <i>Acuerdos abreviados de reestructuración (“Prepackaged reorganization plans”) .....</i>	<i>51</i>

<b>IV. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>52</b>
<b>ANEXO 1 - PROYECTO DE LEY 207/05 SENADO SOBRE RÉGIMEN DE INSOLVENCIA .....</b>	<b>60</b>
<b>ANEXO 2 - RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS.....</b>	<b>67</b>

## SUMARIO

### CONSIDERACIONES GENERALES

En Colombia, actualmente existe una difundida percepción de alto riesgo legal para otorgar crédito, aun cuando éste se otorgue con garantías reales. Esta percepción se funda en la existencia de factores, de carácter legal e institucional, que impiden crear un ambiente propicio para la expansión del crédito a costos accesibles. Esa situación afecta a una amplia franja de usuarios, integrada mayormente por empresas pequeñas y medianas, que enfrentan severas dificultades para acceder al crédito en el circuito financiero regular.

Los acreedores garantizados no encuentran seguridad en ninguno de los variados mecanismos de garantía de la legislación colombiana. Esto es un serio problema, pues los créditos garantizados tienen un rol particularmente importante en los países en desarrollo, ya que en ellos los mercados de capitales suelen encontrarse menos maduros que los mercados de crédito y, por ende, la mayor parte del financiamiento –sobre todo, de empresas medianas y pequeñas- se concreta en forma de deuda. En esos mercados, al ser mayores los riesgos y menores las opciones, los prestamistas comúnmente exigen garantías tendientes a reducir los riesgos de incumplimiento e insolvencia.

El riesgo de incumplimiento no resulta adecuadamente disminuido, pese al uso de garantías, principalmente por las muy notorias fallas de los mecanismos de ejecución individual colombianos y por el sesgo marcadamente adverso respecto de los derechos de los acreedores de los procesos concursales colombianos. Alguna rigidez del régimen legal de garantías reales, la disminuida prelación que a ellas les asigna la ley civil, y ciertas debilidades en los sistemas registrales, operan como factores coadyuvantes del bajísimo prestigio de las garantías en Colombia.

La protección razonable del crédito, sobre todo el crédito con garantías, requiere corregir drásticamente las fallas existentes en la ejecución individual, reemplazar el actual sistema concursal por otro que otorgue trato más equilibrado a los intereses y derechos de todos los sujetos afectados por la insolvencia, introducir ciertas reformas en la legislación sustancial vigente, y mejorar los sistemas registrales.

La iniciativa de las autoridades colombianas de reemplazar la legislación concursal en vigor por una nueva ley de insolvencia, debe ser bienvenida. El Proyecto de Ley 207/05 (Senado) de Régimen de Insolvencia, sin embargo, debería perfeccionarse para que el futuro sistema concursal colombiano esté a la altura de las mejores prácticas internacionales, con el consiguiente beneficio para el ambiente de crédito y la economía general.

### LEGISLACIÓN SUSTANCIAL SOBRE GARANTÍAS

Las hipotecas y prendas (con y sin desplazamiento) están reguladas en Colombia siguiendo los esquemas usuales en los países de tradición romano-germánica, y son muy utilizadas en el crédito empresarial, donde también se observa el uso creciente de las fiducias de garantía. Las cesiones condicionales de crédito son usadas para constituir

garantías sobre derechos de crédito y derechos de propiedad intelectual, o similares. Mecanismos de garantía específicamente restringidos a financiar la adquisición de bienes –tales como la reserva de dominio y el leasing- son legalmente posibles en Colombia, pero su uso está circunscrito casi exclusivamente a la adquisición de vehículos.

Una importante debilidad del régimen colombiano sobre garantías reales es la escasa significación del grado de preferencia (o prelación) que la ley civil asigna a los créditos hipotecarios y prendarios. En el ranking de prioridades para el cobro, esos créditos tienen prelación inferior a la de los créditos laborales e impositivos. Lo cual significa que el acreedor hipotecario o prendario ejercerá su prelación sólo después de haberse pagado (con el producto de la venta del bien hipotecado o prendado) la totalidad de los créditos laborales y los créditos impositivos del deudor. Este esquema o *ranking* de prelaciones desprestigia a la garantía real, ya que, cualquiera sea el valor del bien a hipotecar o preñar, es muy difícil –si no imposible- estimar anticipadamente el grado de cobertura que otorga la garantía, pues otros créditos contingentes (laborales e impositivos), de existencia y cuantía inciertas *ex ante*, concurrirán a cobrar con prelación por sobre los acreedores hipotecarios o prendarios, a la hora de la ejecución del bien y reparto del producto.

Otras debilidades de la legislación de garantías prendarias fincan en: (i) la minuciosidad algo excesiva que la ley requiere para la descripción del bien objeto de la garantía, que limita la posibilidad de preñar bienes que no pueden ser plenamente identificables, como ciertos productos genéricos, bienes fungibles o materias primas susceptibles de transformación; y, (ii) la subyacente idea de que la prenda se constituye más bien sobre cosas (bienes tangibles), que sobre bienes intangibles, restricción no explícita en la ley pero que implícitamente puede derivarse de las exigencias de descripción contenidas en el Código de Comercio, y que genera dudas razonables sobre, por ejemplo, la posibilidad de constituir prendas sobre bienes intangibles en forma autónoma (separados del establecimiento mercantil).

#### REGISTROS DE LAS GARANTÍAS

En los registros inmobiliarios todavía prevalece el sistema de inscripción cronológica en libros, faltando mucho camino por recorrer para la informatización total del sistema. Esto se traduce en mayor lentitud en cualquier trámite, y menor seguridad en la guarda de la información. A su vez, la dispersión geográfica de los registros inmobiliarios, y la inexistencia de interconexión entre ellos, dificulta el acceso a la información y eleva sus costos; entre otras razones, por los traslados (físicos o geográficos) que los interesados deben realizar.

Los registros mobiliarios están más avanzados en cuanto a informatización, pero padecen del mismo defecto de fragmentación geográfica y ausencia de interconexión electrónica, lo cual afecta severamente el acceso a la información y de igual modo aumenta sus costos, además de crear el riesgo de duplicación de garantías sobre los mismos bienes muebles.

#### EJECUCIÓN DE LOS CRÉDITOS

Otra causa fundamental de la falta de efectividad de las garantías es la notoria ineficiencia de los mecanismos de cobro y ejecución de los créditos. Los usuarios del

sistema coincidentemente opinan que si los mecanismos de ejecución no mejoran, de muy poco valdrían las reformas en otros aspectos de la legislación o de las instituciones vinculadas al crédito.

Los factores fundamentales que afectan la posibilidad de cobro eficaz de los créditos impagos, radican en que: (i) Los mecanismos privados de ejecución contemplados por la legislación colombiana operan en sectores muy restringidos (bono de prenda), tienen limitada efectividad (ejecución prendaria por establecimientos bancarios), o ven su efectividad seriamente amenazada por la legislación concursal (como ocurre con las fiducias de garantía); (ii) La legislación colombiana no contempla mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial, que permitan al acreedor garantizado requerir la actuación del juez al solo efecto de poder tomar posesión del bien de manera rápida y venderlo privadamente; (iii) Los mecanismos de ejecución judicial, cuyo prototipo es el proceso ejecutivo, al cual acude la mayoría de los acreedores, es un proceso largo y tedioso en el que los deudores pueden proponer defensas y recursos que demoran el cobro excesivamente (hay demoras reportadas de entre 4 y 7 años). El uso abusivo de los mecanismos procesales de defensa no se suele sancionar con suficiente efectividad como para desalentar esa práctica.

#### PROCESOS CONCURSALES

Si el deudor es insolvente, la aplicación de la legislación concursal colombiana acentúa la situación desfavorable de los acreedores garantizados. Esta legislación exhibe un sesgo muy adverso a dichos acreedores, despojando a las garantías de su función primaria, que es la protección contra la insolvencia del deudor. Así, la ley concursal tiene la potencialidad de destruir cualquier sistema de garantías reales que establezca la legislación civil o mercantil. La prelación de los créditos con prenda o hipoteca (ya de por sí disminuida por la legislación civil), en los procesos concursales prácticamente se diluye. Esto es el resultado, sobre todo, del sistema de votación de los acuerdos de reestructuración que no respeta la jerarquía de esos créditos. Además, mayorías formadas por otras categorías de acreedores no garantizados, sumadas a la categoría de los llamados “acreedores internos” (así se denomina en la ley concursal colombiana a quienes, en realidad, no son acreedores sino socios de la sociedad insolvente), pueden decidir la suerte de los acreedores garantizados sin el consentimiento de éstos, alterar sus prelación y modificar las condiciones de sus créditos. La situación de las fiducias no es diferente, ya que en los procesos concursales se las convierte en garantías reales hipotecarias o prendarias.

El marco actual para los procesos de insolvencia fue reformado en 1999, cuando la Ley 550 aportó cambios importantes a fin de acelerar los hasta entonces muy demorados e ineficaces procedimientos de Concordato. La todavía hoy vigente Ley 550 fue dictada como ley temporaria, destinada a regir en un período de emergencia (con vencimiento prorrogado a diciembre de 2006). El criterio de política legislativa que entonces se impuso parecería haber sido la protección a ultranza de los deudores en dificultades financieras o insolvencia, en desmedro de los intereses de los acreedores. Fuera ya de ese contexto de crisis, una ley concursal excesivamente sesgada contra los acreedores, resulta perjudicial para la expansión del crédito y, por ende, para el desarrollo de la economía.

Hay rasgos positivos del actual sistema concursal colombiano que, con los debidos ajustes, deberían preservarse en una reforma legal, a saber:

- ✓ La integración genérica del sistema legal concursal con el resto de la legislación del país, evitando conflictos entre ambos órdenes legislativos y otorgando preeminencia, en situaciones de insolvencia, a la legislación concursal por sobre la legislación no concursal;
- ✓ La existencia de un proceso concursal de reestructuración para empresas viables y de un proceso concursal de liquidación para empresas no viables;
- ✓ La transparencia de los procedimientos concursales (de reestructuración y de liquidación), mediante reglas claras, acceso del público a los procedimientos, supervisión de la autoridad jurisdiccional, y disponibilidad de información y estadísticas sobre los procesos de insolvencia;
- ✓ El efectivo suministro de información sobre el estado financiero y de los negocios del deudor, tanto a través del aporte de éste como mediante las estadísticas e informes brindados por la Superintendencia de Sociedades;
- ✓ El trato no discriminatorio de los acreedores extranjeros respecto de los acreedores locales;
- ✓ La prevención del desmembramiento prematuro de los bienes del deudor, la cual se logra suspendiendo la acción individual de los acreedores luego de abierto el proceso concursal de reestructuración o liquidación (“*stay*”).

A su vez, los principales rasgos adversos del actual sistema concursal colombiano, sobre los cuales debería centrar su atención la reforma legal son los siguientes:

- ✓ El sistema de clases de acreedores, que incluye entre éstos a los socios de la sociedad concursada (considerándolos “acreedores internos”);
- ✓ El sistema de votación de los acuerdos de reestructuración, que no respeta la jerarquía de las clases ni la prelación relativa de los respectivos créditos;
- ✓ La posibilidad de alterar la prelación legal de los créditos, estableciendo las llamadas “prelaciones consensuales”, mediante acuerdo de reestructuración impuesto por acreedores de inferior rango (y socios) a los acreedores garantizados, cuyas prelaciones se alteran sin su conformidad;
- ✓ La falta de preservación de la efectividad de las fiducias (en los procesos concursales), a cuyos beneficiarios prácticamente se convierte en acreedores con garantía real hipotecaria o prendaria;
- ✓ La falta de límite temporal razonable a la suspensión de las ejecuciones de los créditos garantizados;
- ✓ La falta de legitimación de los acreedores para pedir la apertura del proceso concursal de liquidación del deudor;
- ✓ La falta de efectividad de las sanciones por responsabilidad de los administradores sociales;



- ✓ La insuficiente regulación legal de los efectos del concurso sobre los contratos en curso de ejecución, y las excesivas sanciones (otro elemento que ratifica el sesgo adverso a los acreedores) que hoy pueden aplicarse al contratante que intente hacer valer la resolución del contrato;
- ✓ Las demoras en el reconocimiento de los créditos controvertidos;
- ✓ La falta de normas modernas para lidiar con los problemas de los concursos con elementos extranjeros;
- ✓ La falta de independencia institucional de la Superintendencia de Sociedades, entidad administrativa con autoridad jurisdiccional en los procesos concursales;
- ✓ La falta de control judicial sobre la gran mayoría de las decisiones dictadas en los procesos concursales por la autoridad administrativa;
- ✓ La escasa idoneidad efectiva y ciertos defectos del sistema de remuneración de los Promotores;
- ✓ La escasa utilización de acuerdos informales para solucionar las dificultades financieras o la insolvencia de las empresas;
- ✓ La inexistencia de regulación legal sobre acuerdos abreviados de reestructuración.

La reforma en curso de las leyes de insolvencia otorga una clara oportunidad para incorporar los estándares internacionales en la legislación colombiana, consolidando sus actuales fortalezas y modificando los factores que notoriamente debilitan el sistema actual. El Proyecto de Ley 207/05 sobre Régimen de Insolvencia, mejora aspectos relevantes del sistema concursal vigente, pero aún no da respuesta satisfactoria a recomendaciones que son de gran importancia para el perfeccionamiento integral del futuro sistema concursal colombiano.

#### RECOMENDACIONES

En el marco legal e institucional de los derechos de crédito y los procesos de insolvencia, numerosas reformas puntuales son necesarias, según un orden variable de prioridades. No se considera prioritario, sin embargo, encarar una reforma total de la legislación civil y comercial para consagrar un régimen integral y completamente nuevo de garantías reales. Elegir esta última vía, probablemente abriría debates de incierto resultado que, a su vez, demorarían las reformas urgentes e indispensables. Esta opinión no excluye que, preferentemente luego de evaluados los resultados de las reformas de prioridad 1 y 2, en el futuro podría llegar a debatirse si es o no conveniente y necesario profundizar las modificaciones al régimen legal sustancial de las garantías reales.

#### *Prioridad 1*

- ❖ La prelación de los acreedores garantizados debe mejorarse, elevando su grado de preferencia en el *ranking* o jerarquía legal de los créditos con privilegio.
- ❖ Los mecanismos de ejecución extrajudicial deben ampliarse para que puedan usarse respecto a toda clase de garantías reales inmobiliarias y mobiliarias, constituidas en seguridad de crédito empresario otorgado por entidades

- financieras regulares. También deben eliminarse las actuales normas concursales que impiden efectivizar extrajudicialmente las fiducias de garantía.
- ❖ Deben crearse mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial.
  - ❖ Debe reformarse la legislación procesal para que el proceso ejecutivo adquiera verdadera ejecutividad, principalmente mediante la limitación de las defensas y apelaciones, la simplificación del procedimiento de secuestro y remate de los bienes, y el establecimiento de sanciones a los litigantes maliciosos.
  - ❖ La legislación concursal debe reformarse significativamente, introduciendo como mínimo la siguiente lista de reformas, orientadas a:
    - 1ª. Eliminar la clase de los llamados “acreedores internos”;
    - 2ª. Respetar las prelacións en los acuerdos concursales;
    - 3ª. Suprimir las actualmente llamadas “prelaciones consensuales”;
    - 4ª. Preservar la validez de las fiducias de garantía, sin convertirlas en garantías reales en los concursos;
    - 5ª. Establecer límites temporales razonables a la suspensión de las ejecuciones por parte de los acreedores con garantías reales, consagrando apropiadas salvaguardas a favor de éstos mientras dure aquella suspensión;
    - 6ª. Consagrar la posibilidad de aprobar en un procedimiento abreviado los acuerdos de reestructuración aprobados por una significativa mayoría de acreedores en negociaciones informales con el deudor;
    - 7ª. Legitimar a los acreedores para poder solicitar la apertura del proceso de liquidación;
    - 8ª. Agilizar e incentivar el uso de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad insolvente;
    - 9ª. Adoptar un moderno sistema de trato integral y equilibrado de los efectos de los concursos sobre los contratos pendientes;
    - 10ª. Simplificar y acelerar el procedimiento de reconocimiento de los créditos controvertidos;
    - 11ª. Adoptar reglas modernas para los aspectos internacionales de las insolvencias;
    - 12ª. Consagrar la efectiva independencia institucional de la autoridad administrativa con jurisdicción en los concursos;
    - 13ª. Afirmar la garantía de la defensa estableciendo la posibilidad de recurrir, ante tribunales de la rama judicial, las decisiones de la Superintendencia de Sociedades que causen gravamen irreparable a derechos sustanciales de los sujetos involucrados en los concursos; y
    - 14ª. Establecer un sistema de selección, entrenamiento, remuneración y remoción de los Promotores que asegure el desempeño efectivo de éstos.

*Prioridad 2*

- ❖ Flexibilizar la regulación legal de la prenda con desplazamiento, para hacer efectivamente indudable la posibilidad de constituir esa garantía real sobre toda clase de bienes muebles, tangibles o intangibles.
- ❖ Informatizar completamente, e interconectar, los registros de bienes inmuebles y de anotaciones relacionadas con bienes muebles.
- ❖ Crear un ambiente favorable a la negociación amigable o informal de acuerdos extrajudiciales para solucionar las dificultades financieras severas o la insolvencia empresaria.

**PROYECTO DE LEY 207/05 SENADO SOBRE RÉGIMEN DE INSOLVENCIA**

El Proyecto de Ley 207/75, mejora aspectos relevantes del sistema vigente, pero aún no da respuesta satisfactoria a recomendaciones que son de gran importancia para el perfeccionamiento integral del futuro sistema concursal colombiano. Con respecto a las 14 recomendaciones sugeridas en este documento –focalizadas en los aspectos más alejados de las mejores prácticas internacionales que exhibe el sistema colombiano actual- el Proyecto satisface totalmente 4 recomendaciones (“Observadas”), y se acerca significativamente a otras 2 (“Mayormente observadas”). Otras 6 recomendaciones no tienen respuesta satisfactoria en el Proyecto (“No observadas”), y hay 2 en las cuales el Proyecto mejora el sistema vigente en poca medida (“Mayormente no observadas”). En estas dos últimas categorías, permanecen 8 recomendaciones relacionadas con aspectos muy importantes del sistema concursal. Para que la futura legislación se adecue a lo que recomiendan las mejores prácticas internacionales, y así crear un sistema concursal equilibrado que contribuya a restaurar la confianza en el marco legal e institucional colombiano sobre derechos de crédito, sería menester introducir modificaciones al Proyecto en las respectivas áreas donde la actual versión aún no da respuesta satisfactoria a aquellas sugerencias.

<b>RECOMENDACIONES CONCURSALES Y PROYECTO DE LEY 207/05</b>		
<b>Observadas: 1<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 10<sup>a</sup>, y 11<sup>a</sup></b>	<b>4</b>	<b>O</b>
<b>Mayormente Observadas: 3<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup></b>	<b>2</b>	<b>MO</b>
<b>Mayormente No Observadas: 2<sup>a</sup> y 9<sup>a</sup></b>	<b>2</b>	<b>MNO</b>
<b>No Observadas: 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 12<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup></b>	<b>6</b>	<b>NO</b>

## I. INTRODUCCION

1. **Los sistemas legales que regulan eficazmente los derechos de crédito son un elemento importante en la estabilidad del sistema financiero, y contribuyen a la creación de un ambiente saludable donde el crédito se suministra con amplitud y a costos accesibles.** Esto es vital para el crecimiento económico. Un ambiente saludable de crédito contribuye a que un mayor número de personas y de empresas, sobre todo medianas y pequeñas, tengan acceso a préstamos otorgados con tasas de interés razonables. Por lo contrario, cuando existe alto riesgo legal, el acceso al crédito se dificulta o se hace inalcanzable para muchos usuarios que lo necesitan.

2. **El riesgo legal alto, ya sea real o simplemente percibido, produce efectos negativos sobre el crédito.** Entre ellos:

- ✓ Incrementa excesivamente el costo del crédito;
- ✓ Conduce a una desmesurada exigencia de garantías que muchos usuarios del crédito no pueden satisfacer; o, directamente,
- ✓ Lleva a que los proveedores de crédito supriman las líneas de préstamos a la mayor parte de las empresas pequeñas y medianas.

3. **Tanto el diseño de las leyes (marco legal) como el funcionamiento de las instituciones (marco institucional) que reconocen, regulan y ejecutan los contratos de crédito, tienen estrecha relación con el flujo y el costo del crédito. Así:**

- El **marco legal** debe:
  - ✓ Hacer posible la **creación** de derechos de garantía sobre todo tipo de activos – muebles e inmuebles, tangibles e intangibles.
  - ✓ Proporcionar reglas eficientes de **publicidad y registro** que se adapten a todo tipo de bienes.
  - ✓ Establecer reglas claras de **prelación** entre los reclamos y derechos de plurales acreedores sobre un mismo activo del deudor<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En este documento, el término “prelación” significa el derecho de un acreedor a ser pagado de manera preferente (sobre el producto de la venta de un bien o bienes del deudor) con respecto a otros acreedores del mismo deudor. En tal sentido, el vocablo “prelación” puede considerarse sinónimo de “preferencia”, “prioridad” y “privilegio”. Los créditos que no tienen “prelación” (llamados “sin prelación”, “comunes” o “quirografarios”) tienen derecho a cobrar luego de haberse pagado los créditos con prelación. A su vez, estos últimos pueden tener diferentes prelación según el “grado”, “rango” o “clase” que la ley les asigne, lo cual determina que no todos los créditos con prelación tienen igual jerarquía. Algunos créditos con prelación son preferidos respecto de otros, en función del orden prioritario de cobro establecido por la legislación. Por ejemplo, un crédito con garantía real inmobiliaria (hipoteca) tiene prelación respecto de un crédito común o quirografario, pero puede no tenerla (como ocurre hoy en Colombia) respecto de un crédito laboral o impositivo (pues la legislación colombiana establece para estos últimos mejor prelación que para los créditos con garantías reales: Código Civil, artículos 2488-2511, especialmente artículos 2495 a 2499, transcritos en Anexo 2).

- ✓ Proveer **sistemas de cobro y ejecución** que sean predecibles, transparentes y accesibles. Esto requiere: (i) si el deudor no está en concurso, eficientes **mecanismos de cobro y ejecución individual** (extrajudiciales, judiciales o mixtos); y, (ii) si el deudor es insolvente, **procesos concursales**<sup>2</sup> (de reestructuración y de liquidación) confiables. Tales sistemas (ejecución individual y procesos concursales) deben ser diseñados para operar en armonía<sup>3</sup>.
- El **marco institucional** es imprescindible para implementar las provisiones del marco legal. Éstas se instrumentan a través de instituciones independientes, estables, predecibles y eficientes. Si el marco institucional no contribuye a que – en la práctica- la legislación sea predecible, los esfuerzos de mejora de las leyes sobre el crédito serán de muy pequeño impacto para ampliar el flujo y bajar el costo del crédito. Así, en cualquier diagnóstico y en todos los programas de reforma en estas áreas son también cruciales:
  - ✓ Los **registros** de las garantías inmobiliarias y mobiliarias;
  - ✓ Las **instituciones judiciales y administrativas** competentes en los procesos de ejecución individual de créditos o en los procesos de insolvencia.

4. **En Colombia existe una difundida percepción de alto riesgo legal para el otorgamiento de crédito, aun con garantías. Esto afecta a una amplia franja de usuarios, que enfrenta severas dificultades para acceder a crédito en el circuito financiero regular.** En el área legal vinculada al crédito, el principal problema detectado es la situación extremadamente desfavorable de los acreedores; especialmente de los acreedores garantizados. Esto es un serio problema. Los créditos garantizados tienen un rol particularmente importante en los países en desarrollo, ya que en ellos los mercados de capitales suelen encontrarse menos maduros que los mercados de crédito. Como resultado, la mayor parte del financiamiento –sobre todo, de empresas medianas y pequeñas- se concreta en forma de deuda. En los mercados con menores opciones y mayores riesgos, los prestamistas comúnmente exigen garantías para reducir las pérdidas asociadas con los riesgos de incumplimiento e insolvencia. Debido a que las garantías no aseguran el recobro de manera rápida y eficiente, las tasas de interés en Colombia no están afectadas de manera significativa por la presencia de garantías reales. La excesiva protección del deudor se traduce en una reducción del crédito a empresas que podrían ofrecer garantías reales de buena calidad. Al mismo tiempo, la incertidumbre legal es probablemente uno de los factores que han impulsado la formación de grupos empresariales mixtos, buscándose a través de ellos una alternativa institucional a la falta de seguridad jurídica en materia de garantías.

---

<sup>2</sup> En este trabajo se usan como sinónimos los términos “procesos concursales” y “procesos de insolvencia”, como género que abarca las especies “reestructuración” (o “proceso de reestructuración”) y “liquidación” (o “proceso de liquidación”).

<sup>3</sup> Es importante que el marco legal para la insolvencia empresarial, al establecer un delicado equilibrio entre la reorganización y la liquidación, reconozca los derechos y respete las prioridades de los acreedores mediante un proceso predecible donde se asegure la imparcialidad de las decisiones.

5. **La legislación sustancial colombiana (fundamentalmente, el Código Civil y el Código de Comercio) ofrece un variado menú de garantías inmobiliarias y mobiliarias, pero en la práctica el régimen de garantías no ofrece seguridad.** Ello ocurre principalmente porque hay fallas muy notorias en los mecanismos de cobro y ejecución individual de créditos y en los procesos concursales. Las opiniones de los usuarios del sistema coinciden en señalar a los mecanismos de ejecución y a los procesos concursales como los elementos principales que determinan la falta de efectividad de las garantías actualmente legisladas. También existen ciertas rigideces del régimen legal de garantías reales, y debilidades en los sistemas registrales, como factores coadyuvantes del bajísimo prestigio de las garantías en Colombia. La protección razonable del crédito, sobre todo el crédito con garantías, requiere corregir drásticamente las fallas en la ejecución individual y en los procesos concursales, introducir ciertas reformas en la legislación sustancial vigente, y mejorar los sistemas registrales.

6. **Los procesos concursales colombianos muestran un sesgo adverso a los derechos de los acreedores, que es más notorio aún respecto de los acreedores garantizados.** La razón principal de esa característica es que la vigente ley de reestructuración 550 fue dictada en un contexto de severa crisis, y se la concibió como una legislación de emergencia destinada a regir por un plazo determinado. Ahora que ese plazo se ha cumplido, y las condiciones de la economía no son ya las que prevalecían cuando se diseñó aquella legislación concursal, resulta oportuno establecer un enfoque más equilibrado en la legislación futura de la insolvencia. El sesgo excesivo contra los derechos de los acreedores, por otra parte, resulta perjudicial en épocas de mayor normalidad económica, en las cuales la preocupación por la expansión del crédito debería ser central.

7. **Este documento considera que restaurando un ambiente más favorable al crédito, se podrían alcanzar resultados tangibles que beneficiaran a los usuarios necesitados de crédito, a costos razonables, con provecho para el crecimiento de la economía. De ahí que los objetivos centrales de este documento son los siguientes:**

- ✓ Identificar y describir los principales problemas de la actual legislación y de las instituciones que se relacionan con los derechos de crédito y los procesos concursales;
- ✓ Recomendar una adecuada serie de acciones, coordinada y sostenida, en el marco legal e institucional, que rectificaría los principales factores que están causando la actualmente muy difundida percepción de legislación y prácticas adversas a los derechos de los acreedores en Colombia; y,
- ✓ Evaluar sumariamente el Proyecto de Ley 207/05 (Senado) sobre Régimen de Insolvencia, centrandolo en aquellos aspectos en que el actual sistema colombiano más se aleja de las mejores prácticas internacionales, y en qué medida el Proyecto satisface las recomendaciones orientadas a la mejora completa del sistema concursal futuro.

8. **¿Un régimen legal, integral y completamente nuevo, para las garantías reales?** La alternativa de introducir en Colombia un régimen integral de garantías, completamente nuevo, en reemplazo de las normas vigentes, exigiría la derogación de

numerosas instituciones y normas del Código Civil y del Código de Comercio, de acendrada tradición y largo arraigo en la cultura jurídica y en las prácticas comerciales del país. De un lado, esto muestra la difícil aceptabilidad de una reforma así y, por ende, la dudosa factibilidad de su consagración legislativa; además de que, probablemente, se abrirían debates de incierto resultado que, a su vez, demorarían las reformas que este documento considera urgentes e indispensables. De otro lado, aun si se lograra la difícil sanción de un régimen integral de garantías nuevas, es incierto que él pudiera alcanzar resultados exitosos si no se actúa eficazmente sobre lo que este documento considera prioridades mayores del sistema colombiano: mejorar sensiblemente la prelación del crédito con garantías, los mecanismos de ejecución y los procesos concursales. Por ello, una reforma total de la legislación civil y comercial sobre garantías se estima que no es prioritaria ni urgente sino, en todo caso, una hipótesis a considerar y debatir ampliamente, sin urgencias, una vez evaluados los resultados de las reformas aconsejadas como prioritarias.

9. **Este trabajo comprende varias Partes y Anexos.** Luego de esta Introducción, la Parte II analiza los Derechos de Crédito, con especial acento en los mecanismos de garantía utilizados en el suministro de crédito empresarial. Allí también se identifican los principales factores que afectan la efectividad de las garantías, por deficiencias en la legislación sustancial, la organización registral y la legislación procesal y concursal. La Parte III centra el análisis en los Procesos Concursales, enunciando las fortalezas del sistema que deberían preservarse en la reforma concursal, y analizando en detalle las principales debilidades que es menester corregir, en el marco legal, institucional y regulatorio. También se aborda la necesidad de prestar atención a los acuerdos informales y abreviados de reestructuración empresarial. La Parte IV describe, según un orden de prioridades, las Recomendaciones que se estiman fundamentales y convenientes para un plan de reforma legal e institucional tendiente a la mejora del ambiente saludable de crédito, la protección de los acreedores y la instauración de un más equilibrado sistema concursal. En los Anexos: (i) se evalúan aspectos del Proyecto de Ley de Régimen de Insolvencia, utilizando como referencia las recomendaciones (contenidas en el cuerpo de este documento) que han sido elaboradas en base a estándares internacionales en materia concursal; y, (ii) se transcribe la legislación vigente sobre privilegios, que se estima de relevancia para la cabal comprensión del sistema actual.

10. **Diversas fuentes se han utilizado para elaborar este trabajo.** Este documento es el resultado de la consulta a diversas fuentes escritas, así como de numerosas entrevistas tenidas en el país en ocasión del estudio que se hizo en el marco del programa ICR ROSC (*Insolvency and Creditor Rights Report on the Observance of Standards and Codes*), en conexión con una misión de evaluación del sistema financiero (FSAP), en la segunda mitad del año 2004. Otras entrevistas con usuarios y referentes del sistema de crédito empresarial tuvieron lugar durante otra misión del Banco Mundial en Colombia a mediados de octubre de 2005. Además de los trabajos citados en las notas de este documento, se han consultado y tenido en consideración trabajos anteriores del Banco Mundial y de otras organizaciones internacionales<sup>4</sup>. Las buenas prácticas y estándares

---

<sup>4</sup> Entre otros: *Colombia Land Policy in Transition Reform*, Report No. 27942-CO, World Bank, January 29, 2004. *Colombia Rural Finance – Access Issues, Challenges and Opportunities*, Report No.27269-CO,

internacionales en el área de los derechos de crédito y los procesos de insolvencia son frecuentemente citados –expresa o implícitamente- en este documento. Al respecto, las dos principales fuentes actuales de identificación de dichas prácticas pueden consultarse en los siguientes documentos: *Principios de los Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores* (Banco Mundial, versión revisada 2005 publicada en [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild)) y *Guía Legislativa sobre Ley de Insolvencia* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI o UNCITRAL, ésta última sigla correspondiente a su denominación en inglés-, publicada en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

---

World bank, November 2003. *Colombia: Expanding Access to Credit – Case Study on Secured Transactions*, by Heywood W. Fleisig & Nuria de la Peña, CEAL, Washington, DC, September 2005. *Colombia: Plan de Manejo para Fortalecer los Derechos de Propiedad*, USAID, July 6, 2005. *Do Reorganization Costs Matter for Efficiency? Evidence from a Bankruptcy Reform in Colombia*, by Xavier Giné & Inessa Love, World Bank 2006.



## II. DERECHOS DE CREDITO

### II. 1. CUESTIONES GENERALES

#### II. 1.1. Derechos contractuales

11. **La legislación y la jurisprudencia colombianas reconocen los derechos derivados de los contratos.** Los derechos contractuales son exigibles y ejecutables ante los tribunales de jurisdicción ordinaria, por cuanto éstos reconocen que un contrato es “la ley entre las partes” y que los “principios de legítima buena fe y confianza mutua deben respetarse en los actos civiles y comerciales”<sup>5</sup>. Cabe notar que a raíz de la crisis de 1998 hubo interferencia legislativa<sup>6</sup> y jurisprudencial<sup>7</sup> revisando los contratos de préstamos bancarios con hipotecas sobre viviendas y, por ende, esas interferencias podrían sentar un precedente para una intervención futura en la legislación en materia de contratos. No obstante, en la actualidad existe una percepción general de certeza en la sustancia y aplicación práctica de los derechos contractuales, por cuanto las mencionadas revisiones y modificaciones de las cláusulas de los contratos para construcción de viviendas se realizaron sólo en el contexto de una situación de emergencia.

#### II. 1.2. Situación desfavorable de los acreedores garantizados

12. **El principal problema detectado en Colombia, en el área legal vinculada al crédito, es la situación extremadamente desfavorable en que se encuentran los acreedores garantizados.** Numerosos operadores del sistema de crédito coinciden en señalar que si bien la mayoría de los préstamos se otorga con garantías, de hecho éstas

<sup>5</sup> S. T-202/00

<sup>6</sup> Decretos N° 2330/2331 y Ley N° 546 “Ley de Vivienda”

<sup>7</sup> La Corte Constitucional de Colombia declaró que las revisiones de contratos realizadas por la Administración eran válidas, constitucionalmente, en una situación de emergencia (Sentencia N° C-136/99). Básicamente, las revisiones estaban contenidas en la Ley 546, apoyadas y, en algunos casos, modificadas, por sentencias de la Corte Constitucional. Allí se estableció que las deudas tenían que ser liquidadas de acuerdo con tasas de interés máximas, fijadas por la Superintendencia Bancaria (declarada válida por S.C.485/95; S.C-136/99; S.T. 1157/00; A.V.C. 479/01), y que los acreedores estaban obligados a aceptar la propiedad hipotecada como pago total y cancelación de las deudas pendientes. Las tasas de interés bancarias normales son establecidas por la Superintendencia Bancaria (“interés certificado”) (art. 83, Ley 795/2003, Decreto 663/93), 884 Código de Comercio; 305, Código Penal, art. 191, Código de Procedimiento Civil). La Superintendencia los fija periódicamente; por ejemplo, la Resolución N° 1527 lo fijó para el período Sept. 1, 04 en adelante, en 19,50%). Los bancos no pueden contratar tasas de interés – ya sea para el uso de dinero o penalidades por incumplimiento- por encima o más allá de las tasas máximas fijadas por la Superintendencia, y esta restricción opera, asimismo, para las personas jurídicas mercantiles (personas que, habitualmente, operan con operaciones comerciales) (Consejo de Estado, fallo del 18 de septiembre de 1988, Expt. N°. 8531, opinión del Hon. Germán Ayala Mantilla). Las leyes de usura condenan los intereses mayores a una vez y media la tasa certificada (art. 305, Código Penal). En el caso de que, en un contrato comercial, las partes no hayan establecido, específicamente, los intereses para sus obligaciones, el interés será la tasa bancaria corriente. Las penalidades por incumplimiento estarán limitadas a una vez y media por encima de la tasa bancaria corriente. Los intereses que se han fijado a tasas por encima y más allá de las especificadas, implicarán pérdida de todos los intereses para el acreedor (art. 111, Ley 510/1999 modif. Art. 884 Código de Comercio).

poco mejoran la situación del acreedor garantizado ante el incumplimiento del deudor. Esta falta de mejor situación del acreedor garantizado frente al resto de los acreedores, se pone en evidencia tanto en los procesos de ejecución individual como (y quizás más aún) en los procesos concursales. La situación es frecuentemente citada como muy grave. Muchos afirman que el funcionamiento actual del sistema de garantías poco beneficio produce sobre el costo del crédito: la baja de la tasa de interés por efecto de la garantía es escasa, mientras que al mismo tiempo hay que incurrir en gastos para la creación y registro de las garantías. Hay percepción generalizada acerca de que es irrelevante la diferencia de riesgo que enfrentan los prestamistas garantizados o no garantizados. Es por ello que en el curso de este trabajo se pone el acento en los factores que conspiran contra la efectividad de los mecanismos de garantía, procurando identificar cuáles son los principales elementos adversos y qué debería hacerse, en orden de prioridad, para cambiar el actual estado de cosas en el área legal e institucional de los derechos de crédito.

## II. 2. MECANISMOS USUALES DE GARANTÍA

### II. 2.1. La legislación colombiana prevé varios derechos de garantía

13. **Pese a que la legislación colombiana ofrece un variado menú de mecanismos de garantía, existe consenso general en que dicho sistema no asegura de manera efectiva el repago del crédito. En los procesos concursales, tampoco se asigna un verdadero trato preferente a los acreedores garantizados.** La situación desfavorable de los acreedores que cuentan con una garantía real o con mecanismos equivalentes de garantía, es el resultado de una serie de factores concurrentes, que se analizan a lo largo de este trabajo. A continuación se describen sumariamente las garantías que se usan con más frecuencia en la práctica del crédito empresarial.

#### *Hipoteca*

14. **La hipoteca es un derecho de garantía real<sup>8</sup> sobre bienes inmuebles, embarcaciones o aeronaves, que permanecen en posesión del deudor.** La hipoteca otorga al acreedor: (i) una preferencia, sobre el producido de la venta de los bienes garantizados, respecto de la mayoría de los demás acreedores, con excepción de (básicamente, en lo que al crédito empresario interesa) las costas judiciales causadas en el interés general de los acreedores, los créditos laborales y los créditos impositivos<sup>9</sup>; (ii) un derecho para ejecutar los bienes hipotecados, mediante un proceso ejecutivo especial, a fin de procurar el cobro del crédito<sup>10</sup>; este derecho puede ejercerse aunque la propiedad

---

<sup>8</sup> La hipoteca sobre inmuebles se encuentra regulada en el Código Civil (arts. 2342-2457). En el Código de Comercio se regula la hipoteca sobre grandes embarcaciones (arts. 1570-1577) y aeronaves (arts. 1904-1909).

<sup>9</sup> Arts. 2494 a 2511 Código Civil, transcriptos en Anexo 2.

<sup>10</sup> Llamado “juicio ejecutivo con título hipotecario o prendario” (arts. 554/560, Código de Procedimiento Civil). Una de las características de la ejecución de los derechos hipotecarios es que, cuando fracasa el tercer remate por falta de oferentes, el acreedor hipotecario puede solicitar, para sí, la transferencia del título de los bienes por el precio del avalúo, que será compensado contra su crédito más el interés (art. 557, par. 3, Código de Procedimiento Civil).

del bien gravado se transfiera, por el deudor, a un tercero<sup>11</sup>. De este modo, las garantías reales otorgan un derecho de cobro, sobre el producto de la venta del bien gravado, superior al de otros acreedores que carecen de tales derechos reales constituidos a su favor. Ello, en principio, debería conducir a que el proceso concursal no afectase a los acreedores con garantías reales de la manera como lo hace el sistema concursal vigente en Colombia (según se explica más adelante), pues ellos son sustancialmente diferentes de los restantes acreedores. La noción de igualdad –que constituye un principio general del Derecho, recogido incluso por convenciones internacionales- conduce a tratar de manera equivalente sólo a quienes son iguales y, a la vez, lleva a tratar de manera distinta a quienes son esencialmente diferentes. Las hipotecas pueden ser otorgadas en garantía de obligaciones presentes o futuras (“hipotecas abiertas”). La garantía no puede exceder el doble del valor de la deuda. Esta relación se reduce a una vez y media en los procesos de insolvencia del deudor. La constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble requiere escritura pública e inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

### ***Prenda***

15. **La prenda es un derecho de garantía real sobre bienes muebles.** La prenda otorga al acreedor, respecto del bien prendado, una preferencia y derechos de ejecución similares a los del acreedor hipotecario, razón por la cual aquí son aplicables las respectivas consideraciones efectuadas en el párrafo precedente. El Código Civil regula la prenda con transmisión de posesión (del bien prendado) al acreedor, y el Código de Comercio regula las prendas con o sin transmisión de posesión del bien dado en garantía<sup>12</sup>. La constitución de prendas con transmisión de posesión no requiere formalidades. La constitución de prendas sin transmisión de posesión requiere documento privado e inscripción en el registro que llevan las Cámaras de Comercio<sup>13</sup>. Las prendas sin transmisión de posesión pueden establecerse sobre todo tipo de bienes muebles, siempre que sean aptos para ser destinados a una explotación económica, o que sean el resultado de dicha explotación<sup>14</sup>. Un establecimiento de comercio, en su conjunto,<sup>15</sup> puede estar sujeto a una prenda sin transmisión de posesión<sup>16</sup>. También pueden constituirse prendas sobre ventas de mercaderías, cuando el precio se pague en plazos y los bienes muebles involucrados sean no fungibles. Las prendas sin transmisión

---

<sup>11</sup> Este derecho puede ejercerse aunque el inmueble hubiera sido transferido a un tercero (art. 2452, Código Civil).

<sup>12</sup> Arts. 1200-1203, Código de Comercio

<sup>13</sup> La competencia de la Cámara de Comercio será la del sitio donde permanecerán los bienes, en forma permanente, de acuerdo con el contrato (art. 1210, Código de Comercio).

<sup>14</sup> Art. 1207 Código de Comercio

<sup>15</sup> Una empresa o establecimiento comercial, en su conjunto, comprende todo tipo de activos, incluyendo: el derecho a los nombres comerciales, patentes, marcas registradas, mercadería en stock o productos en proceso de elaboración, muebles, derechos de arrendamiento, derechos derivados de prácticas de competencia ilegales y derechos a los contratos realizados por la empresa (arts. 515/516 Código de Comercio). La ejecución de la venta de una prenda en un establecimiento comercial se realizará, preferentemente, en bloque y, sólo en caso de imposibilidad, se venderá en forma separada (art. 517, Código de Comercio).

<sup>16</sup> Art. 532 Código de Comercio

de posesión pueden constituirse como garantía de obligaciones futuras, siempre que el monto y la duración del contrato estén especificados claramente<sup>17</sup>.

### *Cesiones en garantía*

16. **Los créditos contra terceros pueden ser cedidos, en forma condicional, dando así origen a una forma de garantía.** Este mecanismo de garantía, aunque utilizado, no es de gran significación debido a que sólo puede utilizarse para constituir garantías respecto de un limitado número de bienes. Los créditos pueden utilizarse como garantía, mediante su cesión condicional; esta cesión requiere notificación al deudor cedido<sup>18</sup>. También pueden cederse en garantía los derechos derivados de un contrato<sup>19</sup>. Asimismo, un establecimiento, en su conjunto, puede ser objeto de una cesión condicional<sup>20</sup>. Finalmente, se pone de relieve que el instrumento jurídico utilizado para dar en garantía derechos de propiedad intelectual<sup>21</sup> y de propiedad industrial<sup>22</sup>, sería la cesión condicional de esos derechos –y no la prenda<sup>23</sup>.

### *Reserva de dominio y leasing*

17. **El vendedor puede retener el dominio de los bienes vendidos hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio, lo cual funciona como un mecanismo de garantía del crédito otorgado en los contratos de compraventa a plazo<sup>24</sup>. También el leasing es posible en Colombia.** La reserva de dominio es posible tanto en la venta de muebles<sup>25</sup> como de inmuebles<sup>26</sup>. Por efecto de la reserva de dominio, el comprador sólo adquirirá el dominio de los bienes vendidos cuando haya pagado la última cuota del precio. De este modo, el vendedor conserva calidad de dueño de los bienes mientras no se le pague el precio. Así, si éste no se le paga, el vendedor tiene prelación –como dueño- respecto de los restantes acreedores del comprador (deudor). A fin de que tenga validez contra terceros y, cualquiera sea la calidad de los bienes, la reserva de dominio requiere inscripción en los registros correspondientes (muebles, inmuebles y automóviles). En caso de mora del comprador, en el pago del precio pactado,

---

<sup>17</sup> Art. 1219 Código de Comercio

<sup>18</sup> Arts. 1960-1961 Código Civil. La cesión incluye todas las garantías anexas al crédito cedido, pero las excepciones personales del cedente no serán transferidas al cesionario (art. 1964, Código Civil).

<sup>19</sup> El Código de Comercio regula una forma especial de cesión: la cesión de todos o parte de los derechos derivados de los contratos (arts. 887-896), que requerirán notificación a la otra parte del contrato (art. 894, Código de Comercio). La cesión incluye todas las acciones, privilegios y beneficios legales derivados del contrato (art. 895, Código de Comercio). El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato y todas aquellas excepciones contra el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele la cesión (art. 896, Código Civil).

<sup>20</sup> Art. 533 Código de Comercio

<sup>21</sup> Regulada por el art. 671, Código Civil, y el art. 61, Constitución Política de Colombia

<sup>22</sup> Decl. 85 del Acuerdo de Cartagena/Decreto N° 1190/1978; Decreto 575/1992; Decl. 344 Acuerdo de Cartagena/Decreto 117/1994; Decl. 486, Acuerdo de Cartagena/Decreto 2591/2000; y Resoluciones del Superintendente de Industria y Comercio Nos. 210/2000 y 17.585/2001

<sup>23</sup> Información recogida durante la misión ICR ROSC.

<sup>24</sup> Art. 951 Código de Comercio

<sup>25</sup> En el caso de que los bienes vendidos sean muebles, deben ser no fungibles y no ser aptos para la reventa en el mismo estado en que fueron adquiridos (arts. 953-954, Código de Comercio). La reserva de dominio no puede realizarse sobre inventarios (arts. 954, Código de Comercio).

<sup>26</sup> Art. 952 Código de Comercio

el vendedor tendrá derecho a la restitución del bien vendido, y el comprador tendrá derecho a la devolución proporcional del precio pagado<sup>27</sup>. A fin de ejercer el derecho de restitución, la mora debe ser de más de un octavo del precio. El comprador tiene prohibido vender los bienes sujetos a reserva de dominio<sup>28</sup>. En la práctica actual colombiana, el leasing y la reserva de dominio ven limitado su campo de aplicación a la adquisición de bienes (principalmente) de consumo, sobre todo vehículos. No es frecuente su utilización para obtener crédito empresario en general<sup>29</sup>.

### ***Fiducia en garantía***

18. **Las fiducias o fideicomisos pueden usarse como un mecanismo de garantía**<sup>30</sup>. La fiducia mercantil es la forma de fideicomiso típicamente usada como garantía. Para garantizar obligaciones propias o de un tercero, una persona llamada “fiduciante” o “fideicomitente” transfiere la propiedad de ciertos bienes a otra persona llamada “fiduciario”. Si el deudor no paga, el acreedor (llamado “beneficiario”) puede ordenar al fiduciario la venta privada de todos o parte de los bienes dados en fideicomiso para que, con el producto obtenido, se pague la respectiva deuda. Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio distinto del patrimonio general del deudor, que no puede ser ejecutado por otros acreedores<sup>31</sup>. En la fiducia mercantil, el fiduciario debe ser una sociedad organizada específicamente a tal efecto (“sociedades fiduciarias”), autorizada y supervisada por el Superintendente de Bancos<sup>32</sup>. La fiducia debe ser constituida en un contrato redactado y registrado por un escribano público<sup>33</sup>.

## **II. 3. LEGISLACIÓN SUSTANCIAL SOBRE GARANTÍAS**

### **II. 3.1. Garantías en el Código Civil y el Código de Comercio**

19. **En la legislación sustancial colombiana, la regulación de las hipotecas y prendas sigue los esquemas usuales en los países de tradición jurídica romano-**

<sup>27</sup> Arts. 948 y 952 Código de Comercio

<sup>28</sup> En caso de hacerlo, el vendedor tendrá una acción reivindicatoria o, a elección, podrá exigir el precio total. Además, el deudor incurrirá en sanciones penales (art. 955, Código de Comercio). El vendedor, asimismo, puede oponerse al embargo de otros acreedores (art. 964, Código de Comercio). En caso de incumplimiento, el vendedor puede llevar a cabo una acción para recuperar los bienes vendidos, pero el comprador tendrá el derecho de restitución durante tres meses (art. 966, Código de Comercio). Un tercero, de buena fe, que adquiera bienes sujetos a cláusulas de reserva de dominio, en feria o mercado, en venta pública o en remate judicial, estará obligado a devolverlos al vendedor, pero todos los gastos realizados deberán serle reembolsados (art. 960, Código de Comercio).

<sup>29</sup> Las explicaciones logradas hasta la fecha sobre el uso restringido de estas garantías de financiación de la adquisición de bienes, no han sido del todo claras. Los usuarios del sistema citan a la falta de familiaridad cultural con estos mecanismos, y a la necesidad de acudir a procedimientos judiciales para obtener la reposición del bien, de manos del deudor, en caso de incumplimiento, como los principales factores que conspirarían contra un uso más difundido del leasing y de la reserva de dominio.

<sup>30</sup> La propiedad fiduciaria está regulada en los arts. 793-822 del Código Civil, y la fiducia mercantil en los arts. 1226-1244 del Código de Comercio.

<sup>31</sup> Art. 1227, Código de Comercio. Este patrimonio individual, en sí, no constituye una entidad legal o persona jurídica.

<sup>32</sup> Ley 45/1995

<sup>33</sup> Art. 1228, Código de Comercio. Un fideicomiso tiene una duración máxima de 30 años (art. 800, Código Civil, aplicable conforme art. 2 Código de Comercio).

**germánica, sin que se adviertan desvíos notorios que conspiran contra la consistencia general del sistema legal sustancial, aunque éste acusa ciertas debilidades específicas.** Como es habitual en países de similar cultura legal, el Código Civil colombiano establece las reglas legales básicas en materia de derechos reales (de propiedad y garantías) sobre bienes inmuebles. En el mismo código se regula la prenda civil clásica (o prenda con desplazamiento). También siguiendo lineamientos habituales del derecho privado de origen europeo continental, el Código de Comercio legisla sobre garantías prendarias comerciales, con o sin desplazamiento. Puede destacarse como positivo que el Código de Comercio de Colombia regula la prenda sin tenencia del acreedor de manera relativamente amplia, clara y en un número breve de disposiciones contenidas en los artículos 1207 a 1220. No obstante, dentro del marco legal sustancial de las garantías reales, contenido en los dos códigos citados, pueden identificarse algunas debilidades de relativa importancia, en materia de prendas con desplazamiento, y un serio problema relacionado con la prelación de los créditos con garantías, que afecta tanto a las garantías reales mobiliarias como a las inmobiliarias según se explica a continuación.

### **II. 3.2. Algunas debilidades de la legislación sobre prendas con desplazamiento**

**20. Como debilidades de relativa importancia de la legislación de garantías prendarias puede señalarse a:**

- ✓ **la minuciosidad algo excesiva que la ley requiere para la descripción del bien objeto de la garantía**<sup>34</sup>. Esto limita la posibilidad de preñar bienes que no pueden ser plenamente identificables, como ciertos productos genéricos, bienes fungibles o materias primas susceptibles de transformación; y,
- ✓ **la subyacente idea de que la prenda se constituye más bien sobre cosas (bienes tangibles), que sobre bienes intangibles.** Esta restricción no es explícita en la ley, pero ella implícitamente puede derivarse de las exigencias de descripción contenidas en el Código de Comercio<sup>35</sup>. De allí que, a la luz de la legislación en vigencia, existen dudas razonables sobre, por ejemplo, la posibilidad de constituir prendas sobre bienes intangibles en forma autónoma (separados del establecimiento mercantil)<sup>36</sup>.

### **II. 3.3. Disminuida prelación de las garantías reales en general**

**21. La prelación disminuida que la legislación sustancial establece para los acreedores garantizados con prenda o hipoteca, es la más significativa, y muy importante, debilidad del régimen colombiano sobre garantías reales.** Estos acreedores no tienen el primer grado de prelación en la jerarquía legal. Tanto el acreedor

<sup>34</sup> Art. 1209 Código de Comercio: “El documento en que conste un contrato de prenda sin tenencia deberá contener, a lo menos, las siguientes especificaciones: ..... 5) El detalle de las especies gravadas con prenda, con indicación de su cantidad y todas las demás circunstancias que sirvan para su identificación, como marca, modelo, número de serie o de fábrica y cantidad, si se trata de maquinarias; cantidad, clase, sexo, marca, color, raza, edad y peso aproximado, si se trata de animales; calidad, cantidad de matas o semillas sembradas y tiempo de producción, si se trata de frutos o cosechas; el establecimiento o industria, clase, marca y cantidad de los productos, si se trata de productos industriales, etc; ...”

<sup>35</sup> Ver nota precedente

<sup>36</sup> En el curso de la misión del ICR ROSC se nos ha informado que, de hecho, no existen registradas garantías como la descripta.

hipotecario como el acreedor prendario tienen prelación sólo después de haberse pagado (con el producto de la venta del bien hipotecado o prendado) los créditos laborales y los créditos impositivos del deudor, sin límite alguno<sup>37</sup>. De este modo, a los riesgos propios de la incertidumbre del cobro que se derivan de un sistema ineficiente de ejecución y de un sistema concursal con sesgo adverso a los acreedores garantizados (lo cual se analiza más adelante), se suma esta incertidumbre estructural que lleva aparejada toda garantía real, ya que es muy difícil –si no imposible– estimar anticipadamente el grado de cobertura que otorga la garantía, cualquiera fuese el valor del bien hipotecado o prendado, si otros créditos contingentes (laborales e impositivos), de existencia y cuantía inciertas *ex ante*, concurrirán a cobrar con prelación por sobre los acreedores hipotecarios o prendarios a la hora de la ejecución del bien y reparto del producto.

**22. Aunque al otorgar el crédito, el acreedor obtenga garantía real sobre un bien “limpio” (libre de gravámenes registrados), ello no quita que luego, al ejecutar la garantía, otros acreedores con mejor derecho –laborales y/o impositivos– aparezcan y concurren a cobrar sobre el producto de la realización del bien, desplazando al acreedor con garantía real.** Esos créditos laborales o impositivos tienen, de hecho, el equivalente de un gravamen de mejor rango que el del acreedor con garantía real. Ello ocurre pese a que al momento de creación de la garantía los créditos preferentes de carácter laboral o impositivo no eran visibles, debido a que: (i) no se registran; (ii) en la mayoría de los casos, tampoco se contabilizan; y, de todas maneras, (iii) pueden no haber existido antes de la creación de la garantía, pese a lo cual, aun surgiendo con posterioridad, los mencionados créditos laborales o impositivos igualmente tendrán prelación sobre los créditos con garantías reales. El riesgo implícito de la potencial existencia de los mencionados créditos preferentes (que impactan como verdaderos “gravámenes ocultos”) se traduce en costos para los tomadores de créditos, principalmente en la tasa de interés. Esta es una de las principales causas que explican por qué las actuales garantías no disminuyen sensiblemente el costo del crédito en Colombia.

**23. Así, en Colombia, el presente *ranking* o escala jerárquica de prelaciones, en los hechos, produce los mismos efectos que los de un sistema donde se admiten “gravámenes ocultos”.** Los gravámenes ocultos son preferencias o prelaciones legales que no se registran ni publicitan de manera tal que puedan conocerse por terceros cuando éstos otorgan crédito al deudor cuyos bienes están o estarán, actual o potencialmente, sujetos a esos gravámenes o cargas ocultas. En los sistemas donde, bajo una u otra forma legal, se admiten prioridades resultantes de gravámenes ocultos, éstos inciden en el rango efectivo de las restantes prelaciones (por cierto, sobre la efectiva protección que otorgan las garantías reales). Por ello, no basta con un sistema moderno de creación, registro y ejecución de garantías reales, para otorgar seguridad al acreedor –y, consiguientemente, expandir el crédito y bajar sus costos. Además, y principalmente, es preciso que el sistema legal en su conjunto, más allá de la legislación de garantías, consagre y afirme la prelación efectiva de los créditos garantizados.

---

<sup>37</sup> La regulación legal de las clases o grados de prelación se encuentra en los arts. 2494-2511 Código Civil, transcritos en Anexo 2.

24. **Existe estrecha relación entre la prelación que un sistema asigna a las garantías reales, y la efectiva cuantía del recupero del crédito garantizado o la magnitud de las pérdidas que éste sufre en la práctica.** Del estudio comparado de los respectivos sistemas de los países sudamericanos, se puede comprobar que: (i) en países donde los acreedores con garantías reales tienen el primer grado de prelación (como Argentina y Uruguay), usualmente esos acreedores recuperan la totalidad, o la mayor parte de sus acreencias aun en caso de liquidación o quiebra del deudor, mientras que (ii) en países donde los acreedores con garantías reales son desplazados (por los créditos laborales y/o impositivos) al segundo o tercer grado de prelación (como Ecuador, Perú y Brasil –éste último, antes de la reforma concursal de 2005), usualmente esos acreedores experimentan significativas pérdidas (que a veces llegan al 100%) de sus acreencias en caso de insolvencia del deudor<sup>38</sup>. A raíz del impacto de esa situación, considerada una de las más importantes razones para entender por qué el crédito bancario era insuficiente y costoso en Brasil<sup>39</sup>, este país recientemente modificó el sistema de prelación concursales, poniendo un límite al monto de los créditos laborales que se considerará privilegiado, y bajando de grado a la prelación de los créditos impositivos. La explicada relación entre la prelación de las garantías reales y la efectiva cuantía del recupero del crédito garantizado (o la magnitud de las pérdidas que éste sufre en la práctica), es un factor que contribuye a explicar por qué en un sistema de garantías “degradadas” o “aguadas” no se produce una baja sensible del costo del crédito.

## II. 4. REGISTROS DE LAS GARANTÍAS

### II. 4.1. Principales componentes del sistema registral

25. **Según la naturaleza de los bienes gravados, los derechos de garantía se registran en distintas oficinas.** Así:

- ✓ **Los inmuebles y las garantías sobre ellos se registran en la Oficina de Registros Públicos.** La Oficina de Registros Públicos (bienes inmuebles) es un organismo dependiente de la Superintendencia de Notariado y Registros. Está organizada por municipalidades y, en algunos casos, hay varias secciones por municipio. La información está limitada a cada oficina. El costo del

---

<sup>38</sup> Estas conclusiones se obtienen de la encuesta efectuada en ocasión del Foro de Insolvencia en Latino América (FILA), organizado por la Vicepresidencia Legal del Banco Mundial en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 2004, y de los informes sobre sistemas de insolvencia y derechos de crédito, correspondientes a los países de la región, presentados en dicho evento.

<sup>39</sup> *The New Brazilian Bankruptcy Law: Insolvency System Reform and Access to Credit Initiative*, por Ana Carla Abrão Costa y Eduardo Luis Lundberg (inédito): “In Brazil, under the old law, secured credits were third priority on bankruptcy. Labor credits had first priority, with no limits, followed by fiscal credits. The consequence was that collateral was useless when it was most necessary, when the company was insolvent and incapable to meet its obligations. Together with other imperfections of the insolvency and judiciary system, **this was one of the most important reasons to understand why banking credit is insufficient and expensive in Brazil.** This scenario was altered by the priority rules of the new bankruptcy law that settles labor credit ceilings and ranks secured credits before fiscal responsibilities”. (p.19, énfasis agregado).



asiento registral de una hipoteca es del 0.5% del valor del préstamo más un impuesto del 1% sobre el mismo<sup>40</sup>.

- ✓ **Las garantías sobre bienes muebles se registran en la Cámara de Comercio local; los vehículos y sus consiguientes garantías se registran en la Secretaría de Tránsito.** La Cámara de Comercio de Bogotá, una entidad privada con responsabilidad pública, proporciona un servicio eficiente de registros, con información computarizada de fácil y libre acceso al público. Las Cámaras de Comercio están ubicadas en distintas ciudades de Colombia, y se tiene conocimiento de que funcionan de modo similar. La registración se realiza en la oficina, insertando los datos en un programa informático. El costo del asiento registral de una prenda es de Col.\$ 22.000 más el 0,7% del monto de la deuda<sup>41</sup>. La Secretaría de Tránsito registra los documentos relacionados a los vehículos automotores.

## II .4.2. Principales debilidades del sistema registral

26. **Las debilidades en el sistema de registro de las garantías reales exige distinguir entre las garantías constituidas sobre bienes inmuebles (hipotecas) y las que gravan bienes muebles (prendas).** Así:

- **En el caso de los registros inmobiliarios:**
  - ✓ **Todavía prevalece el sistema de inscripción cronológica en libros, faltando mucho camino por delante hasta llegar a la informatización total del sistema<sup>42</sup>.** Esto se traduce en mayor lentitud en cualquier trámite, y menor seguridad en la guarda de la información. Los documentos presentados en los registros de inmuebles deben estar protocolizados y se archivan en los llamados “Folios de Matrícula Inmobiliaria”, en volúmenes encuadernados, por orden cronológico.
  - ✓ **El acceso a la información de los volúmenes encuadernados requiere la presencia física de la persona interesada, estando los registros de inmuebles muy diseminados geográficamente en todo el país<sup>43</sup>.** Esto dificulta el acceso a la información y eleva sus costos, entre otras razones por los traslados (físicos o geográficos) que los interesados deben realizar.
- **Los registros mobiliarios:**
  - ✓ **Están más avanzados en cuanto a informatización, pero padecen del mismo defecto de fragmentación geográfica.** La dispersión geográfica no tiene atenuante, ya que no hay un sistema interconectado y centralizado de la información de estos registros. Es necesario consultar cada oficina, por

<sup>40</sup> Este costo no es percibido como excesivo por los operadores del sistema, según se nos informó en el curso de las entrevistas mantenidas durante la misión ICR ROSC.

<sup>41</sup> Tampoco este costo es percibido como excesivo por los operadores del sistema, según se nos informó en el curso de las entrevistas mantenidas durante la misión ICR ROSC.

<sup>42</sup> Los datos no están informatizados, aunque la oficina ha empezado a enviar alguna información vía Internet.

<sup>43</sup> Aun en Bogotá, dicho registro tiene tres secciones ubicadas en diferentes zonas.

separado, y viajar al lugar donde esté ubicada, a efectos de determinar la existencia de derechos de garantías sobre bienes muebles, ubicados en distintas ciudades de Colombia, inclusive las más importantes. La fragmentación geográfica y falta de interconexión electrónica entre los registros, impacta más severamente, en cuanto dificultad de acceso a la información y aumento de costos, en el caso de los registros mobiliarios que en el supuesto de los registros inmobiliarios. Es que, por definición, se sabe de antemano dónde están situados los inmuebles. Mientras que los bienes muebles, también por definición, pueden desplazarse y, por ello, resulta más difícil identificar la oficina de registro a la cual dirigirse sin error. Así, los traslados (físicos o geográficos) que los interesados pueden tener que realizar son mayores, con los consiguientes costos.

- ✓ **La falta de información centralizada crea el riesgo de duplicación de garantías sobre los mismos bienes muebles.** Este factor también aumenta potencialmente la incertidumbre en un área tan sensible al riesgo.
- ✓ **El caso de los automóviles es bastante parecido ya que las oficinas municipales de la Secretaría de Tráfico deben registrar los vehículos, sin un sistema centralizado de información.** Aun en municipios cercanos, las consultas deben hacerse en cada una de las respectivas oficinas localizadas en los diferentes municipios<sup>44</sup>.

## II. 5. EJECUCIÓN DE LOS CRÉDITOS

### II. 5.1. Los mecanismos de cobro no son efectivos

27. **Si el deudor no honra su deuda, los acreedores carecen de mecanismos efectivos de cobro. En la notoria ineficiencia de los mecanismos de cobro radica otra causa fundamental de la falta de efectividad de las garantías, por lo cual, si este problema no se soluciona, muy poco efecto surtirían las reformas que pudieran concretarse en las restantes áreas analizadas<sup>45</sup>.** Los factores fundamentales que afectan la posibilidad de cobro eficaz de los créditos impagos son los siguientes:

- ✓ La insuficiencia o funcionamiento ineficaz de los **mecanismos privados de ejecución;**
- ✓ La inexistencia de **mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial;**
- ✓ La falta de efectividad del **proceso judicial de ejecución;** y,
- ✓ Las disposiciones legales adversas de la legislación de **procesos concursales.**

<sup>44</sup> Por ejemplo, hay una Secretaría en Bogotá y otra en la vecina ciudad de Chia.

<sup>45</sup> Esta opinión es compartida por todos los referentes consultados en numerosas entrevistas tenidas durante la misión ICR ROSC.

## II. 6. EXIGIBILIDAD DE LOS CRÉDITOS FUERA DE LOS PROCESOS CONCURSALES

28. **Cuando el deudor no está en situación concursal (por ser, al menos en teoría, un deudor solvente), los elementos que contribuyen a hacer inefectivo el cobro de los créditos en mora son varios, e interactúan retroalimentándose en un círculo vicioso difícil de romper.** A continuación se describen sumariamente los principales elementos que conspiran contra un sistema efectivo de cobro de los créditos en mora.

### II. 6.1. Mecanismos de ejecución extrajudicial

29. **En Colombia no existen sistemas privados efectivos de ejecución de créditos, de aplicación general. Tampoco pueden establecerse contractualmente, por acuerdo entre acreedor y deudor, estipulaciones tendientes a permitir que el acreedor tome posesión de los bienes prendados de manera diferente a la autorizada por la ley<sup>46</sup>.**

Así, en principio, la legislación colombiana parece reacia a aceptar mecanismos privados o extrajudiciales de ejecución. Además, es certero que no existe un uso general difundido de ese tipo de remedios. Sin embargo, hay algunas excepciones, al menos teóricas, que aunque tienen escaso uso y poca eficacia, podrían señalar la posibilidad de crear mecanismos privados de ejecución de uso más general, eliminando, a la vez, los factores que hoy conspiran contra su eficacia.

30. **Los sistemas especiales –privados- de ejecución, que se han identificado, son los siguientes:**

31. ***Ejecución del bono de prenda.*** El bono de prenda es un documento que representa un crédito con garantía prendaria, que sólo puede constituirse sobre mercaderías depositadas en Almacenes Generales de Depósito. El depositante de las mercaderías puede tomar crédito, otorgando garantía prendaria al acreedor mediante la entrega a éste del bono de prenda. Si el crédito no se paga, el acreedor (tenedor del bono) podrá exigir al Almacén que subaste las mercaderías para pagar, con el producto obtenido, el crédito respectivo. Si bien el bono de prenda tiene, en teoría, el atractivo de evitar el proceso judicial de ejecución, sus principales limitaciones radican en que: (i) Sólo puede utilizarse para preñar mercaderías depositadas en Almacenes Generales de Depósito, y no bienes muebles en general; (ii) Las comisiones que cobran dichos Almacenes se mencionan como elevadas, lo cual conspira contra una mayor difusión de esta garantía, poco usada incluso para preñar mercaderías.

32. ***Ejecución prendaria por establecimientos bancarios.*** La ley 45 del año 1923 estableció que los bancos podían ejecutar privadamente los bienes prendados en garantía de los créditos otorgados por aquéllos<sup>47</sup>. Actualmente este procedimiento sólo se utiliza para vender privadamente los títulos valores prendados a favor de los bancos, ya que éstos tienen la posesión de los títulos. La ejecución privada no se usa para las prendas sin

---

<sup>46</sup> Art. 1203 Código de Comercio: “Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”

<sup>47</sup> Art. 102 Ley 45: “Si transcurridos veinte días después de vencido el plazo de una obligación garantizada con prenda, el deudor no la hubiere cancelado, podrá el banco, previo aviso al deudor, hacer rematar la prenda en un martillo, debiendo entregar al prestatario lo que sobre, deducido del producto del remate el capital, intereses y gastos”.

transmisión de posesión, pues para tomar posesión del bien (en poder del deudor) es menester una orden judicial que requiere un proceso. De este modo, se vuelve al sistema judicial de ejecución prendaria. También existen interpretaciones que sostienen que la ejecución prendaria privada bancaria no tendría vigencia, ya que cuando se aprobó el código de procedimiento civil de 1970, al regular el proceso ejecutivo prendario, habrían quedado derogadas todas las normas preexistentes contrarias a él<sup>48</sup>.

33. **Ejecución de la fiducia de garantía.** La fiducia en garantía cuenta con un mecanismo privado de ejecución<sup>49</sup>. Esta primera ventaja explica en gran medida que el uso de las fiducias aumente más que el de las garantías reales clásicas (hipotecas y prendas). La otra gran ventaja teórica de la fiducia, frente a las hipotecas y prendas, es que al transferirse los bienes del fiduciante a un patrimonio autónomo, dichos bienes no pueden ser ejecutados por los (otros) acreedores del deudor, ni el acreedor fiduciario tiene que competir con esos otros acreedores sobre el producto de la venta de los bienes dados en fideicomiso. De tal manera, en teoría el acreedor fiduciario no tendría el problema de la prelación disminuida del acreedor hipotecario o prendario, cuyo grado es inferior al de los acreedores laborales e impositivos.

34. Sin embargo, la fiducia en garantía pierde las mencionadas ventajas precisamente cuando el acreedor más necesita de ellas, que es en caso de insolvencia del deudor:

- ✓ En el proceso concursal de reestructuración, los beneficiarios de garantías fiduciarias derivadas de patrimonios autónomos integrados por inmuebles, quedan obligados a aceptar su sustitución por derechos hipotecarios sobre dichos inmuebles<sup>50</sup>.
- ✓ En el proceso concursal de liquidación, la Superintendencia de Sociedades puede declarar canceladas las fiducias y ordenar la venta de los bienes que conformaban el patrimonio autónomo, cuyo producto se aplica a pagar a todos los acreedores del deudor, según el orden legal de prelación, colocándose al acreedor beneficiario de la fiducia en igual grado de prelación que un acreedor hipotecario o prendario (según fueran inmuebles o muebles los bienes que se hubieron transferido al fideicomiso)<sup>51</sup>.

35. Como puede advertirse, el tratamiento legal de la fiducia de garantía en los procesos concursales, hace perder a aquella sus ventajas comparativas frente a las garantías reales tradicionales, ya que a éstas queda equiparada en caso de insolvencia del deudor<sup>52</sup>. Aun sin que exista proceso concursal, la legislación sustancial vigente crea una

---

<sup>48</sup> En refuerzo de esta interpretación, se agrega que el Código de Comercio, posterior a la ley 45 citada, no contempla la facultad de ejecución privada, la cual tampoco está establecida en la reforma financiera de 1990.

<sup>49</sup> Ver descripción en párrafo 17., *supra*.

<sup>50</sup> Art. 34, par. 5, Ley 550

<sup>51</sup> Art. 69, Ley 550

<sup>52</sup> En Brasil, donde bajo la vigencia de la anterior legislación concursal las garantías reales eran inefectivas, el mecanismo alternativo que permitía atenuar esa ineficiencia era una forma de reserva de dominio llamada “venta fiduciaria” (*alienação fiduciária*). Los acreedores pusieron confianza en ese mecanismo legal, que adquirió gran difusión pues los coloca en posición jurídica de propietarios de la cosa vendida, lo cual apareja, entre otras consecuencias: (i) rápida ejecución en caso de falta de pago del precio; y (ii) no tener que competir con los créditos laborales ni impositivos y, por ende, indemnidad frente a los efectos de

dosis de incertidumbre tal sobre la fiducia que, en los hechos, esta figura pierde valor para ser utilizada como un mecanismo de garantía. El artículo 1238 del Código de Comercio reza así: “*Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados*”<sup>53</sup>. Esa oscura redacción ha dado lugar a interpretación jurisprudencial reciente, la cual afirma que la primera oración del artículo 1238 del Código de Comercio habilita a dejar sin efecto la fiducia a solicitud de cualquier acreedor anterior a la constitución de aquella, por el solo hecho de ser acreedor anterior y con prescindencia de que existiera o no fraude y/o perjuicio<sup>54</sup>. De consolidarse esta interpretación, es certero que la fiducia ofrecería muy poca seguridad como mecanismo de garantía, desde que sería muy sencillo lograr su nulidad, por pedido de cualquier acreedor anterior a la constitución de la fiducia. Con la sombra de una nulidad fácilmente declarable, la garantía pierde todo valor.

## II. 6.2. Mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial

36. **En Colombia no se han identificado mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial.** Este tipo de ejecuciones –híbrido entre la ejecución puramente privada y los procesos ejecutivos judiciales- es útil en las garantías en las que el deudor retiene la posesión del bien gravado. Mediante este tipo de ejecución, se permite al acreedor vender o hacer vender el bien gravado de manera privada. Sin embargo, hay una mínima intervención judicial, requerida para tomar posesión del bien gravado. Esa intervención judicial se limita al control de la legalidad formal de la garantía y la consiguiente orden judicial de poner al acreedor en posesión del bien gravado. Ese control judicial mínimo no implica un proceso judicial contradictorio, ya que el juez verifica la mencionada legalidad formal de la garantía, y ordena la desposesión del

---

la quiebra. La cita viene al caso pues las fiducias en Colombia podrían lograr similar resultado –de hecho, parecería que por creer que ello es así, su utilización estaría creciendo. Sin embargo, a diferencia del precedente brasileño señalado, la legislación concursal colombiana no es consecuente con la posición jurídica que, en teoría, le correspondería al beneficiario de la fiducia (como, en cambio, en la *alienação fiduciária* brasileña sí se le respeta al vendedor que provee financiamiento), pues en situación de insolvencia del deudor las fiducias se convierten en garantías reales en Colombia.

<sup>53</sup> La oscura redacción de esta norma impide apreciar con claridad lo que ella, como regla legal que contiene referencias a una acción pauliana, en realidad dispone. Esto es, que el efecto legal de la fiducia (constitución de un patrimonio autónomo cuyos bienes se tornan invulnerables, a partir de la constitución de la fiducia, a la “persecución” por parte de los acreedores del constituyente de ella): (i) en caso de fraude puede impugnarse (para dejar sin efecto esa separación patrimonial); y, (ii) que son “interesados” (en sentido legal, esto es, “legitimados”) para postular esa impugnación, los acreedores anteriores a la constitución de la fiducia, pues los acreedores posteriores concedieron crédito al constituyente de la fiducia cuando los bienes fideicomitidos ya no estaban en el patrimonio de éste (por ende, no pudieron tener en cuenta esos bienes al evaluar la solvencia del deudor cuando otorgaron el crédito).

<sup>54</sup> Es la interpretación que parece desprenderse de la sentencia del 28 de abril de 2003 de la sala civil del tribunal superior del distrito judicial de Boyacá en proceso ordinario promovido por la Corporación Financiera de Boyacá –Corfiboyacá, hoy Corporación Financiera Colombiana S.A., contra Carlos Hernando Acosta Pabón y otros; y de la desestimación, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del recurso de casación formulado contra aquella sentencia por Fiduciaria Empresarial S.A. Fiduempresa S.A. (hoy U.C.N. Sociedad Fiduciaria S.A. en liquidación) (14 de diciembre de 2005, Expediente No. 1997-01208-01).

deudor, sin otro requisito que la solicitud del acreedor y la presentación por éste de los documentos de ley<sup>55</sup>. Estos mecanismos tienen las evidentes ventajas de la rapidez y la economía de costos.

### II. 6.3. Mecanismos de ejecución judicial: el proceso ejecutivo

37. **La ejecución de créditos se rige por el Código de Procedimiento Civil (CPC), que se aplica en todo el territorio de Colombia. Los acreedores deben usar distintos procesos judiciales, de acuerdo con el título que posean.** Algunos acreedores pueden utilizar el proceso ejecutivo<sup>56</sup>, mientras que otros acreedores tienen que recurrir a procesos ordinarios. Estos últimos son procesos en los que no hay restricciones a los temas que pueden debatirse ni a las pruebas que las partes pueden ofrecer y producir<sup>57</sup>. En teoría, el proceso ejecutivo debería ser más breve que el proceso ordinario. Sin embargo, en Colombia el proceso ejecutivo es también largo e ineficaz como método de cobro judicial de créditos (según se explica más adelante).

38. **Los acreedores con derechos reales de garantía siempre pueden utilizar procesos ejecutivos. Los acreedores no garantizados pueden usar el proceso ejecutivo si poseen documentos que constituyan plena prueba, originados en el deudor, que expresen una obligación clara y exigible.** Los principales títulos que habilitan el proceso ejecutivo son: (a) las sentencias judiciales que ordenen el pago de dinero (incluyendo el derivado de una confesión del deudor, del compromiso transaccional o de la compensación); (b) las obligaciones de pago de sumas de dinero líquidas y determinadas (o determinables mediante una operación aritmética simple), redactadas en un documento notarialmente certificado o en un documento al que la ley asigne fuerza ejecutiva (como las letras de cambio, los pagarés y los cheques). Los acreedores que no posean un documento ejecutivo pueden igualmente, en ciertos casos,

---

<sup>55</sup> Un ejemplo de este tipo de ejecución, utilizado sin mayores dificultades durante sesenta años, puede hallarse en la legislación argentina de prenda con registro. El art. 39 del Decreto-Ley 15.348 del año 1946 de la República Argentina establece: “Cuando el acreedor sea el Estado, sus reparticiones autárquicas, un banco, una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina o una institución bancaria o financiera de carácter internacional, sin que tales instituciones deban obtener autorización previa alguna ni establecer domicilio en el país, ante la presentación del certificado prendario, el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El acreedor procederá a la venta de los objetos prendados, en la forma prevista por el art. 585 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar, en juicio ordinario, los derechos que tenga que reclamar al acreedor. El trámite de la venta extrajudicial preceptuado en este artículo no se suspenderá por embargo de bienes ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor”. Otro ejemplo de ejecución con intervención judicial mínima puede verse en el “régimen especial de ejecución de hipotecas” de la ley argentina No. 24.441, artículos 52 a 67.

<sup>56</sup> El “proceso (o juicio) ejecutivo” es también llamado “juicio (o proceso) ejecutivo individual o singular”, pues en él cada acreedor –individualmente– procura la ejecución de bienes del deudor para cobrar uno o varios créditos de un acreedor singular. Ello por contraposición a la “ejecución colectiva o concursal”, también frecuentemente llamada “quiebra” o “proceso concursal de liquidación”, donde todos los acreedores del deudor común concurren al proceso de liquidación de los bienes de éste, y al cobro de los créditos mediante la distribución (proporcional y según las prelación) del producto obtenido de dicha liquidación.

<sup>57</sup> Esa falta de restricciones al debate y de límites a los medios de prueba admisibles, determina que al proceso ordinario se le llame técnicamente “proceso de conocimiento pleno”.

utilizar el proceso ejecutivo, si antes promueven un proceso a fin de que el deudor reconozca el documento de la deuda.

39. **El proceso ejecutivo funciona muy lentamente, a pesar de las reformas procesales de 2003.** Los datos informalmente obtenidos<sup>58</sup> señalan distintas experiencias, pero todas coinciden en que el proceso ejecutivo es excesivamente lento, con demoras reportadas que varían de 4 a 7 años. Aunque en 2003 la Ley 794 incluyó varias reformas al Código de Procedimiento Civil, relativas al proceso ejecutivo, procurando que éste fuera más efectivo, la opinión recogida indica que aún no se ha logrado otorgar a los acreedores un procedimiento judicial eficaz para el cobro de créditos<sup>59</sup>.

40. **La propia legislación procesal desvirtúa la ejecutividad del proceso ejecutivo, debido a la amplitud de defensas y excepciones que el deudor puede legalmente oponer en dicho proceso.** Una de las características más llamativas del proceso ejecutivo colombiano, que lo diferencia de procesos similares existentes en países de igual tradición legal, es que el deudor no está limitado a oponer solamente ciertas excepciones específicas enumeradas en la ley. En Colombia, el deudor tiene derecho a oponer todas las excepciones y defensas disponibles e imaginables<sup>60</sup>. La falta de restricciones a las excepciones y defensas admisibles en el juicio ejecutivo hace que, en la realidad, el proceso supuestamente ejecutivo se convierte en un proceso ordinario, largo, tedioso e ineficaz. En esto radica una de las principales causas de las demoras de este proceso que, en teoría, debería ser un mecanismo judicial sumario de cobro, y que en la práctica no funciona con efectividad. La predicada ejecutividad resulta así desvirtuada por efecto de la propia legislación procesal. Pero hay más dificultades que conspiran contra la aceleración del cobro de los créditos utilizando el juicio ejecutivo, según se explica en los párrafos que siguen.

---

<sup>58</sup> Entrevistas durante la misión ICR ROSC

<sup>59</sup> Según estadísticas del Instituto Colombiano de Ahorro y Vivienda, la duración promedio de los procesos que buscan hacer efectiva la garantía hipotecaria se mantiene en cuatro años, entre otras razones porque persiste la congestión judicial y por las múltiples excepciones y nulidades interpuestas por los deudores, lo que ha implicado que las importantes modificaciones introducidas en Ley 794 de 2003 no se han traducido en una menor duración de los procesos (Trabajo presentado por María Mercedes Cuellar, ICAV, en el Seminario sobre “El sistema Financiero en Colombia: Reformas Futuras”, organizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y ASOBANCARIA, Bogotá, 8 de mayo de 2006).

<sup>60</sup> Así, además de las defensas que se fundan en el título, pueden proponerse otras vinculadas con la relación subyacente (por ejemplo, defensas que argumenten contra la validez del contrato de préstamo, o la falta de causa válida del título ejecutivo, o el incumplimiento de cualquier obligación a cargo del acreedor, etc.). Asimismo, el deudor puede oponer excepciones invocando error, dolo, violencia, fraude o prórroga de los términos contractuales.

El proceso ejecutivo es muy utilizado en la práctica judicial. Un estudio acerca de los procesos ejecutivos, publicado por una organización colombiana (“Informe de Coyuntura de la Justicia: Análisis de los Juicios Ejecutivos en Colombia”, publicado por la “Corporación por la Excelencia de la Justicia”, Diciembre 13, 2000, es decir, antes de las reformas de la Ley 794 de 2003) reveló que los procesos ejecutivos, históricamente, han constituido el 65% de todos los litigios civiles. Esta cifra alcanzó casi el 80%, en la década de 1990. Estas observaciones pueden ser corroboradas, mediante información disponible, suministrada por los profesionales letrados y los jueces de los juzgados civiles. Fuentes similares han señalado que, de estos totales, el 36% se relaciona con ejecuciones de créditos hipotecarios y el 56% con acreedores sin garantías reales. El Informe Excelencia confirma, asimismo, que las agencias de cobro utilizan los litigios civiles como su instrumento principal de cobro, y que la cantidad de procesos ejecutivos promovidos aumentó, en forma sostenida, durante los ocho años comprendidos entre 1992 y 2000 (los años en que se llevó a cabo el estudio). Los procesos ejecutivos representaron, en el momento del estudio, aproximadamente 800.000 casos anuales; después de la crisis de 1998, se incrementó otro 21%.

De acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura, al cierre de 2004 los procesos ante la justicia civil ascendían a 1.400.000 antes de sentencia, de los cuales 1.300.000 corresponden a procesos ejecutivos (de todo tipo) antes de sentencia<sup>61</sup>.

## II. 6.4. Secuestro de los bienes sujetos a ejecución

41. **Otras demoras del sistema de ejecución judicial se observan después de obtenida la sentencia ejecutiva, como ocurre a la hora del secuestro de los bienes sujetos a ejecución.** Lograda la sentencia en el proceso ejecutivo, debe procederse a la venta forzada de los bienes embargados o afectados a una garantía real. A este efecto, es necesario tomar posesión de dichos bienes, lo cual está a cargo de un funcionario público llamado “secuestre”.

42. **La acumulación de tareas de los “secuestres” es tan seria que se tiene conocimiento de que las fechas previstas, para tomar posesión de los bienes, pueden demorar desde uno a tres años.** Debido a la acumulación en la oficina de los “secuestres”, los jueces han recurrido al nombramiento de oficiales de policía<sup>62</sup> para que actúen como secuestradores. Pero se ha comprobado que esta medida no representa una solución: los oficiales de policía tienen que desempeñar otras funciones, además de otorgar la posesión de los bienes vendidos en remates y, a la vez, sus despachos se han congestionado, produciéndose las mismas demoras que antes.

43. **La actuación de los “secuestres” es motivo de numerosas quejas que tienen que ver con su ineficiencia y, también, ciertas corruptelas.** Usuarios del sistema judicial afirman informalmente que muchas veces el “secuestre” promueve una controversia relacionada con sus honorarios y, hasta que se resuelva dicha controversia, el funcionario no desarrolla ninguna otra actividad. Peor aún, también se afirma informalmente por numerosos usuarios del sistema que los bienes frecuentemente se deterioran en manos de los “secuestres”, quienes no asumen responsabilidades hasta que se hayan pagado todos los gastos, o hasta después de que se hayan dirimido las

<sup>61</sup> María Mercedes Cuellar, ICAV, trabajo citado.

<sup>62</sup> Quienes dependen del Departamento Ejecutivo y no del Poder Judicial.



controversias relacionadas con ellos. Hay informes que indican que los “secuestres” han alquilado los bienes secuestrados, habiendo resultado difícil obtener una explicación o rendición de cuentas de su parte.

## II. 6.5. Venta forzada de los bienes sujetos a ejecución

44. **En la culminación de la ejecución, también se producen dilaciones significativas a la hora del remate de los bienes ejecutados.** Después de pronunciada la sentencia que ordena el pago en el juicio ejecutivo, los bienes embargados y secuestrados se venderán en remate público<sup>63</sup>, para pagar a los acreedores con el dinero obtenido. A continuación se mencionan los principales obstáculos que en esta etapa final de la ejecución todavía conspiran contra su efectividad:

- ✓ Con anterioridad a la venta en remate debe realizarse un avalúo de los bienes<sup>64</sup>. El avalúo puede estar sujeto a controversia, para dirimir la cual se precisa una resolución judicial, todo lo cual genera más demoras<sup>65</sup>.
- ✓ También antes del remate, debe establecerse el monto exacto del crédito mandado a pagar en la sentencia<sup>66</sup>. Sobre la exactitud de la suma liquidada puede surgir una controversia, para dirimir la cual se precisa una resolución judicial sujeta a apelación<sup>67</sup>. Sólo posteriormente se puede ordenar el remate público<sup>68</sup>.
- ✓ La oferta en remates públicos está sujeta a reglas estrictas. Comenzará en la fecha y hora designadas, pero a los efectos de poder continuar después de las 16 horas, se necesitará, en cada caso, una autorización específica del juez, y no continuará al día siguiente aunque todavía haya oferentes al cierre. Será preciso fijar una nueva fecha, ya que los remates sólo pueden llevarse a cabo el día fijado<sup>69</sup>. Si en el primer remate no se presentan oferentes por el 100% del valor estimado, como mínimo, dicho valor se reducirá en un 30%. Un segundo remate permitirá

---

<sup>63</sup> Art. 523 CPC

<sup>64</sup> El avalúo está regido por el art. 516 CPC, después de la modificación introducida por la Ley 794/2003. El avalúo será realizado por un perito inscrito en el juzgado actuante. El actor puede presentar dicho avalúo después de pronunciada la sentencia que ordena el pago y, en caso de incumplimiento, el demandado está facultado para hacerlo. Si ninguna de las partes realiza el avalúo, el juez designa a un perito independiente, excepto en los casos de los automóviles o propiedades inmuebles, que tienen su propio método específico de valuación. En los casos de propiedades inmuebles y automóviles, el avalúo se realizará con un incremento del 50% sobre el valor, establecido por el Estado, para el pago del impuesto inmobiliario o impuesto automotor, a menos que las partes estén en desacuerdo con dicho valor, en cuyo caso se solicitará el dictamen de un perito que manifieste que la evaluación fue causada por un error grave.

<sup>65</sup> Art. 238 CPC

<sup>66</sup> En principio, el acreedor debe establecer con exactitud el monto del crédito liquidado por la sentencia. En caso de no hacerlo el acreedor, el demandado puede hacerlo. Si ninguna de las partes establece el monto exacto del crédito, lo hará el secretario del juzgado.

<sup>67</sup> Arts. 351, par. 5, y 521, CPC

<sup>68</sup> Se publicará un aviso del remate en un periódico de amplia circulación del lugar y en una radiodifusora local (art. 525 CPC modificado por la Ley 794 de 2003). Todos los posibles oferentes deberán realizar un depósito, en efectivo, del 40% del valor estimado. El acreedor demandante puede ser eximido de dicho depósito si su crédito representa el 20%, o más, del valor estimado (art. 526-Ley 794/2003). Al acreedor se le permite presentarse como oferente en el remate y, si el mayor oferente es el mismo acreedor, podrá compensar el monto de su crédito contra la oferta (art. 529, par. 4, Código de Procedimiento Civil).

<sup>69</sup> Jaime Azula Camacho, “Manual de Derecho Procesal”, t. IV, Temis, 4a ed, 2003, p.210.

posturas por el 50% del valor estimado. Un tercer remate las permitirá por el 40% del valor estimado. Como puede notarse con facilidad, debido al intervalo exigido entre las ventas por remate, con posterioridad al fracaso de la primera, se producen numerosas dilaciones. Si no ha habido oferentes después de las reducciones, o si las ofertas continúan al finalizar el primer día, la información indica que, la determinación de una nueva fecha, produce demora que puede extenderse más de un año. Con respecto al segundo y tercer remate (con las reducciones del valor estimado), usuarios del sistema informan que las convocatorias a nuevas fechas pueden representar demoras, de un año completo cada una.

## II. 6.6. Ineficacia de las sanciones contra el uso abusivo de los mecanismos procesales de defensa

45. **Las sanciones contra los demandados que litigan maliciosamente no se aplican eficazmente, o directamente no se aplican**<sup>70</sup>. Esto contribuye a agravar el problema creado por la existencia de: (i) un proceso ejecutivo donde no hay claros límites a las excepciones y defensas admisibles, y (ii) un sistema de tutelas constitucionales (o amparos) de gran amplitud<sup>71</sup> que permite la suspensión de resoluciones judiciales aun en procesos de ejecución judicial. La difundida tolerancia judicial al uso indiscriminado, excesivo y, muchas veces, malicioso de las defensas, excepciones y acciones constitucionales de tutela, en buena medida contribuye a explicar la larga duración de esos procesos. Algunos países latinoamericanos han logrado buenos resultados mediante la imposición de una multa a los demandados que oponen excepciones maliciosamente. Un caso que puede citarse es el de Brasil, donde la multa puede alcanzar al 20% del monto reclamado en la demanda, y debe pagarse al acreedor demandante.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Información recogida en reuniones mantenidas durante la misión ICR ROSC con usuarios del sistema judicial colombiano.

<sup>71</sup> Art. 86, Constitución Política: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

<sup>72</sup> El art. 133 de la Ley 222 establece sanciones específicas por litigar maliciosamente en procesos concursales, imponiendo una multa de hasta 100 salarios mínimos. En Brasil: arts. 600-601, *Código de Processo Civil*.

## II. 7. EXIGIBILIDAD DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS EN CASO DE PROCESOS CONCURSALES

### II. 7.1. Consideraciones generales

46. **Si el deudor es insolvente, la aplicación de la legislación concursal colombiana acentúa la situación desfavorable de los acreedores garantizados, a extremos difíciles de hallar en la legislación comparada.** La prelación de los créditos con prenda o hipoteca (ya de por sí disminuida por la legislación civil<sup>73</sup>), en los procesos concursales prácticamente se diluye. Esto es el resultado, sobre todo, del sistema de votación de los acuerdos de reestructuración que no respeta la jerarquía de esos créditos. Además, mayorías formadas por otras categorías de acreedores no garantizados, sumadas a la categoría de los llamados “acreedores internos” (en realidad, los socios), pueden decidir la suerte de los acreedores garantizados sin su consentimiento, alterar sus prelación y modificar las condiciones de sus créditos.

47. **La legislación concursal colombiana exhibe un sesgo tan adverso a los acreedores garantizados que, en los hechos, permite despojar a las garantías de su función primaria, que es la de proteger contra la insolvencia del deudor.** Así, la legislación concursal en vigencia tiene la potencialidad de destruir cualquier sistema de garantías reales que establezca la legislación civil o mercantil. La situación de las fiducias no es diferente, ya que en los procesos concursales se las convierte en garantías reales hipotecarias o prendarias<sup>74</sup>. El desconocimiento, por la legislación concursal, de la situación preferencial que en teoría corresponde a los acreedores con garantía real, tarde o temprano impacta con gravedad, restringiendo el acceso al crédito, incrementando su costo o, peor aún, creando incentivos para usar el sistema concursal de manera inapropiada, con costo para la economía general. El sistema concursal se analiza con más detalle en la parte siguiente de este trabajo.

---

<sup>73</sup> Ver párrafos 21. a 23., *supra*.

<sup>74</sup> Ver párrafos 34. y 35., *supra*.

### III. PROCESOS CONCURSALES

#### III. 1. CUESTIONES GENERALES

##### III. 1.1. Sesgo adverso a los acreedores

48. **Los procesos concursales colombianos exhiben un marcado sesgo contrario a los derechos de los acreedores. Ese sesgo adverso es muy notorio respecto de los acreedores garantizados.** El marco actual para los procesos de insolvencia fue reformado en 1999, cuando la Ley 550 aportó cambios importantes a fin de acelerar los hasta entonces muy demorados e ineficaces procedimientos de Concordato<sup>75</sup>. La todavía vigente Ley 550<sup>76</sup> fue dictada como ley temporaria, destinada a regir en un período de emergencia<sup>77</sup>. En ese contexto, el criterio de política legislativa prevaleciente parecería haber sido la protección a ultranza de los deudores en dificultades financieras o insolvencia, en desmedro de los intereses de los acreedores. Fuera ya de ese contexto de crisis, la ley concursal de 1999 resulta hoy excesivamente sesgada contra los acreedores. Esto es perjudicial para la expansión del crédito y, por ende, para el desarrollo de la economía.

##### III. 1.2. Oportunidad de restablecer el equilibrio

49. **Las ahora mejoradas condiciones económicas de Colombia proporcionan la oportunidad de revisar algunos de los aspectos negativos del marco legal e institucional, y de restablecer un enfoque más equilibrado de la insolvencia y la protección de los derechos de crédito.** La reforma en curso de las leyes de insolvencia<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Sobre la mejora producida por la Ley 550 en la duración de los procesos concursales, frente a la manifiesta ineficacia del sistema concursal anterior, puede verse el reciente trabajo de Xavier Giné e Inessa Love, *Do Reorganization Costs Matter for Efficiency? Evidence from a Bankruptcy Reform in Colombia*. Dicho trabajo no analiza, por hallarse fuera de sus objetivos, los defectos estructurales del sistema concursal vigente en Colombia, tema sí de análisis de nuestro estudio.

<sup>76</sup> En Colombia, la legislación relativa a la insolvencia está contenida, básicamente, en la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, que regula las liquidaciones, y en la Ley 550 del 30 de diciembre de 1999, relativa a las reestructuraciones. La Ley 550 modificó las provisiones contenidas en la Ley 222, respecto de las reestructuraciones. Ambas leyes contienen la mayoría de las normas concursales (procesales y sustanciales), y son muy detalladas (quizás, excesivamente, lo que les hace perder claridad de comprensión). La Ley 550 es aplicable a personas jurídicas, en especial a empresas privadas, aunque también a algunas entidades públicas (“entes territoriales”, o divisiones políticas del Estado, como provincias o municipios), empresas de economía mixta y universidades estatales, pero no a personas físicas. La Ley 550 no es aplicable a las instituciones financieras (tanto bancarias como empresas de ahorro y préstamo), a las compañías de seguros ni a las bolsas de valores o a los corredores de bolsa. La Ley 222 es aplicable a empresas privadas bajo la supervisión de la Superintendencia de Sociedades, y a personas naturales, aunque no a empresas públicas. No existe información respecto de conflictos notorios entre las leyes de insolvencia y las demás leyes del país. En el supuesto de una situación de conflicto, prevalecerá la ley de insolvencia.

<sup>77</sup> La Ley 550 fue proyectada en calidad de provisional, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004, pero la Ley 922/2004 prorrogó dicha vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006.

<sup>78</sup> Proyecto de Ley 207/5 Senado, por el cual se establece el régimen de insolvencia de la República de Colombia. En el Anexo 1 de este trabajo se efectúan consideraciones sobre ese Proyecto.

otorga una clara oportunidad para incorporar los estándares internacionales en la legislación colombiana, consolidando sus actuales fortalezas y modificando los factores que notoriamente debilitan el sistema actual. Estos últimos factores adversos pueden identificarse en aspectos de:

- ✓ Diseño de la legislación concursal (**marco legal**); y,
- ✓ Estructura institucional y regulatoria de los procesos concursales (**marco institucional**).

### **III. 2. ENUNCIADO GENERAL DE LAS FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL VIGENTE**

#### **III. 2.1. Rasgos positivos**

**50. Los principales rasgos positivos del actual sistema concursal colombiano que, con los debidos ajustes, deberían preservarse en una reforma legal, pueden identificarse en varios aspectos, a saber:**

- ✓ La integración genérica del sistema legal concursal con el resto de la legislación del país, evitando conflictos entre ambos órdenes legislativos y otorgando preeminencia, en situaciones de insolvencia, a la legislación concursal por sobre la legislación no concursal;
- ✓ La existencia de un proceso concursal de reestructuración para empresas viables y de un proceso concursal de liquidación para empresas no viables;
- ✓ La transparencia de los procedimientos concursales (de reestructuración y de liquidación), mediante reglas claras, acceso del público a los procedimientos, supervisión de la autoridad jurisdiccional, y disponibilidad de información y estadísticas sobre los procesos de insolvencia;
- ✓ El efectivo suministro de información sobre el estado financiero y de los negocios del deudor, tanto a través del aporte de éste como mediante las estadísticas e informes brindados por la Superintendencia de Sociedades;
- ✓ El trato no discriminatorio de los acreedores extranjeros respecto de los acreedores locales;
- ✓ La prevención del desmembramiento prematuro de los bienes del deudor, la cual se logra suspendiendo la acción individual de los acreedores luego de abierto el proceso concursal de reestructuración o liquidación (“*stay*”).

#### **III. 2.2. Rasgos negativos**

**51. A su vez, los principales rasgos adversos del actual sistema concursal colombiano, sobre los cuales debería centrar su atención la reforma legal y que se analizan en detalle en los párrafos que siguen, son los siguientes:**

- ✓ El sistema de clases de acreedores, que incluye entre éstos a los socios de la sociedad concursada (considerándolos “acreedores internos”);

- ✓ El sistema de votación de los acuerdos de reestructuración, que no respeta la jerarquía de las clases ni la prelación relativa de los respectivos créditos;
- ✓ La posibilidad de alterar la prelación legal de los créditos, estableciendo las llamadas “prelaciones consensuales”, mediante acuerdo de reestructuración impuesto por acreedores de inferior rango (y socios) a los acreedores garantizados, cuyas prelaciones se alteran sin su conformidad;
- ✓ La falta de preservación de las fiducias (en los procesos concursales), a cuyos beneficiarios prácticamente se convierte en acreedores con garantía real hipotecaria o prendaria;
- ✓ La falta de límite temporal razonable a la suspensión de las ejecuciones de los créditos garantizados;
- ✓ La falta de legitimación de los acreedores para pedir la apertura del proceso concursal de liquidación del deudor;
- ✓ La falta de efectividad de las sanciones por responsabilidad de los administradores sociales;
- ✓ La insuficiente regulación legal de los efectos del concurso sobre los contratos en curso de ejecución, y las excesivas sanciones que hoy pueden aplicarse al contratante que intenta hacer valer una cláusula de resolución contractual, lo que revela otro sesgo adverso a los acreedores;
- ✓ Las demoras en el reconocimiento de los créditos controvertidos;
- ✓ La falta de normas modernas para lidiar con los problemas de los concursos con elementos extranjeros;
- ✓ La falta de independencia de la entidad administrativa con autoridad jurisdiccional en los procesos concursales;
- ✓ La falta de control judicial sobre la gran mayoría de las decisiones dictadas en los procesos concursales por la autoridad administrativa;
- ✓ La escasa idoneidad efectiva y ciertos defectos del sistema de remuneración de los Promotores;
- ✓ La escasa utilización de acuerdos informales para solucionar las dificultades financieras o la insolvencia de las empresas;
- ✓ La inexistencia de regulación legal sobre acuerdos abreviados de reestructuración.

### **III. 3. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL: MARCO LEGAL**

#### **III. 3.1. Las clases de acreedores y los llamados “acreedores internos”**

52. **La ley concursal colombiana<sup>79</sup> establece cinco clases de acreedores, entre las cuales se halla una clase que incluye a los socios de la sociedad insolvente (llamados acreedores “internos”). No se contempla una categoría separada para los acreedores**

---

<sup>79</sup> Art. 19, Ley 550

**garantizados.** Las cinco clases concursales de acreedores son:<sup>80</sup> (1) los acreedores internos; (2) los trabajadores y pensionados; (3) las entidades públicas y las instituciones de seguridad social; (4) las instituciones financieras;<sup>81</sup> (5) los demás acreedores externos. Los acreedores garantizados no son considerados como una clase individual, ni están exentos de los efectos de un plan aprobado, aun cuando la aprobación se logre con los votos de los acreedores no garantizados exclusivamente. La clase de acreedores “internos” está compuesta por accionistas, socios, miembros, controlantes, etc., que puedan dar evidencia de una contribución, demostrable y cuantificable, para el desarrollo de la empresa.<sup>82</sup>

**53. Las clases establecidas por la ley concursal no tienen relación alguna con la jerarquía de los créditos, según el orden de prelación de éstos establecido en la legislación civil<sup>83</sup>.** De este modo, si bien la ley concursal establece sus clases al solo fin de organizar el sistema de votación del acuerdo de reestructuración, en la práctica ello resulta en la desvirtuación de las jerarquías intrínsecas de los créditos (según la legislación civil), pues a la hora de votar, esas jerarquías no tienen relevancia legal alguna. A iguales montos, el voto de un socio<sup>84</sup> de la sociedad insolvente tiene igual poder de decisión sobre el acuerdo que el voto de un acreedor con hipoteca o prenda.

### **III. 3.2. Votación del acuerdo de reestructuración**

**54. Debido al sistema de votación del acuerdo, los votos de los socios de la sociedad insolvente (considerados acreedores “internos”) influyen significativamente en la reestructuración.** A fin de apreciar el impacto que puede tener esta categoría en la obtención de las mayorías necesarias para la aprobación de un acuerdo de reestructuración, debe entenderse que tal acuerdo sólo se considera aprobado si cuenta con la conformidad de una pluralidad de acreedores internos o externos, que representen, como mínimo, una mayoría absoluta de todos los créditos admitidos.<sup>85</sup> Dicha mayoría debe ser ratificada, posteriormente, mediante los votos de los acreedores pertenecientes, por lo menos, a tres de las cinco clases establecidas en la ley. Si existen sólo tres clases de acreedores, se requieren los votos de dos de las clases, como mínimo. Y si existen sólo dos clases de acreedores, se requieren los votos de ambas. En consecuencia, al ser considerados los socios como miembros de una clase con igual poder de voto que los acreedores, la voluntad de aquéllos puede ser determinante para orientar

---

<sup>80</sup> Art. 29, Ley 550

<sup>81</sup> Y demás entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria de carácter privado, mixto o público.

<sup>82</sup> El art. 19, Ley 550, establece que “Son acreedores internos los accionistas, socios, asociados o cooperados del empresario que tenga forma jurídica asociativa; el titular de las cuotas de la empresa unipersonal; el controlante de la fundación; y en general, los socios, controlantes o beneficiarios reales que hayan aportado al desarrollo de la empresa en forma demostrable y cuantificable”

<sup>83</sup> Arts. 2494-2511 Código Civil, transcritos en Anexo 2.

<sup>84</sup> Art. 22, Ley 550. “Cada uno de los acreedores internos de los empresarios privados o mixtos de forma asociativa, tendrá un número de votos equivalente al valor que se obtenga al multiplicar su porcentaje de participación en el capital, por la cifra que resulte de restar del patrimonio las partidas correspondientes a dividendos, participaciones o excedentes decretados en especie, así como a revalorización del patrimonio, sea que éste haya sido o no capitalizado. En el evento en que el patrimonio del empresario tenga un valor negativo, cada uno de los acreedores internos tendrá un valor equivalente a un peso” (par. 3°).

<sup>85</sup> Art. 29, Ley 550

la reestructuración. Esto es otra muestra de la disminución del poder de decisión de los acreedores en los procesos de reestructuración, lo cual se agrava en el caso de los acreedores garantizados ya que las prelación de éstos pueden ser dejadas sin efecto según se pone de relieve a continuación.

### III. 3.3. Modificación de la prelación de los acreedores garantizados

55. **La prelación de los acreedores con garantías reales puede modificarse, disminuirse o dejarse sin efecto, sin su consentimiento, por decisión de acreedores de inferior rango y socios de la sociedad insolvente.** De acuerdo con la legislación concursal colombiana, las preferencias, prioridades o prelación (establecidas por el Código Civil y por otras leyes) para el pago de los acreedores, pueden ser modificadas mediante un acuerdo de reestructuración aprobado por una mayoría del 60% de los créditos admitidos<sup>86</sup> de tres de las cinco clases de acreedores (internos y externos). Las prelación votadas y aprobadas en el acuerdo de reestructuración reemplazan a las prelación establecidas por el Código Civil y por otras leyes, las que de este modo pueden diluirse en un contexto de insolvencia del deudor que es, precisamente, cuando el acreedor más necesita la protección de las garantías. Las únicas prelación que no pueden ser modificadas, y que deben permanecer como tales, son las que corresponden a los créditos para los planes pensionales, impositivos, laborales y de seguridad social y los acreedores por consumo. La modificación de las prelación de los acreedores garantizados puede llevarse a cabo durante el plan o, posteriormente, en una liquidación (si la empresa incumple los términos del plan).<sup>87</sup>

56. **La clase de los acreedores “internos”, en ciertos casos ha sido decisiva para cambiar las prelación de los acreedores garantizados.** Desde que los acreedores garantizados (incluyendo: acreedores hipotecarios, prendarios y beneficiarios de fiducias en garantía) tienen que votar el acuerdo *pari passu* con los acreedores no garantizados (socios, acreedores quirografarios, empleados y autoridades impositivas), existe la posibilidad de que una mayoría de acreedores (sumados promiscuamente, sin distinción de jerarquía, e incluyendo –como “acreedores”- a los socios de la sociedad insolvente) pueda invalidar la preferencia de los acreedores garantizados, eliminando, por lo tanto, el valor de garantías obtenidas al otorgar el crédito. De acuerdo con referencias obtenidas<sup>88</sup>, los acreedores garantizados y/o financieros pueden sufrir demoras de hasta diez años para poder ejecutar sus garantías o para lograr el cobro de sus acreencias, a raíz de modificaciones establecidas en acuerdos de reestructuración. Todo ello con el agravante que la ley no ofrece, en forma expresa, la posibilidad de recurso contra los acuerdos abusivos, aprobados por otras categorías de acreedores en detrimento de los acreedores garantizados.

### III. 3.4. Pérdida de efectividad de las fiducias en garantía

57. **En los concursos, los acreedores cuyos créditos fueron garantizados mediante la constitución de fiducias en garantía (sobre bienes del deudor o de terceros), sufren la alteración de sus derechos y el cambio de las respectivas prelación, sin**

<sup>86</sup> Art. 34, par. 12, Ley 550

<sup>87</sup> Id.

<sup>88</sup> Entrevistas durante la misión ICR ROSC



**lugar a recurso alguno.** En el proceso de reestructuración, la ley colombiana<sup>89</sup> prevé la cancelación de los derechos de propiedad, establecidos bajo un fideicomiso constituido con fines de garantía.<sup>90</sup> Los derechos de propiedad cancelados son sustituidos por derechos hipotecarios que, a su vez, pueden reducirse<sup>91</sup> a una vez y media del valor (o presunto valor) de la obligación garantizada.<sup>92</sup> El deudor tiene derecho a solicitar la cancelación de la fiducia sobre inmuebles. Dicha solicitud se hace ante el Superintendente de Sociedades, y sólo él tiene jurisdicción para entender en dicha solicitud. El acreedor afectado no tiene derecho a objetar (recurrir) la decisión que se dicte. En el proceso de liquidación, las fiducias de garantía pueden ser canceladas y el fiduciario puede vender los bienes fideicomitidos.<sup>93</sup> El producido de la venta debe destinarse al pago de los créditos, de acuerdo con las preferencias pertinentes. Los acreedores que debían percibir pagos por la fiducia, pueden ver sus créditos convertidos en acreencias hipotecarias o prendarias (dependiendo de la naturaleza de los bienes involucrados). Dichos acreedores garantizados deben, por ley, respetar las preferencias legales existentes o las surgidas después de la constitución de la fiducia. En consecuencia, los acreedores que antes del concurso creían estar protegidos por una fiducia, en los concursos, al igual que los acreedores hipotecarios y prendarios, estarán subordinados a los créditos laborales, a las costas judiciales y a los créditos fiscales.<sup>94</sup> Esto equivale a derogar el efecto legal de la fiducia, que es la constitución de un patrimonio autónomo, separado del patrimonio del deudor y no sujeto a ejecución por los acreedores de éste<sup>95</sup>. Para guardar coherencia con ese principio establecido por la legislación mercantil, la ley concursal debería confirmar que la fiducia no integrase el activo (o masa) sujeto al concurso; salvo, claro está, cuando en el concurso se dejase sin efecto a una fiducia en particular, a raíz de una acción revocatoria concursal o una acción de fraude (“*actio pauliana*”).

### III. 3.5. Ausencia de límite temporal a la suspensión de la ejecución de las garantías

**58. La suspensión ilimitada de la exigibilidad de las garantías produce otro cercenamiento de los derechos de los acreedores garantizados que participan en el proceso de reestructuración.** En la reestructuración colombiana, las acciones de los acreedores garantizados, tendientes a la ejecución de sus garantías, pueden quedar sujetas a una suspensión de duración ilimitada<sup>96</sup>. Si bien no merece crítica que el proceso concursal imponga una suspensión de todas las acciones de ejecución individual de

<sup>89</sup> Art. 34, par. 5, Ley 550

<sup>90</sup> La regla tiene un precedente en el caso decidido por el Superintendente de Sociedades, en “*Fiduciaria Anglo S.A.- Acerías Paz del Río*”, Decisión N° 3480, Junio 4, 1997, en el que una fiducia constituida, de acuerdo con el art. 1266, del Código Comercial (“fiducia mercantil”) por *Acerías Paz del Río* en favor de *Fiduciaria Anglo*, sobre las acciones de *Cementos Paz del Río S.A.*, fue cancelada. Dicha decisión estuvo fundada en el argumento de que el fideicomiso sólo podía ser ejecutado mientras el deudor no estuviera bajo un proceso de insolvencia. En el caso no se presentaron alegaciones de fraude ni nulidades formales.

<sup>91</sup> Art. 34, par. 4, Ley 550

<sup>92</sup> Esta reducción también es aplicable a todos los acreedores hipotecarios (art. 34, par. 4, Ley 550)

<sup>93</sup> Art. 69 de la Ley 550 (decr. 628 de 2002)

<sup>94</sup> Art. 2495, Código Civil

<sup>95</sup> Ver párrafo 18.

<sup>96</sup> En entrevistas durante la misión ICR ROSC se informó de casos en los cuales acreedores garantizados habrían vistos suspendidos sus derechos por plazos de hasta diez años.

bienes necesarios para la reestructuración (incluyendo a los bienes gravados a favor de acreedores con garantías reales), la ley colombiana va más allá de los límites de la razonabilidad y del equilibrio que es necesario mantener entre los objetivos del proceso de reestructuración y la protección del crédito con garantías. Del estudio comparado de los respectivos sistemas de los países sudamericanos, se puede comprobar que casi todos (salvo Colombia y, en menor escala, Perú) establecen límites temporales ciertos y más o menos breves a la suspensión de las ejecuciones de los créditos con garantías reales sobre bienes del concursado. En la más reciente reforma concursal de la región<sup>97</sup>, la legislación de Chile ahora establece que en el proceso de reorganización<sup>98</sup> se suspenden todas las ejecuciones (incluidas las de los acreedores prendarios e hipotecarios): (i) durante 90 días si la proposición de convenio judicial preventivo se presenta con el apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del pasivo total; o, (ii) más allá de esos 90 días, hasta el día fijado para la junta en la que se aprueba o rechaza el convenio, si el apoyo de los acreedores (arriba indicado) representa más del 66% del total del pasivo<sup>99</sup>. Por su parte, la ley concursal colombiana:

- ✓ no discrimina según que los bienes gravados, cuya ejecución se suspende, sean o no necesarios para la continuación de la actividad de la empresa concursada;
- ✓ mantiene la suspensión durante todo el proceso de reestructuración y, aún luego, hasta el cumplimiento total del acuerdo (a menos que éste disponga lo contrario)<sup>100</sup>; y,
- ✓ no establece la posibilidad de que el acreedor afectado por la suspensión de la exigibilidad de su garantía pueda solicitar a la autoridad jurisdiccional que ésta ordene poner fin a dicha suspensión.

### III. 3.6. Los acreedores no pueden solicitar la liquidación

59. **Ningún acreedor puede promover el proceso concursal de liquidación del deudor insolvente, pues la ley sólo autoriza al deudor a pedir su liquidación, o a la Superintendencia a hacerlo por propia decisión (“de oficio”)**<sup>101</sup>. Esta regla desafía los estándares internacionales, que consideran que el proceso concursal de liquidación, petitionado por un acreedor, es una parte esencial en la protección del crédito<sup>102</sup>. Cuando la petición de liquidación se transforma en inaccesible para los acreedores, se le otorga una protección indebida a los deudores, que podría ser comprensible en el contexto de una crisis sistémica, pero esta protección debe ser descartada en una situación de crédito normal. El principio de la “sombra de la liquidación”, es decir, la posibilidad de que los

<sup>97</sup> Ley No. 20.073 de la República de Chile, publicada el 20 de noviembre de 2005 en el Diario Oficial, modifica la Ley No. 18.175, de Quiebras, en materia de convenios concursales.

<sup>98</sup> Llamado “Convenio Judicial Preventivo”.

<sup>99</sup> Artículos 177 bis y 177 quater, Ley No. 20.073 de la República de Chile.

<sup>100</sup> Art. 34, num. 3, Ley 550

<sup>101</sup> Art. 149, Ley 222

<sup>102</sup> Ver cuadro siguiente en el que se incluye una traducción no oficial del texto oficial inglés de la Recomendación 14 de la Guía Legislativa sobre Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL según su sigla inglesa), publicada en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

acreedores promuevan la apertura del proceso concursal de liquidación, debe protegerse, debidamente, como contrapeso de poner a disposición del deudor un proceso de reestructuración que le permite evitar la liquidación si la empresa es viable. Blindar empresas inviables, negándoles legitimación a los acreedores para peticionar su liquidación, hace perder credibilidad al sistema concursal y reduce los incentivos para la reestructuración temprana de las empresas en dificultades. Uno de los objetivos de la legislación de insolvencia es (o debería ser) establecer un adecuado balance entre los derechos del deudor y de los acreedores, asegurando así que un saludable sistema de insolvencia ejerza función disciplinaria por el solo hecho de su existencia. Esto no ocurre cuando el sistema se encuentra excesivamente desequilibrado, como se aprecia en la vigente legislación colombiana.

**Guía Legislativa sobre Insolvencia de la CNUDMI**  
**Recomendación 14: Personas a las que se permite aplicar**

La ley de insolvencia debe especificar las partes habilitadas a postular la apertura de un proceso de insolvencia, las que deben incluir al deudor y a cualquiera de sus acreedores.

### **III. 3.7. Responsabilidad de los administradores sociales**

60. **Aunque la legislación colombiana contiene preceptos tendientes a efectivizar responsabilidades de los administradores sociales por perjuicios causados a la sociedad, cuando hay proceso concursal existen pocos casos de acciones de responsabilidad ejercidas contra los directores.** En la mayoría de las sociedades, el capital es propiedad familiar. Además, aunque las acciones sociales que por ley podrían ejercer los socios, también pueden ser promovidas por los acreedores, éstos sólo pueden hacerlo cuando quienes promueven una acción de ese tipo representen el 50% del pasivo total de la sociedad y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos<sup>103</sup>. Ello representa un claro impedimento para las acciones entabladas por terceros que no sean socios (como es el caso de los acreedores en caso de insolvencia de la sociedad). Dentro del contexto de la insolvencia, en las leyes concursales tampoco existen reglas específicas para mejorar la posición del Liquidador con respecto a la promoción de acciones que responsabilicen a los directores por los perjuicios causados (a la sociedad insolvente concursada y/o a los acreedores de ésta). De este modo, al no constituir una amenaza creíble frente al comportamiento empresarial irresponsable, el sistema concursal no fomenta, como sería de desear, altos estándares de dirección de empresas.

### **III. 3.8. Contratos en curso de ejecución**

61. **La ley colombiana impone, en el proceso de reestructuración, la continuidad a ultranza de los contratos en curso de ejecución, no estando previstas como alternativas la resolución o cesión de esos contratos. Además, al acreedor que en el contrato estipuló una cláusula en contra de dicha continuidad, se le sanciona desmesuradamente, subordinando su crédito respecto de todos los demás créditos y cancelándosele las garantías.** El tratamiento de los contratos en curso, y las

<sup>103</sup> Art. 25, Ley 222

obligaciones recíprocamente pendientes, luego de la apertura de los procesos concursales, sólo cuenta en la legislación colombiana con la regla del art. 15 de la Ley 550<sup>104</sup>, que es:

- ✓ Insuficiente en las alternativas que prevé, y
- ✓ Excesiva en sus sanciones.

**62. La continuidad contractual como única alternativa es insuficiente para cubrir todo el espectro de situaciones diferentes que pueden hallarse en los concursos.** Al imponer la continuidad contractual a ultranza, esa regla resulta insuficiente para cubrir todo el espectro de situaciones contractuales pendientes en caso de concurso, apartándose de los estándares internacionales que indican que la interferencia en los contratos, para lograr los objetivos del proceso de insolvencia, puede implicar tanto la continuación como la resolución o la cesión de los contratos.

**63. Las sanciones adicionales que la ley impone al contratante que estipuló una cláusula contraria a la continuidad contractual en caso de concurso, son excesivas.** Al sancionar con la ineficacia las estipulaciones contractuales que de cualquier modo tiendan a la terminación del contrato por efecto del concurso, la ley colombiana se adecua a los estándares internacionales que, como se señaló arriba, procuran que en cada caso se pueda elegir entre la continuación contractual (que tales estipulaciones tienden a impedir) y la resolución o la cesión del contrato (aspectos no contemplados en la legislación colombiana). Sin embargo, la sanción adicional que establece la misma norma del art. 15 de la Ley 550 resulta excesiva pues, además de la ineficacia de la cláusula comentada, establece que el acreedor (cuyo crédito proviene de un contrato con una cláusula como la expuesta) quedará legalmente subordinado al resto de los acreedores, y serán canceladas las garantías que se hubieran otorgado a favor de dicho acreedor. En la práctica, esta solución exorbitante equivale a declarar la ineficacia de todo el contrato, contrariando la regla comúnmente aceptada en materia de derecho de los contratos según la cual “la invalidez de una cláusula no afecta la validez del contrato” a menos que la cláusula invalidada sea esencial para poder cumplir el contrato.

---

<sup>104</sup> Art. 15, Ley 550: “*Continuidad de contratos.* Por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario; y se tendrá por no escrita la cláusula en que se pacte que dicha promoción o iniciación sea causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo. Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones que formen parte de cualquier acto o contrato y que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente la promoción, la negociación o la celebración de un acuerdo de reestructuración, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el empresario que negocie o celebre un acuerdo de los previstos en esta ley. Las discrepancias sobre la ineficacia de una estipulación en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas a solicitud del empresario o de cualquier acreedor por la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, mediante el procedimiento verbal sumario. De verificarse la ocurrencia de la ineficacia, el pago de los créditos a favor del correspondiente acreedor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos, y la Superintendencia ordenará la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el empresario o por terceros para caucionarlos”.

### III. 3.9. Lentitud de los procesos concursales

64. **La mayoría de los procesos concursales se extiende más allá de los plazos legales, aunque no es fácil esclarecer las causas de la demora.** Los operadores del sistema señalan al largo tiempo que lleva el reconocimiento de los créditos controvertidos como uno de los factores determinantes de la lentitud de los procesos concursales, opinión que no es compartida por la Superintendencia de Sociedades. Información anecdótica indica que cuando se objeta el reconocimiento de créditos –situación frecuente en el proceso concursal de liquidación<sup>105</sup> y en el de reestructuración<sup>106</sup>–, surgen verdaderos litigios que pueden insumir hasta dos años en ser resueltos por la Superintendencia de Sociedades. La información que proporciona esta entidad, sin embargo, sostiene que actualmente resolver las objeciones a la decisión del Promotor sobre admisibilidad de créditos no insume más de tres o cuatro meses. En todo caso, y con prescindencia del mayor o menor tiempo que insuma la decisión sobre los créditos controvertidos, parece cierto que los procesos concursales demoran significativamente, según puede comprobarse consultando la información estadística que la Superintendencia de Sociedades publica en su página en Internet<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> En el proceso concursal de liquidación, después de la apertura y hasta veinte días después de publicado el último edicto, los acreedores deberán comparecer ante el Superintendente, y demostrar, sumariamente, la existencia de sus créditos (art. 158, Ley 222). Cuando el proceso concursal de liquidación se inicie, como consecuencia del fracaso de la negociación de la reestructuración, los acreedores reconocidos en dicho proceso se entenderán admitidos en el proceso concursal de liquidación subsiguiente (id.id.). Los acreedores, cuyos créditos se hayan originado después de la apertura de la negociación de la reestructuración, tendrán que demostrar, sumariamente, su crédito (art. 158, Ley 222). No se prevé la presentación de acreedores tardíos después del vencimiento del plazo indicado. En el art. 160, Ley 222, se hace referencia a las objeciones relacionadas con las decisiones del Superintendente, aunque no hay normas específicas respecto del proceso pertinente.

<sup>106</sup> En el proceso concursal de reestructuración, el art. 20, Ley 550, establece la obligación, por parte del deudor, de entregar al Promotor una lista de acreedores, elaborada en base a los estados financieros de la empresa, hasta el último día del mes anterior a la petición de reestructuración, en caso de ser peticionada por el deudor, o de la iniciación de las negociaciones, si es peticionada por un acreedor o por el Superintendente. El art. 22, Ley 550, prevé que el Promotor debe establecer la determinación de los créditos, en base a las pruebas sumarias producidas y, en particular, a la lista de acreedores presentada por el deudor. Dentro de los cuatro meses siguientes a su designación, el Promotor deberá convocar a una “reunión de determinación de créditos y acreencias”, en la que se dará a conocer dicha lista a todos los participantes (art. 23, Ley 550). La convocatoria será publicada en los avisos. A partir de la publicación de los avisos, el promotor pondrá a disposición de todos los acreedores la información pertinente y la lista de acreedores que ha confeccionado. Los acreedores podrán analizar la lista y los documentos probatorios y podrán solicitar explicaciones y formular objeciones. En caso de que surjan conflictos, el Promotor actuará como mediador, aunque toma decisiones que quedan sujetas a revisión ante el Superintendente (art. 25, Ley 550). Cinco días después del cierre de la reunión, cualquier acreedor, interno o externo, o el deudor mismo hará sus objeciones a las inclusiones o exclusiones a la lista, y las presentará al Superintendente, quien tomará una decisión final, sin recurso. Las decisiones del Superintendente no pueden ser apeladas ante el poder judicial. Los jueces ordinarios sólo juzgan sobre objeciones relacionadas con nulidades alegadas o con el fraude en la admisibilidad de los créditos, las que no serán resueltas por el Superintendente. Los acreedores cuyos créditos hayan sido objetados ante los jueces ordinarios, quedarán no obstante, obligados por la decisión de la mayoría y se considerarán condicionales, provisoriamente. Se hará una reserva para realizar su pago, en caso de una decisión final. Las objeciones presentadas ante el Superintendente serán decididas antes de proceder al voto para la aprobación o rechazo del acuerdo.

<sup>107</sup> <http://www.supersociedades.gov.co>

### III. 3.10. Concursos con elementos extranjeros o con impacto transfronterizo

65. **En la legislación concursal colombiana no existen provisiones específicas que regulen adecuadamente los aspectos internacionales de los procesos de insolvencia.**

La legislación no trata los problemas generales que modernamente plantea la insolvencia transfronteriza:

- ✓ No existen provisiones legales específicas relacionadas con el reconocimiento de créditos extranjeros, aunque se cuenta con información que indica que no hay restricciones, y resulta normal la verificación de créditos extranjeros. Asimismo, no existe restricción legal que impida a los acreedores extranjeros iniciar un proceso de reorganización de su deudor<sup>108</sup>.
- ✓ En cuanto a las decisiones judiciales dictadas en procesos concursales extranjeros, difícilmente ellas puedan ser reconocidas, de manera cierta y eficaz, con las reglas generales del Código de Procedimiento Civil para reconocimiento, en Colombia, de sentencias dictadas en el extranjero<sup>109</sup>.
- ✓ A pesar de que Colombia ha adoptado el Tratado de Montevideo de 1889, relativo a las insolvencias transfronterizas, este tratado sólo compromete a seis países, todos ubicados en América del Sur, por lo cual no puede considerarse que con ello se dé tratamiento general y universal a la multiplicidad de problemas que se presentan en los concursos con elementos internacionales o impacto transfronterizo.

---

<sup>108</sup> Como se indicó anteriormente, ningún acreedor puede iniciar un proceso concursal de liquidación.

<sup>109</sup> El Código de Procedimiento Civil contiene provisiones relativas al reconocimiento de sentencias dictadas en el extranjero -sin referencia específica a las sentencias de insolvencia extranjeras- requiriendo un procedimiento de “*exequatur*” ante la Suprema Corte (arts. 693-695, CPC), y prevén las siguientes reglas para admitir el reconocimiento: (a) el país donde se ha dictado la sentencia a reconocer debe admitir el reconocimiento de las sentencias dictadas en Colombia (reciprocidad); (b) la sentencia extranjera no debe afectar inmuebles situados en Colombia, en el momento en que se pronunció la sentencia; (c) la cuestión involucrada en la sentencia extranjero no es atribuida exclusivamente a la jurisdicción de los jueces colombianos (art. 694 CPC). Estas dos últimas reglas conspiran, efectivamente, contra el reconocimiento de las sentencias de insolvencia extranjera, por cuanto: (i) estas órdenes de insolvencia, a menudo, involucran a inmuebles como parte del patrimonio del deudor; y (ii) la regla que niega el reconocimiento de las sentencias extranjeras, cuando la cuestión es atribuida exclusivamente a los jueces colombianos, puede afectar a las cuestiones de la insolvencia. El hecho de que las leyes de insolvencia establezcan reglas de derecho de fondo de orden público, que prescinden de o modifican los derechos contractuales, puede determinar que la interpretación doctrinaria o jurisprudencial se incline en el sentido de establecer que la insolvencia es una cuestión que afecta la soberanía y, como tal, el reconocimiento de las sentencias de insolvencia extranjera puede afectar el orden público, y como consecuencia, llegar a la conclusión que no deben ser reconocidas.

### **III. 4. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL: MARCO INSTITUCIONAL Y REGULATORIO**

#### **III. 4.1. Falta de independencia de la entidad con autoridad jurisdiccional en los procesos concursales**

66. **Pese a desempeñar funciones de autoridad judicial en los concursos, la Superintendencia de Sociedades no tiene la independencia propia de los jueces, lo que aleja manifiestamente al sistema institucional colombiano de los estándares internacionales.** Esta severa deficiencia pasa a explicarse en los párrafos que siguen.

67. **La Superintendencia de Sociedades es un ente administrativo que, como tal, pertenece a la rama ejecutiva del gobierno y no a la rama judicial. No obstante, la Superintendencia actúa como juez en los procesos concursales de reestructuración y de liquidación.**<sup>110</sup> El art. 116 de la Constitución Política de Colombia de 1991 permite a la ley “excepcionalmente” atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.<sup>111</sup> En 1995, la Ley 222 estableció que, con algunas excepciones, corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer las facultades jurisdiccionales en los procesos de insolvencia regidos por dicha ley.<sup>112</sup> En 1999, la Ley 550 no alteró la atribución de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades que, así, continúa actuando como juez concursal, sin que prácticamente ninguna de sus decisiones pueda ser legalmente recurrida ante los órganos judiciales<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> El Consejo de Estado de Colombia ratificó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en una decisión presentada el 21 de noviembre, 2003, y manifestó que las decisiones del Superintendente de Sociedades poseen naturaleza jurisdiccional, y no pueden ser revisadas por el Poder Judicial, citando el art. 90 de la Ley 222 y art. 116, par. 3 de la Constitución de Colombia. El Consejo de Estado tiene la última palabra sobre las cuestiones administrativas (arts. 236-238 de la Constitución de Colombia).

<sup>111</sup> “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”. El Acto Legislativo del 3 de diciembre de 2002, ratificó esta atribución.

<sup>112</sup> “La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concedida en el art. 116 inciso 3 de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles de circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales”.

<sup>113</sup> Art. 37, Ley 550: “*Solución de controversias.* La Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales y de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, en única instancia y a través del procedimiento verbal sumario, será la competente para dirimir judicialmente las controversias relacionadas con la ocurrencia y reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos en esta ley. Las demandas relacionadas con la existencia, eficacia, validez y oponibilidad o de la celebración del acuerdo o de alguna de sus cláusulas, sólo podrán ser intentadas ante la Superintendencia, a través del procedimiento indicado, por los acreedores que hayan votado en contra, y dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de celebración. También será la Superintendencia de Sociedades la competente para resolver, en única instancia, a través del procedimiento verbal sumario, cualquier diferencia surgida entre el empresario y las partes, entre éstas entre sí, o entre el empresario o las partes con los administradores de la empresa, con ocasión de la ejecución o terminación del acuerdo, distinta de la ocurrencia de un presupuesto de ineficacia de los previstos en esta ley. Entre tales diferencias se incluirán las que se refieran a la ocurrencia de causales de terminación del acuerdo.

La Superintendencia tiene amplios poderes y, en algunos casos, sobrada discreción para iniciar y decidir tanto las liquidaciones como las reestructuraciones. Entre otras facultades, el Superintendente decide si ha de comenzarse la liquidación obligatoria; juzga acerca de la participación de los acreedores, los créditos y sus preferencias, y resuelve todas las objeciones presentadas por el deudor y/o sus acreedores.<sup>114</sup> Además, puede ordenar la apertura de la liquidación obligatoria, por iniciativa propia: (a) en casos de dificultades graves y serias del deudor, si la liquidación es necesaria a los fines del cumplimiento puntual de sus obligaciones; o (b) cuando existe duda razonable de que, en el futuro, pueda presentarse cualquiera de dichas situaciones.<sup>115</sup> Asimismo, el Superintendente desempeña funciones muy importantes en el proceso de reestructuración, como proceder a la apertura del proceso (que además puede iniciar por su propia iniciativa<sup>116</sup>) y resolver las objeciones formuladas por el deudor y/o los acreedores, con respecto a la determinación de los créditos. Cabe destacar que prácticamente no existe recurso contra sus decisiones.

**68. La Constitución ordena que los jueces deben permanecer independientes de la rama ejecutiva del gobierno. Sin embargo, las autoridades de la Superintendencia de Sociedades –que funciona como autoridad judicial en los concursos- no tienen asegurada igual independencia que los jueces.** El Superintendente de Sociedades es nombrado y removido discrecionalmente por el Presidente de la República.<sup>117</sup> En consecuencia, la persona que puede adjudicar los derechos del deudor y de sus acreedores, sin recurso alguno, en los procesos de reestructuración y de liquidación, es nombrada políticamente por el Presidente colombiano. No existe ley o reglamentación que establezca condiciones objetivas para la designación ni para la remoción del Superintendente, ni garantía alguna de permanencia en el cargo durante cierto período. Como resultado de esta situación, el Superintendente, en su calidad de adjudicador de derechos, institucionalmente no tiene independencia de la rama ejecutiva del gobierno. Sin embargo, dicha independencia –un principio básico de la democracia moderna—es otorgada por la Constitución Política de Colombia a todos los jueces como miembros de la Judicatura.

---

La Superintendencia, en ejercicio de las funciones previstas en este artículo, podrá, si lo considera oportuno, de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, decretar el embargo y secuestro de bienes o la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio. Estas medidas también se sujetarán a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil”.

<sup>114</sup> Con excepción de los casos de fraude y nulidad, que serán decididos solamente por los jueces ordinarios (art. 133, Ley 222).

<sup>115</sup> Art. 91, Ley 222: “Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores”; ciertamente, una facultad importante redactada de manera imprecisa.

<sup>116</sup> Art. 6, Ley 550

<sup>117</sup> Art. 189, par. 13, de la Constitución Política. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: nombrar a las personas que deben desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda la otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la Ley. En todo caso, el gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a su agentes”. El actual Superintendente fue designado mediante el Decreto Presidencial N° 3197 del 27 de diciembre de 2002, en el cual se invocaron las provisiones específicas del par. 13, del art. 189 de la Constitución.



La Constitución afirma: “La Administración de Justicia es una función pública. Sus decisiones son independientes.” Y también: “Los jueces, en sus decisiones, estarán comprometidos sólo por la ley”. Le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura administrar la carrera judicial y conformar las listas de candidatos para el nombramiento de los jueces.<sup>118</sup> Para acceder al cargo de juez, los candidatos deben someterse a un proceso de selección específica, que incluye pruebas y educación. También se espera que los jueces tomen cursos de educación legal continua. El Informe presentado al Congreso, por el Consejo Superior de la Judicatura, referido a los años 2003-2004<sup>119</sup> confirma que el procedimiento para la selección de jueces se propone garantizar la independencia y las calificaciones de los nominados, provenientes de la lista de candidatos elegibles (“Registro Nacional de Elegibles”). El Informe del Consejo Superior identifica distintas etapas en la candidatura: (a) la fase de oposición: los candidatos se presentan a diversas pruebas, a fin de demostrar su aptitud y conocimientos; (b) la fase educativa: los candidatos exitosos asisten a los cursos pertinentes; y (c) la nominación: se redacta una orden de mérito, y se somete a la consideración del Registro Nacional de Elegibles.<sup>120</sup> Según la Constitución, el Consejo Supremo de la Judicatura es responsable de examinar la conducta de los miembros del Poder Judicial y de sancionar cualquier mal comportamiento.<sup>121</sup> Dichos deberes han sido asignados a la División Disciplinaria del Consejo Supremo de la Judicatura, cuyo propósito es “optimizar y garantizar la eficiencia, calidad y transparencia del talento humano empleado en la Administración de Justicia”. Durante el año 2003, se impusieron 92 sanciones a los agentes judiciales, categoría que incluye a funcionarios que no son jueces.

**69. La falta de independencia institucional de la autoridad que juzga en los procesos concursales, agravada por la casi total ausencia de la posibilidad de recurrir ante la judicatura las decisiones de aquella autoridad, constituye la debilidad capital del marco institucional colombiano para los concursos, notoriamente alejado en este aspecto de los estándares internacionales.** Esta debilidad del sistema debería corregirse a fin de aumentar la confianza en los procedimientos concursales y asegurar, a su respecto, lo que indican las mejores prácticas internacionales<sup>122</sup>. Esto es, que cuando se encarga el conocimiento y decisión de los procesos concursales a autoridades no judiciales, a ellas debe garantizárseles y exigírseles los estándares de independencia e imparcialidad que se establecen para los jueces.

<sup>118</sup> Artículo 256, pars. 1 y 2 de la Constitución. Dichas funciones están reguladas por la Ley 270 de 1996 (“Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”).

<sup>119</sup> Consejo Superior de la Judicatura, “Informe al Congreso de la República”, 2003-2004”, p. 165.

<sup>120</sup> Informe al Congreso, p. 188

<sup>121</sup> Art. 194 de la Ley 222

<sup>122</sup> Ver cuadro siguiente que contiene la transcripción del Principio D.1, sobre Rol del Tribunal en los procesos de insolvencia, según versión 2005 de los Principios para Efectivos Sistemas de Insolvencia y Derechos de los Acreedores del Banco Mundial, publicados en [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild). También se incluye una traducción no oficial del texto oficial inglés de la Recomendación 138 de la Guía Legislativa sobre Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL según su sigla inglesa), publicada en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

## Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y Derechos de los Acreedores

### Principio D.1 - Rol del tribunal

*Independencia, imparcialidad y efectividad.* El sistema debe garantizar la independencia del poder judicial. Las decisiones judiciales deben ser imparciales. Los tribunales deben actuar de manera competente y efectiva.

*Rol del tribunal en los procesos de insolvencia.* Los procesos de insolvencia deben ser supervisados y decididos en forma imparcial por un tribunal independiente y asignados, en lo posible, a jueces con experiencia especializada en insolvencia. Las instituciones no judiciales que cumplen funciones judiciales en los procesos de insolvencia deben estar sujetas a los mismos principios y estándares que se aplican al poder judicial.

*Jurisdicción del tribunal de insolvencia.* La jurisdicción del tribunal debe ser definida y clara con respecto a los procesos de insolvencia y a las cuestiones que pudieran surgir en el transcurso de estos procesos.

*Ejercicio del poder de decisión del tribunal en los procesos de insolvencia.* El tribunal debe tener facultades de supervisión suficientes para emitir fallos de manera eficaz de acuerdo con la legislación, no debiendo asumir un rol de administrador societario o de la empresa del deudor, papel que normalmente se asigna al administrador o al representante de la insolvencia.

*Rol de los tribunales en los procesos de ejecución comercial.* El sistema judicial general debe contar con unidades que hagan cumplir de manera eficaz los derechos tanto de los acreedores garantizados como de los no garantizados, fuera de los procesos de insolvencia. Si fuera posible, estas unidades deben estar integradas por especialistas en asuntos comerciales. Alternativamente, pueden establecerse organismos administrativos especializados que posean esa idoneidad.

### Guía Legislativa sobre Insolvencia de la CNUDMI

#### Recomendación 138: Derecho de apelar

La ley de insolvencia debe especificar que una parte interesada pueda apelar cualquier decisión del tribunal en un proceso de insolvencia, que afecte sus derechos, obligaciones o intereses.

## III. 4.2. Desempeño y remuneración de los Promotores

**70. Con respecto al marco regulatorio, se han recogido quejas reiteradas sobre la idoneidad real de los Promotores y el sistema de remuneración de sus tareas.**

Cuando una empresa debe ser reorganizada, la ley<sup>123</sup> prescribe que, al abrirse el proceso de reestructuración, el Superintendente de Sociedades designe a un Promotor, ya sea a petición del deudor, o por la propia iniciativa del Superintendente. Las funciones de los Promotores son esenciales para una reestructuración, lo que se advierte por los numerosos deberes a su cargo, cuyo desempeño debe asegurarse por medio de fianzas y cobertura de seguros.<sup>124</sup> La remuneración de los Promotores se regula detalladamente en

<sup>123</sup> Las designaciones se hacen a partir de una lista. Los candidatos deben ser personas naturales, o socios, o funcionarios de empresas locales o extranjeras, cuyo objeto social sea similar al de la empresa en reestructuración. Los candidatos deben cumplimentar los requisitos establecidos por el Presidente de la República (Decreto N° 90, del 2 de febrero, 2000), cuyos términos sean similares a los de los Liquidadores. Además, los candidatos a Promotor deben tener educación o experiencia en mediación, conciliación o composiciones amigables en cuestiones comerciales, así como un título universitario en administración, finanzas, ingeniería, economía, derecho o como contador público matriculado. El candidato, o la candidata, deben demostrar, también, su reputación moral.

<sup>124</sup> Los deberes del Promotor incluyen: (a) preparar los estados financieros de la empresa concursada; (b) preparar informes, para los acreedores, sobre el flujo de fondos de la empresa, con información sobre la situación operacional, financiera, de mercado, administrativa, legal y contable de la empresa; (c) determinar los derechos de voto de los acreedores; (d) preparar y llevar a cabo las propuestas, con los acreedores, para la reestructuración de la empresa y evaluar otras propuestas que puedan presentarse durante las negociaciones; (e) participar, como miembro del Comité de Vigilancia, de un acuerdo de reestructuración

la ley, en base a un esquema que tiene en cuenta el valor total de los activos de la empresa, la complejidad del problema, el número de acreedores y el total de los pasivos, así como los demás factores correspondientes a la naturaleza de la negociación respectiva. Con esos parámetros se determinan los honorarios mensuales del Promotor. Sin embargo, en la práctica se expresan quejas<sup>125</sup> sobre los Promotores, sosteniéndose que:

- ✓ La idoneidad de la mayoría de los Promotores, en relación a sus conocimientos sobre los asuntos del deudor y su actividad, resulta insatisfactoria para los acreedores, situación que le da demasiada libertad de acción y poder al deudor.
- ✓ El mecanismo de retribución de los Promotores, mediante pagos periódicos mensuales, constituye un incentivo para la demora del proceso de reestructuración.

### **III. 5. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA CONCURSAL: ACUERDOS INFORMALES Y ACUERDOS ABREVIADOS DE REESTRUCTURACIÓN**

#### **III. 5.1. Acuerdos informales (“Workouts”)**

71. **Los llamados acuerdos informales (o extrajudiciales) de resolución de las dificultades financieras severas o de la insolvencia empresarial no están ampliamente difundidos en Colombia.** Estos mecanismos informales conllevan negociaciones colectivas amigables (fuera del sistema formal de los procesos concursales), del deudor con todos o parte de sus acreedores, tendientes a lograr reestructuraciones de deudas de manera rápida, discreta y económica<sup>126</sup>. Así, aunque no son sustitutos de los procesos concursales formales de reestructuración y liquidación, complementan de manera significativa el sistema formal de resolución de la insolvencia empresarial. Se suele decir que ellos funcionan “a la sombra de la legislación formal”, para poner énfasis en que no reemplazan a los procesos concursales y, a la vez, para destacar que los mecanismos o acuerdos informales funcionan bien en los sistemas en que existen procesos concursales formales efectivos. Además del aliento propio de un sistema concursal eficiente, pueden ser necesarios incentivos apropiados en la legislación fiscal y la regulación bancaria para crear un ambiente favorable a la solución informal de las dificultades financieras severas y la insolvencia empresarial. Finalmente, como se ha comprobado en la experiencia internacional de la última década, es crucial que la legislación establezca que los acuerdos informales logrados con ciertas mayorías puedan rápidamente convertirse en

---

aprobado. A fin de asegurar el correcto desempeño de estas funciones, la ley exige que los Promotores constituyan una garantía. En consecuencia, los candidatos deben obtener una póliza de seguros que cubra, entre otras cosas, cualquier incidente de mala práctica o negligencia en el desempeño de las funciones del Promotor, impuestas específicamente. Entre las responsabilidades del Promotor, se incluye el deber de informar al Superintendente si la empresa en proceso de reestructuración, y sus acreedores, no han llegado a un acuerdo.

<sup>125</sup> Recogidas informalmente en entrevistas sostenidas durante la misión ICR ROSC.

<sup>126</sup> En inglés americano se les identifica generalmente con el término “workouts”.

verdaderos acuerdos abreviados de reestructuración, obligatorios para la minoría integrada por los acreedores disidentes<sup>127</sup>.

El concepto sobre el que están basados los acuerdos informales (*workouts*), es alentar los convenios entre un deudor en dificultades y sus acreedores, y no vincular a los acreedores en disidencia mediante la decisión mayoritaria, sino otorgar una suspensión breve de las ejecuciones y otras acciones legales, de manera que se puedan llevar a cabo las negociaciones. En otros casos, en que la participación del Estado es menor, los acreedores principales acuerdan entre ellos una suspensión de sus acciones contra el deudor. Alternativamente, el Estado otorga ventajas (como devolución de impuestos o ventajas contables) a los bancos o a los acreedores que participan en un acuerdo de este tipo. Dichos convenios entre acreedores, a menudo, incluyen la designación de un comité de acreedores y un coordinador (o presidente del comité) para conducir las negociaciones, así como cláusulas contractuales que especifiquen que, una vez que la mayoría acepta un convenio, la minoría en disidencia estará obligada por dicha decisión. Una cláusula común, en estos casos, también es aquella que estipula que, las diferencias entre el deudor y sus acreedores, deben convenirse mediante arbitraje, con un árbitro determinado. El llamado *London Approach* fue un movimiento pionero en este campo; originalmente, fue presentado por el *Bank of England* como una recomendación, no oficial, a los bancos. Una variación en estos procedimientos está destinada a un ente público (como un Banco Central) o una institución privada (como una Cámara de Comercio) para supervisar los procedimientos, cuasi estructurados, entre un deudor en dificultades y sus acreedores. El mediador sólo asegura que: (a) se proporcione información adecuada a los acreedores, en el inicio del procedimiento; y (b) se presente una propuesta a los acreedores y se discuta, con ellos, en horarios y lugares determinados. Mientras se llevan a cabo estas negociaciones, se otorga una suspensión por un período breve de tiempo (por ejemplo: tres meses). Al finalizar dicho período, la suspensión termina.

**72. Pese a no constituir una práctica establecida con amplitud, en algunas ocasiones los acuerdos informales, tendientes a restablecer la viabilidad financiera de una empresa, se han utilizado con éxito en Colombia.** Han habido algunos casos en los que se han aplicado los principios básicos propios de estos acuerdos: anuencia de un grupo de acreedores para actuar de manera conjunta o colectiva; suspensión de las ejecuciones; designación de un representante de un grupo de acreedores; directivas para la obtención de decisiones dentro del grupo. Estos acuerdos estuvieron basados en el derecho contractual y se acordaron de manera informal, ya que, en la práctica, no se redactaron instrumentos entre los acreedores. Dichas negociaciones bilaterales, entre un grupo de acreedores y el deudor, basadas en un acuerdo informal multilateral subyacente, fueron exitosas y bien recibidas por los operadores<sup>128</sup>. Aunque todavía sean casos más bien aislados, resulta positivo comprobar que ha sido posible llevar a cabo acuerdos informales, práctica que debería alentarse para complementar el sistema formal concursal con este otro mecanismo ágil e informal.

<sup>127</sup> También conocidos como acuerdos abreviados de reestructuración (en inglés americano se les suele llamar “*prepackaged reorganization plans*”).

<sup>128</sup> Durante la misión ICR ROSC se nos informó de un caso relativamente reciente, en que tres empresas pertenecientes al mismo grupo se comprometieron en un acuerdo con un grupo de banqueros, algunos de ellos extranjeros. El grupo celebró un acuerdo multilateral; uno de los bancos extranjeros fue designado, por el grupo, como agente de dichos acreedores, e inclusive se tomaron provisiones para que los acreedores involucrados renunciaran a sus derechos para actuar en forma individual contra el deudor. Se previeron algunas cancelaciones para el caso de pagos realizados en término, en las prórrogas permitidas. Después de un acuerdo exitoso, las empresas habrían vuelto a ser viables.

### III. 5.2. Acuerdos abreviados de reestructuración (“*Prepackaged reorganization plans*”)

73. **La ley colombiana no regula los llamados acuerdos abreviados de reestructuración.** Aunque en 1916 Uruguay introdujo en su legislación el “concordato preventivo extrajudicial”<sup>129</sup>, y la Argentina hizo lo propio<sup>130</sup> en 1983 al establecer el “acuerdo preventivo extrajudicial” (APE)<sup>131</sup>, el concepto de acuerdos privados, de una mayoría de acreedores, que pueden ser presentados en un tribunal y obligar a los acreedores en disidencia (“acuerdos abreviados de reestructuración”) es todavía ajeno a la legislación colombiana de reestructuración concursal. Como excepción, en el contexto de un proceso concursal de liquidación, el art. 205 de la Ley 222 prevé la posibilidad de un “acuerdo concordatorio” o “acuerdo por fuera de audiencia”, entre el deudor y el 75% de los acreedores admitidos. Dicho acuerdo debe ser confirmado por el Superintendente de Sociedades. Si bien excepcional, el “acuerdo concordatorio” podría tomarse como indicador de la posibilidad de establecer, en una reforma legal, una adecuada regulación de los acuerdos abreviados de reestructuración.

---

<sup>129</sup> Arts. 1524-1530 del Código de Comercio del Uruguay

<sup>130</sup> Arts. 69-76 de la Ley de Concursos y Quiebras No. 24.522 de la República Argentina

<sup>131</sup> En ambos países, se otorga una suspensión de las ejecuciones cuando el deudor presenta, ante el tribunal, un acuerdo logrado entre el deudor y una mayoría calificada de acreedores. En Uruguay, una mayoría calificada está compuesta por  $\frac{3}{4}$  de la deuda total, incluyendo  $\frac{3}{4}$  de las deudas mercantiles, originadas en el giro normal de la empresa del deudor y, en Argentina, la mayoría “calificada” es, en realidad, una mayoría absoluta de acreedores quirografarios, que representen los  $\frac{2}{3}$  del total de la deuda garantizada. Al presentar el documento requerido, el juez ordena una suspensión y la publicación de los avisos. Los acreedores en disidencia pueden interponer su oposición con plazos específicos. Una vez resueltas las objeciones, y siempre que se cumplan otras condiciones necesarias, el acuerdo es confirmado por el juez y resultará vinculante, incluso, sobre los acreedores en disidencia. La nueva ley de 2002, en Argentina, también introdujo menores costos, por cuanto no se designan síndicos y, además, se introdujo un sistema especial, de bajos costos, para los honorarios profesionales. Este sistema se ha utilizado con amplitud por los deudores, como consecuencia de la crisis de 2001/2002.

## IV. RECOMENDACIONES

74. **En el marco legal e institucional de los derechos de crédito y los procesos de insolvencia, numerosas reformas son necesarias según un orden variable de prioridades.** La descripción del marco legal e institucional aplicable a los derechos de crédito garantizados (su creación, prelación, registro y ejecución), y a la insolvencia del deudor (procesos concursales de reestructuración y liquidación), lleva a concluir que es imperioso encarar una serie de reformas legales e instrumentales en Colombia. A continuación se formulan recomendaciones orientadas a lograr la mejora de la situación existente. Estas recomendaciones deberían ser sometidas a consideración de los principales actores del sistema financiero y empresarial colombiano, y traducirse en la elaboración de concretos anteproyectos de reforma legal y, en su caso, en planes de mejora instrumental de las instituciones. Dada la gravedad del diagnóstico, se considera que habría que actuar en todos los frentes respecto de los cuales se formulan recomendaciones. Sin embargo, es comprensible que podría ser poco realista esperar una simultánea adopción de todas las reformas sugeridas. Por eso, éstas se separan en dos categorías que responden al siguiente orden de prioridades:

- ✓ **Prioridad 1:** se encuadran aquí las áreas y temas en los cuales la necesidad de reforma es muy alta ya que, sin modificar estos factores, no se lograría ninguna mejora sustancialmente tangible y efectiva. Se estima que estas reformas deberían hacerse en un plazo de 12-18 meses;
- ✓ **Prioridad 2:** aquí se ubican recomendaciones para adoptar reformas que contribuirían a hacer sensiblemente más efectivo el sistema, aunque no sean tan esenciales ni urgentes como las anteriores. Estas reformas convendría hacerlas en un plazo de hasta 36 meses.

### *Prioridad 1*

75. **La prelación de los acreedores garantizados debe mejorarse.** Si se quiere expandir el crédito y disminuir su costo, es indispensable modificar la actual jerarquía de prelación, para eliminar o reducir las prelación que hoy existen sobre las garantías reales y, así, elevar de rango a la prelación de los acreedores garantizados. Desde que esa jerarquía está regulada por el Código Civil<sup>132</sup>, la mejora predicada exigiría la modificación de legislación sustancial contenida en ese código. Alternativamente, sin modificar el Código Civil, podría limitarse la aplicación de su régimen de privilegios a las situaciones de concurrencia entre acreedores fuera de los procesos concursales. Esto se puede lograr mediante el establecimiento de un sistema de prelación de créditos regulado por la ley concursal, que regiría la concurrencia entre acreedores en los procesos de insolvencia, tal como lo hacen la legislación argentina<sup>133</sup> y la reciente legislación

<sup>132</sup> Arts. 2494 a 2511 Código Civil, transcritos en Anexo 2.

<sup>133</sup> Ley de Concursos y Quiebras No. 24.522 de la República Argentina, artículo 239 (inicio): “Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones.”

concurral de España<sup>134</sup>. Mejorar la prelación de los acreedores con garantía real implica introducir cambios que impactarían sobre los créditos laborales y/o los créditos impositivos (ambos, actualmente, con mejor rango que los créditos garantizados). A saber:

- **Prelación de los créditos impositivos.** Respecto de los créditos impositivos, la actual tendencia legislativa<sup>135</sup>, recomendada por los estándares internacionales<sup>136</sup>, es que ellos no deben tener prelación por sobre los acreedores garantizados, pues esa situación (actualmente vigente en Colombia) restringe el acceso al crédito empresario y/o aumenta sus costos, con el consiguiente perjuicio para la economía general y, consiguientemente, de manera indirecta, afecta también la recaudación fiscal. Por otro lado, reconocer un privilegio significativo a los créditos impositivos, muchas veces sirve de desaliento a que el fisco actúe con diligencia para cobrar puntualmente los impuestos. Alemania eliminó los privilegios de los créditos impositivos en la nueva ley de insolvencia que entró en vigor en enero de 1999. España también se enroló en esa corriente<sup>137</sup>. En línea con la tendencia

---

<sup>134</sup> Al comentar la nueva Ley Concurral (LC) española, entrada en vigor en septiembre de 2004, dice Pilar López Molina: “El sistema actual de prelación de créditos en el marco de los procedimientos de insolvencia se contiene en la LC. Ésta diseña un sistema de prelación de créditos ciertamente innovador respecto del que, durante más de un siglo, ha venido aplicándose en nuestro país en los procedimientos sobre insolvencia. ... La LC excluye, en caso de concurso, la aplicación del régimen general de prelación de créditos del CC (Código Civil).” (Autora indicada, en obra colectiva “Comentarios a la Legislación Concurral”, Alberto Palomar Olmeda [Coordinador], Editorial Dykinson, S.L., Madrid, p. 806 y 807).

<sup>135</sup> “There is an unmistakable trend to reduce tax priorities, both in developed and transition countries as part of more general insolvency law reform efforts, which is in line with the recommendation in the UNCITRAL Guide that insolvency laws minimize the priorities accorded to claims that are not based on commercial bargains”, en estudio titulado *Governmental Tax Priorities in Insolvency Proceedings*, International Insolvency Institute – Committee on Tax Priorities in Bankruptcy, Marzo de 2006, [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org)

<sup>136</sup> Banco Mundial, *Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores* (Revisados, 2005): Principio A2: “... Las características típicas de un sistema hipotecario moderno incluyen los siguientes rasgos: ... Reglas claras de propiedad y prioridad que regulen las pretensiones y derechos sobre los mismos bienes, eliminando o reduciendo las prioridades sobre las garantías reales tanto como fuese posible”; Principio A3: “... Un sistema maduro de garantías reales permite que las partes otorguen un derecho de garantía sobre bienes muebles, con características primordiales que incluyen: ... Reglas claras de prioridad que regulen las pretensiones y derechos sobre los mismos bienes, eliminando o reduciendo las prioridades sobre las garantías reales tanto como fuese posible”; Principio C12.3: “Tras la distribución a los acreedores garantizados, con el producto del bien afectado a la garantía, y el pago de los créditos relativos a los costos y gastos de administración, el producido disponible para la distribución debe repartirse proporcionalmente (*pari passu*) entre los acreedores restantes, a menos que haya razones superiores que justifiquen un estatus prioritario para una clase de créditos en particular. En general, no debe darse prelación a los intereses públicos por sobre los privados. El número de clases con prioridad o privilegio debe mantenerse en el mínimo” (ver: <http://www.worldbank.org/gild>).

<sup>137</sup> Comentando la Ley Concurral de España de 2004, se ha dicho: “Las legislaciones concursales vigentes en los países de nuestro entorno, específicamente en el ámbito de la Unión Europea, muestran una tendencia generalizada a la reducción de los privilegios crediticios, a la progresiva limitación de las prerrogativas de los créditos de las Administraciones Públicas y a una mejor administración de la empresa en crisis encaminada a su eventual viabilidad, evitando que el proceso concursal constituya irremediablemente el camino a la liquidación de la empresa concursada” (Pilar López Molina, obra citada, p. 808). También en ocasión de la reforma concursal española, se han analizado las razones a favor y en contra del privilegio fiscal, concluyéndose que hay razones de eficiencia para apoyar a las legislaciones que

actual, la reciente ley concursal del Brasil ha modificado el anterior sistema de privilegios (que era similar al sistema colombiano), colocando a los créditos garantizados por sobre los créditos fiscales en la escala jerárquica de prelaciones<sup>138</sup>.

- **Prelación de los créditos laborales.** Respecto de los créditos laborales, para eliminar el efecto que hoy produce la prelación laboral por sobre la de los créditos garantizados, y a la vez preservar (mejorando, incluso) la protección máxima del crédito laboral, debería explorarse la posibilidad de instrumentar un sistema que elimine la concurrencia entre unos y otros. Esta alternativa ideal se logra instrumentando un fondo de garantía para el pago de la totalidad o una parte significativa de las obligaciones laborales no atendidas por los empleadores concursados, al cual acuden los acreedores laborales. Así, estos no tienen que concurrir a la competencia propia de los procesos concursales, y el crédito laboral resulta mejor protegido frente a la contingencia del concurso que a través del privilegio. A su vez, en los procesos concursales (que es donde mayor importancia cobra el desplazamiento de los créditos garantizados por la actual prelación superior de los créditos laborales) el crédito garantizado quedaría con una prelación verdaderamente significativa y eficaz respecto de los restantes acreedores. Alemania ha consagrado un sistema de protección como el descrito, mediante un fondo de garantía puesto en vigor luego de la reforma concursal de la segunda mitad de los noventa. Otra alternativa, de menor impacto pero que igualmente implicaría una mejora de la situación actual, es la recientemente adoptada en la mencionada reforma concursal del Brasil. En ésta, los créditos laborales siguen teniendo mejor rango que los créditos con garantías reales, pero la prelación del crédito laboral es efectiva sólo hasta un monto máximo, legalmente establecido. En lo que exceda de ese tope legal, el crédito laboral no tiene prelación sobre el crédito con garantía real<sup>139</sup>.

---

consideran al Gobierno como acreedor ordinario o sin privilegio. Ver: Rocío Albert-López y Joaquín Artés-Caselles [2003], *Bankruptcy Proceedings and Government: Should Bankruptcy Law Grant Privileges to Treasury?*, *German Working Papers in Law and Economics: Vol 2003: Article 9*, <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2003/iss1/art9>

<sup>138</sup> Ver trabajos citados en la nota que sigue a ésta.

<sup>139</sup> *The New Brazilian Bankruptcy Law: Insolvency System Reform and Access to Credit Initiative*, por Ana Carla Abrão Costa y Eduardo Luis Lundberg (inédito): “Two important bankruptcy priorities were reviewed to encourage creditor participation and develop governance in insolvency procedures: settling ceilings for labor credits and strengthening secured credits, now with precedence over fiscal credits. The first change intend to limit owners, managers and other insolvent firm connected persons to grant themselves with high labor salaries and compensations, while the second is intend to improve credit and making banks and financial institutions more active during insolvency procedures. Insolvency best practices recommend no fiscal priorities, encouraging the involvement of suppliers and other creditors, but we expect that a deeper use of secured instruments will probably cover this gap”. (p. 12). ..... “Nevertheless, one the most relevant points that made Brazilian bankruptcy legislation different of the best international practices was the secured credit priority. In most countries, collaterals are not part of bankruptcy estate so the secured creditors have precedence over other creditors. In Brazil, under the old law, secured credits were third priority on bankruptcy. Labor credits had first priority, with no limits, followed by fiscal credits. The consequence was that collateral was useless when it was most necessary, when the company was insolvent and incapable to meet its obligations. Together with other imperfections



76. **Los mecanismos de ejecución de créditos con garantías deben ampliarse, y debe mejorarse la efectividad de los actualmente existentes.** Sin mecanismos de ejecución eficientes, las demás reformas en el régimen de las garantías serían de poco o ningún efecto, atento la ineffectividad de los medios con que hoy cuentan los acreedores para cobrar los créditos garantizados que el deudor no honra. Esta área implica reformas en la actual legislación procesal y, eventualmente, la elaboración y aprobación de nueva legislación, también de naturaleza procesal. En línea con el diagnóstico efectuado en este documento, las principales acciones sugeridas se enuncian sumariamente a continuación:

- **Mecanismos de ejecución extrajudicial.** En este ítem, las principales acciones recomendadas son dos:
  - Eliminar las actuales normas concursales que obstaculizan la efectividad del sistema de ejecución de las fiducias de garantía (que convierten a éstas en garantías reales cuando hay proceso concursal); e,
  - Instrumentar mecanismos extrajudiciales de ejecución, aplicables a las garantías reales mobiliarias e inmobiliarias otorgadas, en seguridad de crédito empresario, por parte de entidades financieras regulares.
- **Mecanismos de ejecución con mínima intervención judicial.** Como alternativa que complementa los mecanismos de ejecución extrajudicial sugeridos en el párrafo anterior, se sugiere la creación y puesta en funcionamiento de mecanismos de ejecución que exijan sólo mínima intervención judicial. En dichos mecanismos, la intervención judicial sería precisa al solo fin de controlar la regularidad formal de la garantía y ordenar judicialmente que se ponga al acreedor en posesión del bien gravado que obre en poder del deudor. La desposesión del deudor, ordenada por un juez, de manera sumaria (sin debate procesal) y con rápida concreción, permitiría que el acreedor procediera, luego, a hacer vender el bien sobre el cual se creó la garantía. Esto último –la venta privada- evitaría también las demoras y costos de la venta forzada judicial de los bienes, que hoy padece el proceso ejecutivo judicial. La protección procesal de los derechos del deudor debería diferirse a la posibilidad (única) de entablar juicio contra el acreedor sólo después de la ejecución. Un mecanismo así, limitado también a ciertos créditos de titularidad de entidades financieras regulares, permitiría abreviar de manera sustancial los dilatados plazos de recupero de los créditos garantizados en mora.

---

*of the insolvency and judiciary system, this was one of the most important reasons to understand why banking credit is insufficient and expensive in Brazil. This scenario was altered by the priority rules of the new bankruptcy law that settles labor credit ceilings and ranks secured credits before fiscal responsibilities. It is important to notice that the purpose of the 150 minimum wage ceiling per worker was not to suppress or eliminate labor rights, but just change the bankruptcy priorities. The limit was important to avoid fraudulent withdrawals of the estate disguised as labor credit. In other countries, the existent labor priorities are always limited, protecting salary arrears and other liquid and right labor credits".* (p.19). En igual sentido, puede verse: *Brazil overhauls restructuring regime*, por Thomas Benes Felsberg, Steven Kargman y Andrea Acerbi, en *IFLR Internacional Financial Law Review*, January 2006, p. 40 y siguientes.

- **Mecanismos de ejecución judicial.** Es imprescindible que el proceso judicial de ejecución adquiera verdadera ejecutividad, dejando atrás los resortes procesales hoy puestos en manos de los deudores para dilatar el pago de los créditos que se reclaman en juicio. Al efecto, se recomienda una revisión de la legislación procesal que regula el proceso de ejecución, a fin de introducir –como mínimo– las siguientes reformas:
  - Limitar las excepciones o defensas admisibles en el proceso de ejecución, impidiendo que en éste se pueda abrir el debate sobre cuestiones relacionadas con la causa del préstamo o del título ejecutivo así como con cualquier cuestión vinculada a la sustancia del préstamo (o de la “relación subyacente” que dio origen al título que se ejecuta). Las excepciones admisibles en el proceso de ejecución deberían limitarse a los defectos formales que invaliden el título o la garantía, o a la argumentación de cumplimiento de la deuda (por pago documentado o por medios equivalentes de extinción de obligaciones). Las defensas o excepciones que se prohíban proponer en el proceso de ejecución deberían ser susceptibles de desestimación por el juez, sin sustanciación alguna, y diferirse su eventual discusión a la promoción, por el deudor, de un proceso de conocimiento posterior.
  - Limitar significativamente, o suprimir, la posibilidad de interponer apelaciones u otros medios recursivos, o con efectos equivalentes –como las acciones de tutela–, contra las decisiones judiciales que se dicten en el curso de un proceso de ejecución; difiriendo los respectivos reclamos a un único recurso de nulidad contra la sentencia ejecutiva y/o, eventualmente, al proceso de conocimiento posterior. A fin de preservar la agilidad de los procesos de ejecución, en todo caso los recursos no deberían tener efecto suspensivo sobre las decisiones judiciales dictadas en esos procesos.
  - Para sancionar a quienes litiguen maliciosamente, establecer multas que sean aplicadas efectivamente por los jueces o tribunales.
  - Simplificar el procedimiento a seguir para el secuestro de los bienes que han de ejecutarse, y para el trámite de su venta forzada, a fin de que luego de la sentencia de ejecución pueda procederse en breve término –en un solo acto y sin valuación previa– a la realización de los bienes embargados o sujetos a garantía real y a la distribución inmediata del producto al acreedor o acreedores que correspondieran. Las cuestiones sobre la cuantía exacta del crédito reconocido por la sentencia deberían sustanciarse por separado, sin demorar o suspender la venta forzada de los bienes.

77. **La legislación que rige el sistema concursal debe reformarse significativamente.** El enorme impacto desfavorable que la actual ley 550 tiene sobre la situación de los acreedores, especialmente sobre los acreedores garantizados, lleva a recomendar enfáticamente el reemplazo del sistema vigente, signado por sus características de emergencia, por otra legislación concursal más acorde a situaciones de relativa normalidad económica y que esté en línea con las mejores prácticas

internacionales. Al respecto, sería de gran ventaja tener en consideración los principios generales y las recomendaciones que se han elaborado en los más recientes documentos internacionales sobre la materia<sup>140</sup>. Una nueva legislación concursal debería, como mínimo, reformar los siguientes aspectos:

- **Acreeedores internos.** Supresión de la clase de los hoy llamados “acreeedores internos”, eliminando la asignación de estatus legal de acreeedores a los socios (por solo el hecho de ser socios).
- **Respeto de las prelaciones en los acuerdos de reestructuración.** Respetar en los procesos concursales la prelación de los créditos reconocida por la legislación sustancial del país, lo cual exige que la jerarquía de las clases se respete, tanto en la votación de los acuerdos de reestructuración como en los sacrificios relativos que esos acuerdos pudieran imponer a las diferentes clases.
- **Prelaciones consensuales.** Supresión de las actualmente llamadas “prelaciones consensuales”, prohibiendo que, sin consentimiento del acreeedor garantizado, otros acreeedores u otras clases de ellos puedan modificar la prelación legal de aquél.
- **Fiducias de garantía.** Preservar la validez de las fiducias de garantía, derogando las reglas que establecen la conversión de ellas en garantías reales luego de la apertura del proceso concursal.
- **Salvaguardas para los acreeedores garantizados durante la suspensión de sus ejecuciones.** Establecer límites temporales razonables a la suspensión de las ejecuciones por parte de acreeedores con garantía real, y posibilitar que éstos reclamen el fin de esa suspensión cuando se demuestre que los bienes garantizados no son necesarios para la reorganización o que la garantía se deteriora con grave perjuicio para el acreeedor a raíz de la prolongación de la suspensión.
- **Acuerdos abreviados de reestructuración.** Establecer que los acuerdos de reestructuración negociados y aprobados por una mayoría significativa de acreeedores, fuera de un proceso formal concursal, puedan ser convertidos en acuerdos formales de reestructuración, con todos los efectos legales de éstos, vinculando a los acreeedores disidentes. Para ello ha de instrumentarse un procedimiento abreviado ante la autoridad jurisdiccional, que garantice la transparencia y regularidad formal del respectivo acuerdo.
- **Petición de la liquidación por los acreeedores.** Legitimar a los acreeedores para que puedan solicitar la apertura de un proceso concursal de liquidación del deudor.

---

<sup>140</sup> Documentos de consulta básica al respecto son los *Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreeedores*, Abril 2001, revisados en 2005, Banco Mundial <http://www.worldbank.org/gild>, y la *Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, 2004, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional <http://www.uncitral.org>

- **Responsabilidad de los administradores sociales.** Establecer normas que agilicen e incentiven el uso de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en caso de insolvencia de la sociedad.
- **Efectos concursales sobre los contratos pendientes.** Adoptar un moderno sistema de tratamiento integral de los efectos concursales sobre los contratos pendientes, abriendo alternativas de continuación, resolución o cesión contractual y, a la vez, derogando las actuales sanciones impuestas en caso de contratos en los cuales se estipulan cláusulas de resolución por insolvencia (sin perjuicio de invalidarse esas cláusulas).
- **Reconocimiento de los créditos controvertidos.** Simplificar y acelerar los procedimientos de reconocimiento de los créditos controvertidos, adoptando, en los procesos concursales, mecanismos de resolución alternativa de dichos conflictos, tales como el arbitraje y la mediación.
- **Insolvencias transfronterizas.** Adoptar reglas modernas para el tratamiento de los aspectos internacionales de las insolvencias con repercusión transfronteriza, como las que brinda la Ley Modelo para la Insolvencia Transfronteriza<sup>141</sup>.
- **Independencia de la autoridad jurisdiccional.** Consagrar por ley la efectiva independencia institucional de la Superintendencia de Sociedades, estableciendo criterios objetivos de selección y remoción de sus autoridades, y garantizando que no podrá removerseles discrecionalmente o sin cumplirse los mismos recaudos que aseguran la independencia de los jueces en Colombia.
- **Garantía de defensa y posibilidad de recurrir.** Establecer la posibilidad de recurrir ante tribunales de la rama judicial todas aquellas decisiones de la Superintendencia de Sociedades que causen gravamen irreparable a derechos sustanciales de los sujetos involucrados en procesos concursales, como medio de hacer efectiva la garantía de la defensa.
- **Efectividad de la tarea de los Promotores.** Establecer un sistema de selección, entrenamiento y remoción de los Promotores que asegure la efectividad de su desempeño, modificándose el mecanismo de remuneración a fin de evitar que éste incentive la demora de los procedimientos concursales.

## **Prioridad 2**

78. **La regulación legal de la prenda con desplazamiento debería flexibilizarse.** Para hacer indudable la posibilidad de constitución de garantía real prendaria sobre toda clase de bienes, deberían removerse de las respectivas normas sustanciales del Código de Comercio todos los recaudos que puedan impedir, obstaculizar o hacer incierto el uso en garantía de bienes que no son susceptibles de identificación en exceso detallada. Esto permitiría ampliar la base de bienes susceptibles de ser prendados, eliminando dudas sobre la posibilidad de preñar productos genéricos, bienes fungibles, materias primas

---

<sup>141</sup> *Ley Modelo para la Insolvencia Transfronteriza*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, <http://www.uncitral.org>. La Ley Modelo ha sido adoptada en Latinoamérica por la Ley de Concursos Mercantiles de México de 2000.

susceptibles de transformación, masas de bienes, toda clase de bienes intangibles, etcétera.

79. **Los registros de bienes inmuebles y de anotaciones relacionadas con bienes muebles deben mejorarse.** La mejoría de los sistemas registrales se traduce en ventajas inmediatas sobre la facilidad de constitución de las garantías, mejora de su seguridad y, por ende, reducción del costo del crédito garantizado. La tarea que aquí se recomienda puede sintetizarse en dos palabras: informatización e interconexión. La informatización completa de los registros elimina la inseguridad en la guarda de la información, evita el riesgo de duplicación de garantías sobre iguales bienes muebles, acelera la carga y recupero de los datos registrados y debería, por ende, bajar los costos registrales en el mediano plazo. La interconexión de los diferentes registros, al permitir la búsqueda de información por parte de los proveedores de crédito, con certeza, sin necesidad de desplazamientos geográficos, también debería contribuir al prestigio de las garantías reales y a la baja del respectivo costo del crédito garantizado.

80. **La creación de un ambiente favorable a la negociación amigable o informal de acuerdos extrajudiciales para solucionar las dificultades financieras severas o la insolvencia empresarial.** Además de las imprescindibles reformas que deben introducirse a la legislación que regula los procesos concursales formales, debería estudiarse la posibilidad de creación de un ambiente legal y regulatorio que indujera a los deudores empresariales en dificultades financieras severas, o en insolvencia, a intentar su solución mediante negociaciones extrajudiciales, con todos o parte de los acreedores, tendientes a obtener –de manera rápida, discreta y económica- acuerdos de reestructuración informales. De ser necesario obligar a los acreedores disidentes, esos acuerdos informales, aprobados por mayorías significativas, deberían poder someterse a un procedimiento formal abreviado tendiente a otorgarles los mismos efectos que los de los acuerdos de reestructuración logrados en un proceso concursal formal. Para crear un ambiente que aliente la solución informal de las dificultades financieras severas o de la insolvencia de las empresas, además de consagrar una legislación concursal formal eficiente a cuya “sombra” se celebren las negociaciones amigables, generalmente es preciso revisar y, en su caso, introducir reformas en la legislación impositiva y en las normas de regulación bancaria para incentivar las soluciones informales de la insolvencia empresarial.

**ANEXO 1 - PROYECTO DE LEY 207/05 SENADO SOBRE RÉGIMEN DE INSOLVENCIA**

**EVALUACIÓN Y ANÁLISIS SUMARIO  
 DE LAS  
 RECOMENDACIONES CONCURSALES Y LAS REFORMAS PROYECTADAS**

81. El Proyecto de Ley 207/05 (en adelante, “Proyecto”), mejora aspectos relevantes del sistema concursal vigente, pero aún no da respuesta satisfactoria a recomendaciones que son de gran importancia para el perfeccionamiento integral del futuro sistema concursal colombiano. En la Parte IV de este documento, se sugiere reformar significativamente el sistema concursal colombiano. A tales efectos, se provee una lista con las catorce (14) principales recomendaciones que deberían considerarse a fin de alcanzar una mejoría del sistema, en lo que hoy son los aspectos más alejados de las mejores prácticas internacionales. En este Anexo se realiza una evaluación y análisis sumario de las innovaciones contenidas en el Proyecto de Ley 207/05, siguiendo el orden de las recomendaciones referidas. En algunos casos, las normas proyectadas satisfacen totalmente las recomendaciones (“Observadas”), o se acercan significativamente a ellas (“Mayormente observadas”). Otras recomendaciones, por lo contrario, no tienen respuesta satisfactoria en el Proyecto (“No observadas”), o el Proyecto mejora el sistema vigente en poca medida en esas áreas (“Mayormente no observadas”). En estas dos últimas categorías, todavía encuadran aspectos muy importantes del sistema concursal proyectado. Para alinear el mismo con lo que recomiendan las mejores prácticas internacionales, y así crear un sistema concursal equilibrado que contribuya a restaurar la confianza en el marco legal e institucional colombiano sobre derechos de crédito, sería menester introducir modificaciones al Proyecto, siguiendo los lineamientos de las susodichas recomendaciones, en las respectivas áreas donde la actual versión del Proyecto aún no da respuesta satisfactoria a aquellas sugerencias.

<b>RECOMENDACIONES CONCURSALES Y PROYECTO DE LEY 207/05</b>		
<b>Observadas: 1<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 10<sup>a</sup>, y 11<sup>a</sup></b>	<b>4</b>	<b>O</b>
<b>Mayormente Observadas: 3<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup></b>	<b>2</b>	<b>MO</b>
<b>Mayormente No Observadas: 2<sup>a</sup> y 9<sup>a</sup></b>	<b>2</b>	<b>MNO</b>
<b>No Observadas: 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 12<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup></b>	<b>6</b>	<b>NO</b>

<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Acreedores Internos.</b> Supresión de la clase de los hoy llamados “acreedores internos”, eliminando la asignación de estatus legal de acreedores a los socios (por solo el hecho de ser socios).	<b>1ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>Observada.</b> Los socios, por el sólo hecho de invertir esa calidad, no son considerados “acreedores internos” en el Proyecto.	<b>O</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Respeto de las prelaciones en los acuerdos de reestructuración.</b> Respetar en los procesos concursales la prelación de los créditos reconocida por la legislación sustancial del país, lo cual exige que la jerarquía de las clases se respete, tanto en la votación de los acuerdos de reestructuración como en los sacrificios relativos que esos acuerdos pudieran imponer a las diferentes clases.	<b>2ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<p><b>Mayormente no observada.</b> El Artículo 34 del Proyecto, a los efectos de la votación del acuerdo, establece cinco clases de acreedores. Una de ellas está compuesta por los “acreedores con garantía real o fiduciaria” que no sean instituciones financieras (literal 1.d). Otra clase la integran las “instituciones financieras” (literal 1.c), independientemente del grado de prelación que tengan los respectivos créditos de las diferentes instituciones financieras que concurren a un proceso de reorganización en particular. Así pues, la prelación otorgada a las garantías por la legislación civil, no es criterio que define estrictamente la constitución de una clase de acreedores a los efectos de la votación del acuerdo.</p> <p>El mismo Artículo 34 del Proyecto, establece que el acuerdo se aprueba por mayoría absoluta de votos, debiendo contarse con votos favorables provenientes de: (i) 3 clases, cuando éstas son 5 ó 4; (ii) 2 clases, si éstas son 3; y, (iii) ambas clases si ellas son 2. Los votos se suman promiscuamente, con lo que es posible que acreedores de rango inferior a los acreedores con garantías conformen la mayoría absoluta y, así, impongan un acuerdo vinculante a los acreedores garantizados, pese a que (según la legislación civil) éstos últimos cuentan, en teoría, con prelación superior.</p> <p>El riesgo de la imposición de acuerdos de reorganización notoriamente perjudiciales a los acreedores con garantías, en alguna medida se atenuaría a través de la regla del Artículo 36 del proyecto, que establece una mayoría más estricta (75% del total de los votos de la clase cuyas acreencias serán afectadas) cuando en el acuerdo se impongan condiciones que importen rebaja del valor del capital, en términos constantes, de los créditos de una clase.</p> <p>El art. 37 del Proyecto establece que las estipulaciones del acuerdo</p>	<b>MNO</b>

	<p>de reorganización “... respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley”. Sin embargo, no hay norma alguna que establezca que las estipulaciones del acuerdo aplicables a los acreedores con garantías reales no puedan ser más gravosas que las que han de experimentar los acreedores de inferior rango.</p> <p>El art. 40 (cuarto apartado) del Proyecto establece que el acuerdo de adjudicación debe respetar “en todo caso” las prelación de ley.</p>	
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Prelaciones consensuales.</b> Supresión de las actualmente llamadas “prelaciones consensuales”, prohibiendo que, sin consentimiento del acreedor garantizado, otros acreedores u otras clases de ellos puedan modificar la prelación legal de aquél.	<b>3ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>Mayormente observada.</b> El Artículo 44 del Proyecto contempla que “en el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos”. Sin embargo, el numeral 3 del mismo Artículo establece una salvaguarda al establecer que la modificación de la prelación se condiciona a que “no degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor”. No es posible predecir, con exactitud, si en la práctica concursal futura la salvaguarda citada será suficiente para preservar las prelación de los acreedores garantizados cuyos créditos sean anteriores al proceso de reorganización.	<b>MO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Fiducias de garantía.</b> Preservar la validez de las fiducias de garantía, derogando las reglas que establecen la conversión de ellas en garantías reales luego de la apertura del proceso concursal.	<b>4ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>No observada.</b> Tanto en el proceso de reorganización como en el proceso de pago y extinción (Artículos 20, 41, 46 y 53 del Proyecto) se establecen reglas que suspenden la exigibilidad de las garantías fiduciarias, e imponen la automática conversión de éstas en garantías reales (inmobiliarias o mobiliarias, según correspondiera).	<b>NO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Salvaguardas para los acreedores garantizados durante la suspensión de sus ejecuciones.</b> Establecer límites temporales a la suspensión de las ejecuciones por parte de acreedores con garantía real, y posibilitar que éstos reclamen el fin de esa suspensión cuando se demuestre que los bienes garantizados no son necesarios para la reorganización o que la garantía se deteriora con grave perjuicio para el acreedor a raíz de la prolongación de la	<b>5ª.</b>



	suspensión.	
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>No observada.</b> El Artículo 46 del Proyecto establece que queda suspendida la exigibilidad de “gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor”, durante la “vigencia” del acuerdo. Parecería que la expresión “vigencia” refiere al acuerdo de reorganización hasta que éste “termine”, lo cual, conforme al Art. 48 del Proyecto, ocurre normalmente recién cuando finaliza el “cumplimiento de las obligaciones pactadas” en el acuerdo (o, antes, en caso de incumplimiento). En consecuencia, la suspensión de la exigibilidad de las garantías, salvo pacto expreso en contrario aprobado en el acuerdo, se extendería hasta el cumplimiento definitivo de las obligaciones acordadas. Esto, en los hechos, puede llevar a que los acreedores con garantías vean suspendida su posibilidad de ejecutar los bienes garantizados durante lapsos muy largos (diez años, por ejemplo), sin que esté prevista en el Proyecto la posibilidad de que dicha suspensión se deje sin efecto, cuando los bienes afectados a la garantía se deterioren o cuando ellos no sean estrictamente necesarios para la reestructuración.	<b>NO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Acuerdos abreviados de reestructuración.</b> Establecer que los acuerdos de reestructuración negociados y aprobados por una mayoría significativa de acreedores, fuera de un proceso formal concursal, puedan ser convertidos en acuerdos formales de reestructuración, con todos los efectos legales de éstos, vinculando a los acreedores disidentes. Para ello ha de instrumentarse un procedimiento abreviado ante la autoridad jurisdiccional, que garantice la transparencia y regularidad formal del respectivo acuerdo.	<b>6ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>Observada.</b> El artículo 88 del Proyecto establece la posibilidad de validar judicialmente los acuerdos extrajudiciales de reorganización.	<b>O</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Petición de la liquidación por los acreedores.</b> Legitimar a los acreedores para que puedan solicitar la apertura de un proceso concursal de liquidación del deudor.	<b>7ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>No observada.</b> El Artículo 52 del proyecto, que regula la apertura del “proceso de pago y extinción inmediata” (o proceso de liquidación), no reconoce legitimidad a los acreedores para que, de manera autónoma, puedan solicitar la apertura de ese proceso. Sólo se admite que un número plural de acreedores, titular de por lo menos el 50% del pasivo, formule petición de apertura del proceso de liquidación en caso de incapacidad de pago inminente,	<b>NO</b>

	pero en la medida en que esa petición sea hecha de manera “conjunta” con el deudor.	
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Responsabilidad de los administradores sociales.</b> Establecer normas que agilicen e incentiven el uso de las acciones de responsabilidad de los administradores sociales en caso de insolvencia de la sociedad.	<b>8ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<p><b>Mayormente observada.</b> El Artículo 85 del Proyecto establece que los administradores (y otros sujetos asimilados) que, con dolo o culpa, hubieran desmejorado “la prenda común de los acreedores” (los bienes que integran el activo de la persona concursada), serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. Esta regla apunta a mejorar la situación de los acreedores, recomponiendo el patrimonio (que constituye su “prenda” o garantía común), cuando éste sufrió pérdidas por la conducta dolosa o culposa de los administradores sociales.</p> <p>El Artículo 86 del Proyecto consagra la inhabilitación para ejercer el comercio, por hasta veinte años, aplicable a los administradores y socios de la persona jurídica concursada, o a las personas naturales concursadas. Los supuestos de aplicación de esa inhabilitación están descritos por dicho Artículo 86, en una lista de acciones reprochables -de carácter enunciativo (literal 10.). Tal inhabilitación puede asimilarse a una verdadera sanción (personal, no patrimonial) de carácter no penal. El Artículo 5, literal 6 del Proyecto, atribuye a la Superintendencia de Sociedades la competencia para resolver sobre esta inhabilitación. No se establece la posibilidad de apelar una decisión tan grave ante tribunales de la Rama Judicial (no parece que el Art. 6, parágrafo primero, sea aplicable a la resolución sobre inhabilitación para ejercer el comercio).</p> <p>El Artículo 87 del Proyecto establece una norma de carácter penal, que sanciona con prisión de 5 a 10 años a diversos sujetos (entre quienes podrían hallarse los administradores sociales, en su caso), que incurran en actos que típicamente tienden a defraudar a los acreedores.</p> <p>La gravedad de las consecuencias de la responsabilidad personal de terceros, hace aconsejable que este tipo de decisiones quede sujeto a la competencia del órgano judicial.</p>	<b>MO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Efectos concursales sobre los contratos pendientes.</b> Adoptar un moderno sistema de tratamiento integral de los efectos concursales sobre los contratos pendientes, abriendo alternativas de continuación, resolución o cesión contractual y, a la vez, derogando las actuales sanciones impuestas en caso de contratos	<b>9ª.</b>

	en los cuales se estipulan cláusulas de resolución por insolvencia (sin perjuicio de invalidarse esas cláusulas).	
<b>EVALUACIÓN</b>	<p><b>Mayormente no observada.</b> El Artículo 24 del Proyecto, que regula la continuidad de los contratos en el proceso de reorganización, establece la posibilidad de que el deudor solicite autorización a la Superintendencia de Sociedades para la terminación de los contratos de tracto sucesivo cuya renegociación sea infructuosa. No resulta claro, sin embargo, cuál es el impacto concreto de esa terminación contractual, para la contraparte del deudor, pues sólo se dice en el Proyecto que “... la indemnización respectiva estará sujeta a las resultas del trámite de reorganización” (Artículo 24 in fine).</p> <p>El Artículo 19 del Proyecto mantiene las sanciones de subordinación del crédito y cancelación de las garantías, aplicables al acreedor que intente efectivizar una cláusula contractual que estipule efectos desfavorables al deudor por la apertura de un proceso de reorganización.</p>	<b>MNO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Reconocimiento de los créditos controvertidos.</b> Simplificar y acelerar los procedimientos de reconocimiento de los créditos controvertidos, adoptando, en los procesos concursales, mecanismos de resolución alternativa de dichos conflictos, tales como el arbitraje y la mediación.	<b>10ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>Observada.</b> El Proyecto prescinde del proceso verbal y sumario para resolver objeciones al reconocimiento de los créditos. Ahora se proyecta un sistema sumarísimo de acuerdo al cual todas las objeciones deben resolverse en una sola audiencia (Artículos 32 y 33 del Proyecto).	<b>O</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Insolvencias transfronterizas.</b> Adoptar reglas modernas para el tratamiento de los aspectos internacionales de las insolvencias con repercusión transfronteriza, como las que brinda la Ley Modelo para la Insolvencia Transfronteriza.	<b>11ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>Observada.</b> El Título III. “De la Insolvencia Transfronteriza” (artículos 89 a 120 del Proyecto) incorpora las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL.	<b>O</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Independencia de la autoridad jurisdiccional.</b> Consagrar por ley la efectiva independencia institucional de la Superintendencia de Sociedades, estableciendo criterios objetivos de selección y remoción de sus autoridades, y garantizando que no podrá removerseles discrecionalmente o sin cumplirse los mismos recaudos que aseguran la independencia de los jueces en	<b>12ª.</b>

	Colombia.	
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>No observada.</b> Pese a mantenerse (y aun ampliarse) las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, sus autoridades no estarán sujetas a los mismos principios y normas aplicables a la rama judicial y que hacen a la independencia de ésta. El Proyecto no contiene normas que establezcan un proceso de selección y nombramiento de las autoridades de la Superintendencia regido por criterios objetivos. Tampoco se garantiza la seguridad en el cargo de esas autoridades. El sistema continúa sin garantizar la independencia institucional de la autoridad con jurisdicción en los concursos, pese a que el régimen que se proyecta carece de las características de emergencia y transitoriedad de la Ley 550. Con lo cual, la actualmente proyectada atribución de facultades jurisdiccionales – para decidir conflictos entre particulares- a un ente administrativo sin independencia institucional, ya no sería “excepcional” sino regular y permanente.	<b>NO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Garantía de defensa y posibilidad de recurrir.</b> Establecer la posibilidad de recurrir ante tribunales de la rama judicial todas aquellas decisiones de la Superintendencia de Sociedades que causen gravamen irreparable a derechos sustanciales de los sujetos involucrados en procesos concursales, como medio de hacer efectiva la garantía de la defensa.	<b>13ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>No observada.</b> El Artículo 6 del Proyecto consagra la regla de única instancia para el proceso de insolvencia ante la Superintendencia de Sociedades. Sólo los “fallos de responsabilidad civil serán apelables en el efecto diferido, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del domicilio del deudor” (Artículo 6, párrafo primero del Proyecto). Todas las demás resoluciones dictadas por la Superintendencia de Sociedades son consideradas como inapelables ante la Rama Judicial.	<b>NO</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>	<b>Efectividad de la tarea de los Promotores.</b> Establecer un sistema de selección, entrenamiento y remoción de los Promotores que asegure la efectividad de su desempeño, modificándose el mecanismo de remuneración a fin de evitar que éste incentive la demora de los procedimientos concursales.	<b>14ª.</b>
<b>EVALUACIÓN</b>	<b>No observada.</b> El Proyecto no resuelve el tema, encargando a la reglamentación que dicte el Ejecutivo, “lo relacionado con promotores y liquidadores, incluyendo requisitos para su inscripción en la lista, designación, funciones, cargas, constitución de garantías, honorarios, causales de recusación y remoción,	<b>NO</b>

	cesación de funciones, entre otros” (Artículo 70, in fine).	
--	---	--

## ANEXO 2 - RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS

### CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

ARTICULO 2494. <CREDITOS PRIVILEGIADOS>. Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase.

ARTICULO 2495. <CREDITOS DE PRIMERA CLASE>. La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.
3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.

4. <Numeral subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo.

5. Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.

El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

<NOTA DE VIGENCIA: Aparte tachado INEXEQUIBLE. Inciso adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989. El nuevo texto es el siguiente.> Los créditos por alimentos en favor de menores pertenecen a ~~la quinta causa de~~<sup>142</sup> los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por las del Código Civil y de Procedimiento Civil.

6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.

ARTICULO 2496. <AFECTACION DE LOS BIENES POR LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE>. Los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor; y no habiendo lo necesario para cubrirlo íntegramente, preferirán unos

<sup>142</sup> Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-092-02 del 13 de febrero de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería. Mediante esta misma sentencia la Corte declaró CONDICIONALMENTE exequible, el resto de la disposición, "esto es, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos a favor de menores, prevalecen sobre los demás de la primera clase."

a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata.

Los créditos enumerados en el artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores.

ARTICULO 2497. <CREDITOS DE SEGUNDA CLASE>. A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

1. El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños.
2. El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.
3. El acreedor prendario sobre la prenda.

ARTICULO 2498. <EXCLUSION DE CREDITOS ENTRE SI>. Afectando a una misma especie crédito de la primera y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie, en el orden y forma que se expresan en el inciso primero del artículo 2495.

ARTICULO 2499. <CREDITOS DE TERCERA CLASE>. La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores, o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas.

Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción.

En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él.

ARTICULO 2500. <EXTENSIONES DE LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE A FINCAS HIPOTECADAS>. Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor.

El déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de éstas, y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella, en el orden y forma que se expresan en el artículo 2495.

ARTICULO 2501. <EJERCICIO DE LAS ACCIONES POR LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS>. Los acreedores hipotecarios no estarán obligados a aguardar las resultas del concurso general para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas; bastará que consignen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la

primera clase, en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones.

ARTICULO 2502. <CREDITOS DE CUARTA CLASE>. La cuarta clase de créditos comprende:

1. Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales.
2. Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas.
3. <Ordinal derogado por el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974.>
4. Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre sobre los bienes de éste.
5. Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores.
6. <Ordinal derogado por el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974.>

ARTICULO 2503. <PRELACION ENTRE CREDITOS DE CUARTA CLASE SEGUN LA FECHA>. Los créditos enumerados en el artículo precedente prefieren indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas, es a saber:

La fecha del nombramiento de administradores y recaudadores, o la del remate respecto de los créditos de los números 1o. y 2o.

La del respectivo matrimonio en los créditos de los números 3o. y 6o.

La del nacimiento del hijo en los del número 4o.

La del discernimiento de la tutela por curatela en los del número 8.

ARTICULO 2504. <EXTENSION DE LA PREFERENCIA DE CUARTA CLASE>. Las preferencias de los números 3, 4, 5 y 6 se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que la mujer hubiere aportado al matrimonio, o de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que pertenezcan a los respectivos hijos de familia, y personas en tutela o curaduría y hayan entrado en poder del marido, padre, tutor o curador; y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta o permuta, u otros de igual autenticidad.

Se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos de familia y personas en tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores, por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente.

ARTICULO 2505. <PRUEBA DE CONFESION CONTRA LOS ACREEDORES>. <Artículo modificado por el artículo 67 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el

siguiente.> La confesión del padre, de la madre, del tutor o curador fallidos, no hará prueba por sí sola contra los acreedores.

ARTICULO 2506. <ALCANCE DE LOS CREDITOS DE LA CUARTA CLASE>. Las preferencias de los créditos de la cuarta clase afectan todos los bienes del deudor, pero no dan derecho contra terceros poseedores, y solo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases de cualquiera fecha que estos sean.

ARTICULO 2507. <AFECTACION DE LOS BIENES DE LOS HEREDEROS CON LAS PREFERENCIAS DE PRIMERA Y CUARTA CLASE>. Las preferencias de la primera clase a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados.

La misma regla se aplicará a los bienes de la cuarta clase, los cuales conservarán su fecha sobre todos los bienes del heredero, cuando no tengan lugar los beneficios del inventario o de separación y sólo la conservarán en los bienes inventariados o separados, cuando tengan lugar los respectivos beneficios.

ARTICULO 2508. <TAXATIVIDAD DE LAS CAUSAS DE PREFERENCIA>. La ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en los artículos precedentes.

ARTICULO 2509. <CREDITOS DE QUINTA CLASE>. La quinta y última clase comprende los bienes que no gozan de preferencia.

Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha.

ARTICULO 2510. <CREDITOS NO CUBIERTOS>. Los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los bienes de la quinta clase, en los cuales concurrirán a prorrata.

ARTICULO 2511. <INTERESES DE LOS CREDITOS PRIVILEGIADOS>. Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales.