



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS OF INTERNATIONAL EXCELLENCE

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

ESCUELA DE DOCTORADO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,

FINANCIERO Y PROCESAL

PROGRAMA:

ADMINISTRACION, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO

SOCIAL

“APROXIMACIÓN CRITICA AL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA DE  
PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE EN EL CÓDIGO GENERAL DEL  
PROCESO COLOMBIANO”

**TESIS DOCTORAL**

**Doctoranda: SHIRLEY MAYERLY BARRETO MOGOLLÓN**

**Directores: LORENZO BUJOSA VADELL**

**RODRIGO A. RIVERA MORALES**

**Salamanca, 2020**

Dedico la presente tesis

A Dios por guiar mi camino y ser mi protector y el de mi familia

A mi esposo Alexander, quien es mi sustento

A mis hijos: Jhon, Javier y Joseph, mi gran motivación

A mi madre y hermanos que siempre son apoyo incondicional

A mi padre que desde el cielo me acompaña

A la Universidad Libre, Seccional Cúcuta - Colombia, en donde me formé como abogado y relacioné con personas excepcionales que comparten su conocimiento.

A mis directores de tesis Dr. Lorenzo Bujosa Vadell y Dr. Rodrigo Rivera Morales, por haberme dado la oportunidad del doctorado en la Universidad de Salamanca y por sus sabios consejos y paciencia.

## **SIGLAS O ABREVIATURAS**

AA	Actualidad Administrativa
Ar	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
Ca	Comunidad Autónoma
CCe	Código Civil español
CCC	Código Civil Colombiano
CCOL	Consticiónde Colombia
CC	CORTE CONSTITUCIONAL
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Cfr.	Confróntese
Cit.	Citado
CGP	Código General del Proceso
CPC	Código de Procedimiento Civil
Coord.	Coordinador
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CRBV	Constitución República Bolivariana de Venezuela
CSJ	Corte Suprema de Justicia
Edic.	Edición
Edit.	Editorial
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MP	Ministerio Público
No.	Número
ob. cit.	Obra citada

O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas
p.	página
pp.	páginas
PGR	Procuraduría General de la República
NCPP	Nuevo Código de Procedimiento Penal (COL)
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
SCC	Sala de Casación Civil
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
USA	Estados Unidos de América
Vol.	Volumen
VV. AA.	Varios Autores

## ÍNDICE

1. Capítulo I: La insolvencia y el tráfico jurídico	1
1.1. Las relaciones económicas en el orden social	1
1.2. El crédito y endeudamiento como forma del tráfico jurídico	4
1.3. La insolvencia económica: concepto y tipo	6
1.3.1. Insolvencia mercantil	13
1.3.1.1. Presupuesto subjetivo	15
1.3.1.2. Presupuesto objetivo	16
1.3.2. Insolvencia personal o de persona natural	18
1.3.3. Las insolvencias punibles	21
1.3.3.1. Bien jurídico protegido	24
1.3.3.2. Sujeto activo	26
1.3.3.3. Sujeto pasivo	266
1.3.3.4. Conducta típica	27
1.4. Desarrollo constitucional y normativo de la insolvencia	33
1.5. El procedimiento civil para las insolvencias de personas naturales	38
1.6. Colombia: Ley especial para insolvencia de persona natural	44
2. Capítulo. II: Justificación, aplicación de la norma y aspectos relevantes para el deudor y acreedor	47
2.1. Insolvencia de persona natural no comerciante	47
2.1.1. El régimen de insolvencia de persona natural no comerciante	52
2.2. La insolvencia empresarial. Requisitos y condiciones	54
2.2.1. Antecedentes del procedimiento para insolvencia: procesos concursales	55
2.2.2. Procedimiento de insolvencia empresarial en Colombia	61
2.2.1. Comparación entre los requisitos y condiciones de insolvencia en el marco evolutivo	75
2.3. Fundamento de la insolvencia de persona natural no comerciante.	76
2.3.1. Derechos y obligaciones del deudor y de los acreedores	90
2.3.2. Breve reseña histórica del régimen de insolvencia para personas no comerciantes	93

2.4. Finalidad, alcance y estructura del procedimiento de insolvencia para persona natural no comerciante	96
2.5. Principios del régimen de insolvencia para persona natural no comerciante	102
2.6. Supuestos de insolvencia económica	108
2.7. Alternativas para la persona natural insolvente no comerciante	113
Capítulo III: El proceso de insolvencia de persona natural no comerciante	117
3.1. La regulación del proceso de insolvencia de persona natural no comerciante	117
3.1.1. El debido proceso	117
3.1.2. Procedimiento especial	129
3.2. Competencia	132
3.2.1. Centros de conciliación	135
3.2.2. Notarías públicas	140
3.2.3. Órgano jurisdiccional para resolver controversias del procedimiento	142
3.3. Sujetos y órganos de los procedimientos de insolvencia	145
3.3.1. Las partes	145
3.3.2. Capacidad	147
3.3.3. Legitimación	149
3.3.4. Representación procesal	153
3.4. Gratuidad del procedimiento	154
3.5. Control y registro de conciliadores	158
3.6. Capacitación de los conciliadores	161
3.6.1. ¿Quién es el conciliador?	162
3.6.2. La formación en el “Reglamento de los Centros de Conciliación”	165
3.6.3. Conocimientos, técnicas y habilidades básicas en la formación del conciliador	168
3.6.3.1. Jurídicos	173
3.6.3.2. Psicológicos	176
3.6.3.3. Éticos	178
3.6.3.4. Técnicas de comunicación	181
3.6.3.5. Negociación	184
3.6.3.6. Técnicas de solución de conflictos	185
3.6.3.7. Racionalidad socioeconómica de los sistemas	189
3.7. Divulgación del procedimiento de insolvencia para persona natural no comerciante	191

Capítulo IV: Conciliación en el procedimiento de insolvencia	194
4.1. Generalidades sobre la conciliación	194
4.1.1. Características	201
4.1.1.1. Consensual	202
4.1.1.2. Voluntario	203
4.1.1.3. Actuación de un tercero	205
4.1.1.4. Informalidad	206
4.1.1.5. Privacidad	207
4.1.1.6. Empoderamiento o simetría de poder	207
4.1.1.7. Legalidad	208
4.1.2. Principios aplicables en la conciliación	208
4.1.2.1. Principios aplicables a las partes	215
4.1.2.1.1. Voluntariedad	215
4.1.2.1.2. Libre disposición de las partes	215
4.1.2.1.3. De respeto mutuo	216
4.1.2.1.4. De colaboración	217
4.1.2.2. Relativos a la figura del conciliador	218
4.1.2.2.1. Imparcialidad	219
4.1.2.2.2. Neutralidad	220
4.1.2.2.3. Confidencialidad	222
4.1.3. Precisión conceptual diferencias entre conciliación y mediación	224
4.1.4. La conciliación en Colombia	228
4.2. ¿Puede considerarse el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante como un procedimiento conciliatorio?	230
4.2.1. Facultades y atribuciones del conciliador	232
4.2.2. Deberes del conciliador	237
4.2.1. Designación aceptación del conciliador	238
4.3. La conciliación por medios electrónicos en procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante	240
5. Capítulo V: El procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante	242
5.1. Solicitud	242
5.2. Requisitos de la solicitud de trámite de insolvencia	242

5. 2.1. Acompañamientos a la solicitud	244
5.3. Personas legitimadas para solicitar el procedimiento	247
5.4. Competencia	252
5. 5. Revisión de la solicitud de trámite de insolvencia	259
5.6 Decisión sobre la solicitud de trámite de negociación de deuda	260
5.6.1. Efectos de la iniciación del trámite	260
5.6.2 Excepciones a los efectos	262
5.7 Término para el trámite de negociación de deudas	264
5. 8. Notificación a los acreedores (derecho a ser oído)	264
5. 9. Desarrollo de la audiencia de conciliación	265
5. 9.1. Principios básicos	266
5.9.1.1. Derecho de defensa	266
5.9.1.2. Derecho a la contradicción	267
5.9.1.3. Oralidad e intermediación	268
5.9.1.4. Igualdad de las partes	269
5.9.1.5. Legalidad	270
5.10. Mecánica del desarrollo de la audiencia	270
5.11. Problemática con relación a las garantías reales (Prelación de créditos)	271
5.12. Responsabilidad penal por fraude en el suministro de información en el procedimiento de insolvencia	276
5.13. El acuerdo de pago	277
5.13.1. Efectos del acuerdo de pago	284
5.13.2. Impugnación del acuerdo de pago	285
5.13.2.1. Causales de impugnación	286
5.10.2.2. Legitimación para impugnar	288
5.13.2.3. Órgano competente	289
5.13.2.4. Forma y trámite de la impugnación	289
5.13.2.5. Decisión sobre la impugnación	290
5.14. Fracaso del proceso de negociación de deuda	291
5.15. Acciones revocatorias y de simulación	291
5.16. Cumplimiento del acuerdo	295
5.17. Incumplimiento del acuerdo	296
5.18. El procedimiento de validación del acuerdo privado	297



5.18.1. Requisitos para el trámite de convalidación de acuerdos privados	297
5.18.2. Reglas especiales	298
Capítulo. VI: procedimiento de liquidación patrimonial	300
6.1. Nociones generales sobre la liquidación patrimonial	300
6.2. Procedimiento de liquidación patrimonial	305
6.2.1. Requisitos para la liquidación patrimonial	307
6.2.2. Competencia	308
6.2.3. Apertura de la liquidación	309
6.2.4. Sujetos procesales	312
6.3. Inventarios y avalúos de bienes	313
6.3.1. Patrimonio inembargable	315
6.3.2. Incidente sobre objeciones y aprobación de inventarios y avalúos	322
6.4. Acuerdos en el procedimiento de liquidación patrimonial	323
6.5. Audiencia de adjudicación	324
6.7. Efectos de la adjudicación	331
CONCLUSIONES	333
RECOMENDACIONES	338
BIBLIOGRAFÍA	340



## **1. Capítulo I: La insolvencia y el tráfico jurídico**

### **1.1. Las relaciones económicas en el orden social**

En la medida del progreso de la sociedad se van entretrejiendo relaciones de diversa naturaleza. Indudablemente, que unas de las relaciones de mayor masividad son las relaciones comerciales. Allí se dan diferentes tipos de tráfico comercial.

Es por eso que, para el intercambio de bienes en sus diversas operaciones se ha transitado desde el intercambio simple hasta el intercambiado desarrollado, en donde es necesario un medio de cambio; razón esencial para el surgimiento del dinero (Mandel, 1970, pág. 135). Pero, debido a sus diversas formas de circulación y posesión en las personas, se amplía el carácter del crédito, el cual, es tan antiguo como la civilización.

Antes de la era cristiana, en la antigua Roma, se encuentran los primeros signos del desarrollo crediticio, donde se desprende que sus réditos fluctuaban entre el 3% y 75%, y aun cuando se vislumbraran elevados, se consideraba que, por las circunstancias de aquellas épocas, el prestamista tenía grandes riesgos. En el Derecho Romano, existían leyes y decretos que establecían penas corporales para el deudor que no cumplía lo pactado con el acreedor; incluso se establecía la esclavitud por deudas, de donde devino más tarde la prisión por deudas, siendo abolida en la mayoría de países en América Latina con la Independencia (Brito Figueroa, 1964, pág. 327). También existen documentos históricos de ordenamientos de diversas sociedades que indican penas variables como la confiscación de los bienes del deudor.

Así pues, las personas realizan infinidad de transacciones comerciales, todas ellas encaminadas a satisfacer sus necesidades. Por lo que, para conseguirlo contratan con otras o acceden al crédito y de esta manera consiguen bienes y servicios, obligándose a cumplir posteriormente.

En este proceso es normal el endeudamiento, y por lo tanto al excederse se genera el sobreendeudamiento y a la vez perjuicios en cada individuo, conduciéndolo finalmente a una imposibilidad de pago. Es así que, las personas se hacen insolventes o no pueden cumplir con la totalidad de las deudas a las que se obligaron a pagar, y posteriormente

buscan subsanar la insolvencia con múltiples formas, que por lo regular son todas inadecuadas.

En la época contemporánea, se ha ido imponiendo la ideología del consumismo. De manera que, se presenta de forma incesante el incremento del endeudamiento familiar y de los factores sociales, económicos y psicológicos asociados (uso abusivo de las tarjetas y otros instrumentos de crédito, prácticas comerciales y publicitarias agresivas de animación al crédito, carencias en la formación de los consumidores, en el autocontrol en la compra y el gasto, etc.), lo que supone uno de los mayores retos para la economía y el bienestar familiar en muchos países y, de forma especial, en América Latina, en donde existen profundos desequilibrios sociales y factores perturbadores en el orden económico.

Aunque se trata de una tendencia iniciada ya en los últimos decenios del siglo pasado, en el siglo XXI el endeudamiento familiar ha ido creciendo de forma alarmante, así como los factores asociados que se han referido. En el momento actual no hay duda de que se trata de una cuestión de máxima importancia y repercusión social, que las Instituciones con competencias en materia de consumo deben afrontar con urgencia y rigor.

Por lo tanto, se trata de un fenómeno global, acentuado por el proceso de internacionalización de la economía y la globalización de la información y los mercados. Así, por ejemplo, en España, según el Estudio de Caixa Catalunya las deudas de los hogares españoles alcanzaban el 132% de su renta disponible en 2006 y el 142% en 2007. De acuerdo con este Estudio entre 1998 y 2005 la deuda total de los hogares aumentó más de 45 puntos, pasando del 75,2% al 120,4% de la renta. Aunque la mayor parte de este endeudamiento está relacionado con la compra de vivienda, es evidente la influencia de la tendencia social consumista y de “frivolización del crédito” que hace que los consumidores se endeuden cada vez más y de una forma mucho más despreocupada y “alegre”. De hecho, el Servicio de Estudios del Banco de España ha puesto de manifiesto que, a partir del año 2006 se va desacelerando la deuda hipotecaria y se incrementa el endeudamiento para la adquisición de bienes de consumo o servicios (Garcés Prieto & Salcedo Aznal, 2007)

Por otro lado, este endeudamiento no ha sido solo producto, como a veces se señala, de una coyuntura económica determinada, donde se presenta un aumento del precio de la

vivienda y bajada de los tipos de interés, sino que es el resultado de una serie de factores sociales que amenazan la estabilidad de la economía personal y familiar española y que repercute en el ámbito social y psicológico de los consumidores. De hecho, el endeudamiento puede considerarse ya una práctica habitual del día a día, que forma parte de la cultura de la sociedad de consumo.

Esta admisión del endeudamiento como situación normalizada del ciudadano es consecuencia de cambios ideológicos referentes a la forma de comportarnos en el consumo. Lo anterior, se atribuye, en buena medida, el desarrollo de determinadas estrategias publicitarias empleando las nuevas TIC's y marketing, las cuales son promovidas por el comercio y la banca, que han transformado la emocionalidad del consumidor y alejado su prevención al riesgo económico y la racionalidad en la planificación del presupuesto familiar. Se puede decir que, en esta etapa histórica, los colombianos han asumido la ideología consumista y los valores de placer actual, renunciando definitivamente a las ideas tradicionales de que la austeridad, el ahorro y el sacrificio son los principios que deben regir la economía personal y familiar. En todo caso, es preciso señalar que la inflación y la devaluación también influyen en el gasto actual, para protegerse frente a futuras alzas de precios y pérdida de poder adquisitivo.

Entonces, se hace claro que, el constante movilizar social y económico, lleva al desarrollo de una mejor calidad de vida de las personas, en sus proyectos y en las economías de las familias, pues se promueve en las personas emprendedoras ideas de innovación que se traducen en más oportunidades económicas y laborales, pero, a pesar del ascenso social y la movilidad social, no se debe ocultar los desajustes sociales, ni algunos efectos perversos de la economía, los cuales impulsan a las personas a tratar de igualarse, provocando una asunción de obligaciones prácticamente imposibles de cumplir.

A manera de ejemplo, esta lo sucedido en España con la crisis económica que se inició en 2008, donde fue notorio que los dispositivos de controles de créditos hipotecarios no marcharon cabalmente (Moreno Trapiella, 2017). Así, es preciso reconocer que, en el período anterior a la explosión de la burbuja inmobiliaria, había tenido lugar una política expansiva del crédito, que en el momento en que se produjo la

crisis económica aconteció un acrecentamiento exponencial de las ejecuciones hipotecarias, generando perversas repercusiones sociales.

En Colombia, se acentuó dicho fenómeno del crédito, generando la creación de niveles de endeudamiento de las personas naturales no comerciantes que se tornaban urgentes de solucionar y cada día se agravaban más; en primer lugar, por el uso excesivo del crédito, ya que se presentaba una facilidad al acceso otorgado por la banca y comercio, de acuerdo con la publicidad y las políticas de mercadeo de las entidades financieras en alianza con el sector comercial y productivo de bienes y servicios; y en segundo lugar, en la legislación colombiana existía un régimen obligacional tradicional cuya herramienta procedimental son los procesos ejecutivos, por medio de cual los acreedores hacen exigible la garantía patrimonial del deudor por incumplimiento de la obligación. La obligación es la institución jurídica que encarna la garantía o la seguridad de las transacciones de los acreedores, cuando el deudor se encuentra insolvente. La institución de la obligación no es ajena a la necesidad de interactuar en el plano socioeconómico de una persona con otras, pues de ellas se derivan relaciones de intercambio de servicios y fuerzas en virtud de las cuales ese vínculo les permite exigir, es decir, ejecutar un acto.

En definitiva, el crédito es un instituto de desarrollo comercial en la actualidad, que conlleva la posibilidad de la realización en el mercado de la producción y permite el consumo a las grandes mayorías de ciudadanos.

## **1.2. El crédito y endeudamiento como forma del tráfico jurídico**

La palabra crédito proviene del latín *credĭtum*, cuyo significado es “cosa confiada”. Actualmente se le denomina crédito a una suma de dinero que se le debe a alguna entidad. Generalmente se estipula una fecha límite de devolución y esta debe realizarse con intereses. No obstante, hay que ver que no es exclusivamente sobre dinero, sino que puede ser sobre bienes y servicios. Es por eso que, en la realidad social se encuentran diversas formas de crédito, algunas de ellas reguladas en forma especial, por ejemplo, los créditos hipotecarios para vivienda. Por lo que, es preciso referenciar algunos de ellos.

En primer lugar, de consumo, los cuales son una suma de dinero que recibe un individuo del banco o cualquier entidad financiera o habilitación de instrumento crediticio para pagar algún bien o servicio, el más usual es la tarjeta de crédito. Generalmente estos créditos se pagan en el corto y mediano plazo, bien en forma fraccionada por cuotas y lapso de vencimiento.

En segundo lugar, el hipotecario, el cual es una suma de dinero que recibe un individuo del banco o entidad financiera para comprar un terreno, propiedad o bien, para financiar la construcción de algún bien raíz. Estos créditos son entregados con garantía hipotecaria sobre el bien u otro que represente el valor del crédito. Los créditos hipotecarios suelen ser pagados en el mediano o largo plazo, puede ser en pagos fraccionados o cuotas, al vencimiento del lapso. Especialmente, los créditos de vivienda están regulados por ley especial. En esta modalidad, también se encuentra créditos para adquisición de maquinaria, regulados con leyes de hipoteca mobiliaria sin desplazamiento de prenda.

En tercer lugar, está el crédito comercial, el cual es un crédito que el banco o entidad financiera le entrega a una empresa o persona natural comerciante para que éstas logren satisfacer sus necesidades relacionadas con la compra de bienes, el capital de trabajo, para el pago de servicios o proveedores. Estos créditos, suelen ser pagados en el corto y mediano plazo.

En cuarto lugar, el crédito personal, que se define como una suma de dinero que el banco o entidad financiera le entrega a una persona física, nunca jurídica, para que esta adquiera bienes muebles. Estos préstamos suelen ser pagados en el corto y mediano plazo.

En quinto lugar, el prendario, que es una suma de dinero que recibe una persona física por parte del banco o entidad financiera, para la adquisición de bienes muebles para el proceso productivo. La garantía sobre este crédito es el bien que se denomina prenda, o se establece garantía prendaria sobre la producción. La entidad bancaria, financiera o prestamista aprobará la prenda y puede quedar con prenda hasta que la deuda sea pagada en su totalidad, o no podrá movilizarla sin autorización expresa del acreedor prendario.

El crédito es pues, un mecanismo económico que posibilita la circulación de las mercancías, el acceso a servicios y satisfacción de necesidades. Por lo tanto, la contracara del crédito es el endeudamiento, que viene ser la cantidad de dinero o prestación de servicios (calculados en unidades monetarias) que se obtienen en calidad de préstamo de una persona natural o jurídica.

En economía se habla de capacidad de endeudamiento, lo que significa también la capacidad de crédito, lo cual se dice que es la cantidad de deuda máxima que puede asumir una persona o empresa sin llegar a tener problemas de solvencia. Las entidades financieras para otorgar créditos aplican sus criterios que denominan índice de endeudamiento, el cual se calcula por la estabilidad y volumen del ingreso de la persona o la empresa, los activos que posee y otros factores de riesgo.

Sin embargo, se ve en la actualidad que las entidades financieras realizan prácticas contradictorias. Por un lado, participan del impulso al consumo y crean diversos mecanismos de crédito, pero, por otro lado, para garantía de sus créditos han creado controles como el dato negativo, forma de información entre las entidades financieras para publicitar el estado crediticio del deudor, lo cual, ha dado origen en diversos países a interponer recursos de *habeas data*.

### **1.3. La insolvencia económica: concepto y tipo**

La insolvencia, en forma general, se define como la incapacidad de una persona física o jurídica para hacer frente a sus obligaciones financieras. La RAE define insolvencia como: "Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda" y solvencia, en sus acepciones segunda y tercera, como "carencia de deudas" y "capacidad de satisfacerlas". Por lo que, son definiciones que, en verdad, no es mucho lo que aportan para el entendimiento del término, pero que de entrada permiten tener claro que aluden a un concepto relacionado con el crédito, para cuya conceptualización será menester acudir a las disciplinas que tienen que ver con el mismo.

Cabanellas define así la institución: "Insolvencia: Imposibilidad de cumplir una obligación por falta de medios. Incapacidad para pagar una deuda. Falta de prestigio.



Desconfianza acerca de las dotes y moralidad de la persona que ha de ejercer un mando o dirigir una empresa..." (1996, pág. 80)

Además, etimológicamente se considera que el vocablo proviene de las expresiones latinas *in*, prefijo que denota negación o privación; y "*solvere*", que significa solucionar o resolver. Así pues, insolvente sería el que no resuelve o no soluciona, pero la palabra en sí misma no comporta alusión alguna a deuda o a crédito.

Por otro lado, RIPERT considera que "...la insolvencia, en el sentido etimológico de la palabra, es el deudor que no paga (*in solvere*). Pero es sobre entendido que no puede pagar porque su pasivo excede su activo..." (2017, pág. 130)

De manera que, "el término insolvencia es el estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo" (Organizacion de Naciones Unidas, 2006, pág. 30)

En contraposición al concepto de insolvencia, que como se expresó, se entiende como una incapacidad más o menos definitiva de pagar la totalidad de sus obligaciones, se tiene el concepto de iliquidez, que según la Real Academia Española es tan solo "La falta de dinero en caja o de bienes fácilmente convertibles en dinero", lo que significa una situación meramente coyuntural y, por ende, fácilmente superable". Citado en (Cuberos Gómez, 2005)

La insolvencia, es sólo real cuando el pasivo presente exigible, excede de las disponibilidades del activo líquido. Es la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas al no tener medios líquidos. Por ende, no se debe confundir insolvencia con iliquidez o suspensión de pagos. Podría ocurrir que una empresa no pueda hacer frente a sus pagos actuales porque no tengan liquidez, y, sin embargo, en cuanto obtenga dicha liquidez podrá hacer frente a sus obligaciones. Cuando una empresa es insolvente, además de no tener liquidez, ni siquiera puede responder con su patrimonio.

Así las cosas, la insolvencia es una situación jurídica en la que se encuentra una persona física o empresa cuando no puede hacer frente al pago de sus deudas. Esta situación se produce cuando el activo circulante es inferior al pasivo exigible. La

insolvencia también se llama quiebra o bancarrota. De otra forma, pone de manifiesto su incapacidad para devolver ahora o en el futuro las deudas que ha contraído o que planea contraer. Es así que, cuando una empresa es insolvente se enfrenta a un grave problema, ya que tiene deudas y no puede pagarlas.

Como habrá de examinarse más adelante, los conceptos de *insolvencia* y de *cesación de pagos* en algunas ocasiones se han tenido como sinónimos; en otras como una relación de causa o efecto; y en otras más han servido para identificar todo un estado patrimonial y el procedimiento a seguir. Normalmente, las entidades, en algunos casos mediante pericia contable ordenada por órgano jurisdiccional tratan de examinar si la empresa o persona está insolvente.

¿Cómo saber si una empresa es insolvente? En realidad, el proceso para estudiar la insolvencia no se diferencia del proceso para medir la solvencia. Por tanto, lo que se calculan son las ratios de solvencia. De forma complementaria se utilizan otras ratios como las ratios de solvencia, ratios de liquidez, información de agencias de calificación, análisis cualitativo de la empresa, entre otros.

Las *ratios* de solvencia y de liquidez son fáciles de interpretar. Tan sólo de recoger los datos y realizar los cálculos. Lo que es más complicado interpretar es la información de las agencias de calificación y otros factores cualitativos. En cuanto a los factores cualitativos, se puede recalcar la dirección y gestión de la empresa. En no pocas ocasiones, los directivos realizan una mala gestión. A veces por falta de experiencia y conocimiento en el campo y otras, incluso, con intención de destruir una empresa. La implicación de los empleados o la cultura organización podrían ser otros dos factores muy importantes que determinan la solvencia de la empresa, así como el no entender el momento coyuntural y estar en rezago tecnológico o problemas de competitividad.

Con frecuencia, en la práctica jurídica el abogado se encuentra con situaciones en que, al tratar de cobrar una deuda, les argumenta el moroso de que no puede hacer frente al pago de la misma, porque es insolvente o tiene problema de liquidez. Antes de entrar en algún tipo de negociación con éste, habrá que profundizar qué tipo de insolvencia se está enfrentando, es decir, determinar si esa situación es temporal o es definitiva. Pero

también, será ineludible comprobar si sus condiciones de liquidez, han sido originadas de forma fortuita o de forma provocada.

Es por eso que, es necesario determinar qué tipos de insolvencias se pueden presentar. Por lo que, es procedente enunciar en primer lugar, las insolvencias fortuitas, las cuales, no se pueden predecir de antemano, ya que son causadas por elementos ajenos a la voluntad del moroso, es decir, por factores imprevistos; por ejemplo, un grave siniestro producido en su fábrica, un accidente o una enfermedad.

En segundo lugar, se encuentran las insolvencias transitorias, en donde el deudor no puede pagar a sus acreedores puesto que su capital circulante es inferior a las deudas que tiene a corto plazo. No obstante, en estos casos suele existir viabilidad en la continuación del negocio, y por tanto la empresa podrá superar este obstáculo mediante aplazamientos, entrada de nuevos socios con capital nuevo, o incluso, la presentación de un Concurso de Acreedores en el que se consigan acuerdos de quita y aplazamientos de pago.

En tercer lugar, las insolvencias definitivas, las cuales se producen cuando la empresa se encuentra con que su pasivo supera claramente el activo y la empresa se ve avocada al cierre definitivo y a la presentación de un Procedimiento de Concurso de Acreedores con liquidación completa de todos sus activos.

En cuarto lugar, las insolvencias de origen, que son aquellas que ya existen en el momento de la compra del producto, puesto que el cliente ya era insolvente en ese momento, siendo responsabilidad del acreedor el haberle suministrado la mercancía o haberle prestado el servicio.

En quinto lugar, la insolvencia provocada, conocida como la más grave de todas las insolvencias, puesto que son las generadas por el propio deudor, con la intención clara y manifiesta de no pagar a sus acreedores, vendiendo sus activos o colocándolos fuera del alcance de sus acreedores, en un claro fraude de los mismos. Este tipo de insolvencias, están más cercanas al fraude o la estafa, ya que el deudor hace desaparecer intencionalmente todos los bienes que componen su empresa en fraude de acreedores. Normalmente, este tipo de insolvencia se califica como fraudulenta, lo que ha llevado al

legislador a establecer una legislación especial sobre el tema denominándolo como *insolvencia punible*.

En sexto lugar, la insolvencia técnica, o también denominada suspensión de pagos, pues es aquella situación en la que, aun siendo el activo superior al pasivo, la empresa no puede hacer frente al pago de sus deudas por falta de liquidez; cuando además de sobreseer o cesar en el pago de sus obligaciones, el pasivo es superior al activo y, por consiguiente, el neto patrimonial negativo. Es por eso que, se dice que la empresa se halla en la situación de insolvencia económica o quiebra técnica. Al igual que ocurre con la suspensión de pagos, para que exista quiebra legal o simplemente quiebra, ésta habrá de ser declarada formalmente por una autoridad judicial competente, a instancia del propio empresario o por solicitud fundada de un acreedor legítimo, de acuerdo con el correspondiente procedimiento.

En séptimo lugar, la insolvencia fortuita, la cual se entenderá como la quiebra fortuita del comerciante (empresario individual o sociedad mercantil) a quien sobrevinieron infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas. La insolvencia por caso fortuito o fuerza mayor se da cuando acontece un hecho inesperado, ajeno, imprevisible e inevitable que afecte una parte o la totalidad de los bienes; dando así razones suficientes para no poder cumplir con sus obligaciones exigibles. Por lo tanto, en principio, se puede afirmar que la insolvencia fortuita no conlleva responsabilidades al deudor, puesto que, ha sucedido en forma inesperada, repentina, ajena a la voluntad del deudor y no se ha afectado al cumplimiento de las obligaciones en general sino a su patrimonio.

No obstante, hay que indicar que, en coyunturas, las situaciones de insolvencia de una empresa o persona, puede ser una conjunción de dos o más tipos, de las que se han especificado precedentemente, sin obviar que, puede deberse a una situación de crisis económica originada en desaciertos de políticas públicas económicas que pueden generar desequilibrios, devaluación monetaria y tasas elevadas de inflación.

En Alemania, el Código Civil de 1900 no contempla reglamentación ni provisión alguna sobre la insolvencia, tal vez, considerando que cuando se produjo su

promulgación ya existía una reciente normatividad al respecto. La ley de quiebra de 1877 dispone en el artículo 102, que la apertura del procedimiento de quiebra supone la insolvencia del deudor común y que hay insolvencia cuando se verifica la suspensión de pagos. La insolvencia pues, aquí también parece ser sinónimo de cesación de pagos, constituyendo ésta, a su turno, como revelación objetiva, un presupuesto del procedimiento. (Cuberos Gómez, 2005)

Por otro lado, el sistema concursal británico se encuentra contenido en la denominada "Ley de Insolvencia" o *Insolvency Act* de 1986, estatuto complejo y extenso. El régimen contempla cuatro procedimientos distintos: liquidación (*Winding Up*); arreglos con acreedores (*arrangements with creditors*); administración para el beneficio de uno o unos acreedores en particular (*Administrative Receivership*), y administración para el beneficio de todos los acreedores en general (*Administration*). Los dos últimos suponen el nombramiento de un administrador de los negocios del deudor. Adicionalmente, están los arreglos privados (*Workouts*), para los cuales el Banco de Inglaterra ha expedido una especie de guías; ya que, en cuanto a supuestos, lo predominante es que la compañía sea "incapaz de pagar sus deudas".

En Italia, el Código Civil de 1942 no regula los sistemas concursales, los cuales están reglamentados en el Regio Decreto 2678 del 15 de marzo del mismo año, titulado "De la quiebra (*fallimento*), el Convenio Preventivo, la Administración Controlada y la Liquidación Forzosa Administrativa", cuyo artículo 5° dispone:

“Estado de insolvencia- El empresario que se encuentre en estado de insolvencia se declarará quebrado. El estado de insolvencia se manifiesta por incumplimientos u otros hechos exteriores, los cuales demuestran que el deudor no está ya en condición de satisfacer regularmente las propias obligaciones". Citado en (Camacho Gonzalez, 2004)

En Estados Unidos de Norteamérica, según el *Uniform Commercial Code*, las Disposiciones Generales contenidas en el artículo 1° establecen tres pruebas de insolvencia como lo son la cesación en el pago de las deudas en el curso ordinario de los negocios, el no pago de las deudas cuando ellas se hacen exigibles y la misma significación que asigne al término la Ley de Bancarrota. Debe advertirse que USA cuenta con ciertos estatutos de legislación positiva que de alguna manera se aproximan

al tema y brindan un entendimiento conceptual de la insolvencia. Principalmente se puede hacer referencia al Código de Bancarrota.

En Argentina, la Ley de concursos, 19.551 del 4 de abril de 1972, no alude a la situación de insolvencia, sino directamente al estado de cesación de pagos, establecido de manera objetiva. Los artículos correspondientes más destacados al respecto señalan que el estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en ella. (Artículo 1°). El artículo 85 establece que “el estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan”.

A continuación, el artículo 86 enuncia cuáles hechos pueden ser considerados como reveladores del estado de cesación, evidenciándose en ellos una gran amplitud, donde por parte alguna aparecen requisitos relacionados con desbalance patrimonial o que se refieran a un concepto económico o jurídico de insolvencia. No se alude pues a ésta, y ni siquiera a si existe o no, sino a los actos, omisiones o manifestaciones externas del deudor, que la ley considera suficientes para la procedencia del trámite de la quiebra

En Chile la ley de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas en Chile, trae para las personas naturales la renegociación de las obligaciones o liquidando sus bienes. Clasifica a las personas naturales en contribuyentes del art. 42 no.1 Ley de renta y otros sujetos de crédito.

En México se encuentra en la normatividad vigente la Ley de concursos mercantiles, se puede conciliar con un acuerdo entre los acreedores o se puede ir a la quiebra con la venta de los bienes del comerciante.

La legislación en Brasil contempla los procedimientos de Insolvencia a los empresarios, a las empresas o sociedades empresarias regulados por la ley 11.101 del 9 de Febrero de 2005. La innovación de esta norma es la inclusión de regímenes de recuperación judicial y extrajudicial a fin de estimular la rehabilitación empresarial y evitar la liquidación automática. Los no comerciantes se deben someter al proceso de

insolvencia civil contemplado en el Código de procedimiento civil en los artículos 748 a 786 de la ley 5.860 del 11 de Enero de 1973.

En Venezuela el CÓDIGO DE COMERCIO no habla propiamente de insolvencia, sino que configura dos figuras, el estado de atraso, como una especie de segunda oportunidad, contemplada en el artículo 898

“El comerciante cuyo activo exceda positivamente de su pasivo, y que por falta de numerario debido a sucesos imprevistos o causa de cualquiera otra manera excusable, se vea en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos, será considerado en estado de atraso y podrá pedir al Tribunal de Comercio competente que le autorice para proceder a la liquidación amigable de sus negocios, dentro de un plazo suficiente que no exceda de doce meses; obligándose a no hacer, mientras se resuelva su solicitud, ninguna operación que no sea de simple detal”. (Código de Comercio Venezolano, 1955)

La otra figura es propiamente la quiebra. Se establece en el artículo 914 que el comerciante que no estando en estado de atraso, según el Título anterior, cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, se halla en estado de quiebra. El comerciante no puede intentar el beneficio de la cesión de bienes. (Código de Comercio Venezolano, 1955)

Puede concluirse con CUBEROS GOMEZ, que:

“No existe una noción clara y uniforme sobre el significado del término insolvencia. Sin embargo, conforme a las legislaciones consultadas que la noción más aceptada sea el significado de *incapacidad o impotencia* para el pago de las obligaciones. Se percibe que en algunas legislaciones insolvencia equivale a cesación de pagos. También se puede percibir que la insolvencia admitiría grados, y podría ser provisional o definitiva, dependiendo de si deriva de una simple falta de liquidez, o de un desbalance entre activos y pasivos en un momento determinado.” (2005, pág. 30)

### **1.3.1. Insolvencia mercantil**

El incumplimiento de las obligaciones contraídas por el comerciante insolvente y la no protección al crédito, podría llevar a una situación totalmente de caos económico. Generando una desconfianza en el comercio, donde el incumplimiento en el pago de un sujeto puede llevar a incumplimientos sucesivos de otros actores comerciales, extendiéndose la insolvencia del deudor como una enfermedad hacia otros agentes, perjudicando el elemento retributivo que los llevó a iniciar sus actividades comerciales, y, en consecuencia, perjudicando el ahorro o las futuras inversiones que generan el crecimiento del sector, desestabilizando el panorama económico de la sociedad.

Por eso, la insolvencia mercantil se predica de la situación de insolvencia que presentan quienes están registrados para ejercer el comercio. En este sentido se habla de la insolvencia del comerciante, puede ser persona natural o jurídica, basta que ejerza la función de comerciante.

La insolvencia mercantil o de comerciantes es regulado por el Derecho Concursal. El Derecho concursal es la rama del Derecho mercantil constituida por las normas sustantivas y procesales que tienen por objeto la regulación del concurso de acreedores. (Alonso Espinoza, Sanchez Ruíz, & Vardú Cañete, 2014).

Su finalidad es buscar una solución a la situación de insolvencia de un deudor respecto a varios de sus acreedores, para que el primero pueda finalmente cumplir con sus obligaciones. En España su regulación se encuentra de manera unitaria en la Ley 22/2003, de 9 de junio de 2003 y a nivel europeo respecto de los casos de Derecho Internacional Privado en el Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia.

En Colombia acorde a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1116 2006, estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia)

El concurso de acreedores se trata de un proceso judicial civil cuyo principal objetivo es alcanzar un acuerdo entre el deudor insolvente y sus acreedores. Comprende las especialidades normativas a que se somete al conjunto de los acreedores de un deudor y a él mismo cuando no puede satisfacer todas sus obligaciones de manera regular debido a su insolvencia. El deudor insolvente se ve imposibilitado para pagar ya que tiene más acreedores que bienes o crédito para satisfacerlos situación de impotencia patrimonial.

Del estudio de la norma antes citada, se desprende que los mecanismos concursales en sus dos modalidades: reorganización empresarial y liquidación judicial de que trata la



mencionada ley, sólo se aplicarían a comerciantes, o en general, a sujetos que desarrollen una actividad empresarial.

La declaración de concurso tiene dos presupuestos legales, por un lado, el presupuesto subjetivo, que se relaciona con la condición de persona del deudor y por otro lado el presupuesto objetivo, que es la insolvencia de ese deudor.

Debe advertirse que en aquellos ordenamientos jurídicos en donde no hay separación de insolvencia entre la figura del comerciante y no comerciante, la Ley concursal regula cualquier situación de concurso de acreedores, siendo común los presupuestos y el procedimiento. En Colombia hay ley que regula el insolvente comerciante y ley que regula el insolvente persona natural no comerciante

#### **1.3.1.1. Presupuesto subjetivo**

El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso hace referencia a la necesidad de la existencia de un deudor, ya sea persona física o jurídica y que ostente la condición de comerciante, y debe concurrir junto con el presupuesto objetivo para que pueda producirse la apertura del procedimiento concursal.

Se anota que, la pluralidad de acreedores procedente de la naturaleza del concurso, en el sentido de que el concursado sea un deudor común, no es un presupuesto de la declaración de concurso, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que pudiera resultar manifiesta la inexistencia de otros acreedores resultantes del propio procedimiento.

De manera que, en caso de insolvencia mercantil, la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, que ejerza la profesión de comerciante.

En los ordenamientos jurídicos se excluyen del procedimiento concursal a las entidades públicas, entendiéndose incluso aquellas que son empresas del Estado y se comporten como entidades privadas, se fundamenta la exclusión en que están al servicio de intereses generales.

En España esta exclusión se recoge en el artículo 1 numeral 3º de la Ley Concursal. En Colombia la exclusión de las entidades públicas, además de otras, está consagrada en el artículo 3, específicamente las entidades públicas, en los numerales 5º y 6º de la Ley 1116 de 2006 que regula la insolvencia del comerciante.

Se protege la integridad del patrimonio de estas personas públicas, incluso empresas mixtas o de servicios públicos, para impedir que, como consecuencia de una declaración de concurso, se pueda producir su disolución, liquidación y extinción.

En algunos ordenamientos, como España, en esta exclusión no participa las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca, total o parcialmente, mayoritaria o minoritariamente, a la Administración pública o sus organismos, porque la personalidad de aquéllas no es de Derecho Público, en Colombia si conforme al numeral 5º de la Ley 1116 de 2006 que establece que las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia)

### **1.3.1.2. Presupuesto objetivo**

El presupuesto objetivo del concurso de acreedores lo constituye la insolvencia del deudor común, que se define como el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

En España dispone el artículo 2 de la Ley Concursal referente al presupuesto objetivo lo siguiente:

“1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Exige la norma que el deudor contra quien se impulsa el concurso debe estar en insolvencia. En el numeral 2 se define el estado de insolvencia, así: “2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. (Ley 22, 2003)

Se percibe en el texto de la ley en el citado artículo 2º que alude por tanto al deudor, que es el principal protagonista, así como a las circunstancias que constituyen el presupuesto de hecho que sirve de base a la declaración legal del concurso que es la insolvencia.

En España el procedimiento del concurso establecido en la Ley Concursal es aplicable a todo tipo de deudores, tanto personas físicas como jurídicas, independientemente de su condición empresarial. También resulta intrascendente que el deudor sea español o extranjero, lo que resulta relevante, en virtud de lo ordenado en el artículo 10 de la Ley Concursal, es la territorialidad, en el sentido de que el deudor tenga el centro de sus intereses principales en territorio español.

Si el centro de los intereses principales no se encontrase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento comercial, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante. Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará *concurso territorial*, se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España.

En el caso de que en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo IV del título IX de la Ley Concursal.

En Colombia se plantea el procedimiento del concurso cuando exista una situación de cesación de pagos o incapacidad de pago inminente (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006) tal como lo dispone el artículo 9º de la Ley 1116. Precepto que indica que la finalidad perseguida por esta ley de dar una segunda oportunidad al comerciante, por lo que su fin inmediato no es la protección del crédito sino la supervivencia del comerciante en su actividad.

En Colombia, acorde al artículo 2º de la referida Ley de insolvencia, estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las

sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

### **1.3.2. Insolvencia personal o de persona natural**

Con la masificación del consumo y del crédito cuando en un país se produce crisis económica, indudablemente los diversos entes, tanto públicos como privados, tienen que someterse a un proceso de ajuste de acuerdo a la situación. No obstante, quienes sufren las peores consecuencias son los salarizados y los grupos sociales de menores recursos, pues, entre las medidas de ajuste están la eliminación de empleos, mayores tasas de interés y obviamente exigibilidad de las deudas pendientes. En Colombia se concibió que no solo se tenía la necesidad del Estado para hacer una intervención de la exigencia en la problemática económica pasaba la nación, sino que el gobierno pensó en poder prever dichas posibilidades de que los ciudadanos estuvieran en riesgo de caer en una insolvencia de una persona natural no comerciante que llegara a encontrarse imposibilitado para poder cumplir sus obligaciones que haya contraído o llegara a contraer.

En una situación de crisis en que disminuya el poder adquisitivo de la población y haya reducción del empleo, evidentemente, habrá morosidad y las entidades prestatarias acudirán a procesos judiciales para recuperar su dinero, lo cual generara graves distorsiones sociales, por ejemplo, el desahucio de vivienda, sea por ejecución hipotecarias o cánones de alquileres insolutos.

En este punto, el legislador colombiano, en la primera etapa, influenciado básicamente por el ordenamiento español, la concepción era de proteger el crédito dentro de una visión de defensa de la propiedad privada, tal como se desprende del Código Civil en su capítulo IX, Libro IV, y en sus artículos 1672 y siguientes hasta el 1683, en lo que se refiere al pago por cesión de bienes, temática que fue reglamentada por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 569 y 570, pertenecientes al Título XXVIII, libro IV bajo la etiqueta del concurso de acreedores.

Dado esto el legislador promulga la Ley 1116 de 2006, que entra al tema de régimen de insolvencia empresarial, pero esta vez, de manera taxativa excluye de esta norma a las

personas naturales. Fue mediante pronunciamiento jurisprudencial que esto ocurrió en el ordenamiento jurídico colombiano, exponiendo lo siguiente:

“Asunto por el cual fuera objeto de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en su *ratio decidendi*, exhorto y sugirió al legislador para que elaborará un proyecto de ley que regulará las situaciones de insolvencia de personas naturales, pero con una finalidad distinta a la anterior concepción, y se buscara la protección directa a la persona natural no comerciante en los temas de insolvencia, en situaciones claramente determinadas.

El Congreso Nacional atendió la sugerencia por la Corte materializó tal idea y dio a la vida jurídica la ley 1380 de 2010, norma por la cual se lleva a modificar el libro II del Código de Comercio expidiendo los procesos concursales y dicta otras disposiciones. Por medio se somete a un régimen que promueve y brinda una facilidad para la activación empresarial y una reestructuración de los entes territoriales para que por medio de estas asegurar una función social en las empresas y llegar a lograr un desarrollo armónico entre todas las regiones y poder tener una economía uniforme y estable. La ley 1116 de 2006 plantea que las personas naturales no comerciantes podrán acogerse a un procedimiento que permite en caso de insolvencia poder llegar a negociar sus deudas. Considerando el anterior esfuerzo por el legislador a causa de un error de forma por vicios de procedimiento ocurridos durante el proceso de creación y formación de la norma que no supero el examen de constitucionalidad ejecutado por la Honorable CORTE CONSTITUCIONAL motivo por el cual fuese declara Inexequible.” (SENTENCIA C-699, 2007)

Posteriormente mediante la Ley 1564 del año 2012, se estructura el régimen de insolvencia de persona Natural no Comerciante en el Código General del Proceso, la cual, se ubica dentro del código en el título IV, de su libro III, en disposición de los artículos 531 al 576 de la presente ley.

En España, la Ley concursal regula la insolvencia tanto de los comerciantes como de las personas no comerciantes. El legislador en la exposición de motivos de la Ley Concursal, expuso:

“La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal.

La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevanza obligatoria de

contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”. (Ley 22, 2003)

En esta exposición se justifica eliminar los diversos procedimientos concursales que existían, en forma general, para comerciantes y no comerciantes, lo que en cierto sentido simplifica el procedimiento concursal.

Sigue la exposición de motivos, también afirmó que:

“La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. A mayor abundamiento, se han previsto reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad.

El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (*Tractatus de concursu*, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones”. (Ley 22, 2003)

Se propone un procedimiento más flexible, adaptable a diversas situaciones que se presentan en las relaciones crediticias y de insolvencia, persiguiéndose como fin esencial la satisfacción de los acreedores.

Señala la exposición de motivos además que

“La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados”. (Ley 22, 2003)

Importante la determinación del presupuesto objetivo al definir que se trata de la insolvencia del deudor, que no pueda cumplir con las obligaciones contraídas, y claramente se indica que los legitimados deben probar su gestión de cobro frustrado.

Obviamente, la carga de la prueba está en manos de quien haya hecho solicitud del concurso necesario, deberán probar los hechos en que fundamente la petición, esto es, en la insolvencia y las gestiones infructuosas realizadas

### **1.3.3. Las insolvencias punibles**

Sin entrar a profundizar en este tipo penal, este punto desarrollará la insolvencia punible, la cual no está amparada en el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante contenida en el Código General del Proceso en Colombia.

No existe uniformidad en la doctrina y en las legislaciones para tratar este tema. Tradicionalmente, se ha ventilado como delitos contra la fe pública, como ocurrió en Venezuela, en otras como defraudaciones como Colombia y en algunas más modernas como delitos contra el patrimonio y contra el orden económico, como lo es España.

Así, la situación de insolvencia es una situación o estado de hecho caracterizada por un desequilibrio patrimonial en el que el montante de las obligaciones que le son exigibles a un deudor supera al de los bienes y derechos realizables de su patrimonio, lo cual imposibilita al acreedor satisfacer su derecho de crédito. La regulación colombiana, parte de una visión más amplia señalando que se puede iniciar el proceso de insolvencia cuando haya cesación de pagos, artículo 538 C.G.P.

El delito de insolvencia punible es aquel que se produce cuando encontrándose un deudor en una situación de insolvencia actual o inminente, realice actos fraudulentos que perjudiquen los intereses de los acreedores. El delito de insolvencia punible es la causación, o agravación, de la insolvencia o crisis económica, por parte del deudor cuando se dan determinadas conductas previstas en el Código Penal, circunstancias que son las mismas previstas en la legislación mercantil para la determinación del concurso como doloso o culposo.

En España el Capítulo VII del Título XIII del Código penal de 1995, que acoge los arts. 257 a 261, lleva por rúbrica "De las insolvencias punibles". La aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursa, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de septiembre de 2004, no supone una modificación expresa del Código penal en esta materia, pese a que en la tramitación legislativa llegó a contemplarse la desaparición del delito de insolvencia fraudulenta, pero sí obliga a entender ciertos elementos normativos de forma distinta a haber cambiado la regulación extrapenal de la insolvencia.

Por su parte, la aprobación en las Cortes de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ley que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, ha supuesto la modificación expresa de los arts. 260 y 261 C.P.

Así se tiene que, el nuevo Código Penal que contempla bajo el título "De las insolvencias punibles" dos figuras delictivas, el alzamiento de bienes (arts. 257 y 258 cp), y las ejecuciones universales punibles -quiebra, concurso y suspensión de pagos- (arts. 259 a 261 C.P.) En todas ellas se da un componente defraudatorio, si bien, no es éste preeminente en la configuración de la conducta típica, de ahí su diferenciación con los tipos propiamente defraudatorios, del que es máximo exponente la estafa, preponderando la protección de un bien o bienes jurídicos supraindividuales, que ha llevado a algún autor<sup>1</sup> a hablar de "delitos pluriofensivos", siendo objeto de protección no sólo el patrimonio individual de la víctima, sino algo más, el mismo "orden socioeconómico", sistema crediticio o economía nacional. (Prendes Carril, 2000)

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo ha supuesto una normativización disímil a la que existía en el Código anterior con relación a las insolvencias punibles, originada, según la Exposición de Motivos por la doble necesidad de facilitar una respuesta penal apropiada a los desempeños contrarios al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se suscitan en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa, y de brindar apta certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles en la gestión de los asuntos económicos que establecen un exposición no tolerada.



Esta innovación se produce, en gran parte, a los numerosos casos de insolvencia empresarial sobrevenidos en los últimos años, en los que el deudor, a la vista de una situación más o menos invariable y de forma, en la mayoría de los casos, que ha despatrimonializado una empresa en su propio beneficio, dejando tras de sí un cumulo de acreedores que, en muchos casos, no han recobrado, ni lo invertido en reclamar sus deudas, o inclusive han visto sus empresas esfumarse como secuela de la cesación de pagos de sus clientes.

En Colombia no está incluido en su legislación el tipo de insolvencia punible y sus formas. Se mantiene una figura que han considerado como similar, cual es el alzamiento de bienes, tipificado en el artículo 253 del Código Penal “El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor...”. (Código Penal, 2000)

Como acepta la práctica totalidad de la doctrina, la situación de insolvencia es una situación o estado de hecho -previo, por lo tanto, a cualquier valoración jurídica, que se caracteriza por un desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles; es decir, es aquella situación en la que el montante de las obligaciones que le son exigibles a un deudor supera al de los bienes y derechos realizables de su patrimonio, lo cual imposibilita al acreedor satisfacer su derecho de crédito. (Del Rosal Blasco, 1993)

Agrega el citado autor que la insolvencia en sí misma no es un delito, expresando que para poner de manifiesto que no es en Derecho penal la insolvencia en si misma lo que se castiga, ni la solvencia lo libera y excluye de responsabilidad criminal, «sino el hecho de burlar la eficacia de un orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses del acreedor. (1993)

También, se ha dicho que según la doctrina:

“No existe ninguna diferencia sustancial entre alzamiento de bienes y delito de insolvencia punible. En ambos se trata de la causación (o agravación) de la situación de insolvencia en perjuicio de acreedores. Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, se castigan ambos delitos con la misma pena de prisión de 1 a 4 años y solo se establece la

distinción en el límite mínimo de la pena de multa, en 8 meses para la insolvencia punible, mientras que en el alzamiento es de 12 meses<sup>1</sup>.

Se establece un mismo requisito o presupuesto objetivo exigido por la legislación concursal para el concurso: que el acreedor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. También se establece que debe continuar el procedimiento por alzamiento de bienes aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal, de modo que también podrían coexistir dos procesos penales: uno por alzamiento de bienes y otro por delito de insolvencia punible, lo que no sería admisible cuando se tratara de delitos sobre iguales hechos.

El comienzo de un proceso concursal no acrecienta pues ningún desvalor agregado como, por el contrario, se hacía con la regulación derogada. La conducta que originó la insolvencia es igualmente grave antes de instruirse el proceso concursal que posteriormente en pleno proceso concursal.” (Redacción Espacio Asesoría, 2019)

### **1.3.3.1. Bien jurídico protegido**

De este elemento del delito, se dice que:

“Consiste, al igual que en el delito de alzamiento, en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. De ahí que un importante sector doctrinal, también mercantilista, abogara por el exclusivo mantenimiento del delito de alzamiento de bienes. Sin embargo, sectores doctrinales minoritarios han pretendido atribuir la condición de bien jurídico en este delito a otros intereses. Hay partidarios del entendimiento que atribuye a la Administración de Justicia el carácter de bien jurídico protegido por el delito de insolvencia concursal. La razón quiere encontrarse en que el derecho de crédito en el concurso se contempla desde un punto de vista colectivo (la masa de acreedores) para conseguir un tratamiento paritario de los créditos (*par conditio creditorum*). Este especial tratamiento de igualdad sería el objeto de tutela del Derecho penal al castigar la insolvencia concursal.

Con el delito de insolvencia concursal se protege el proceso ejecutivo concursal, la Administración de Justicia. La objeción más importante que tiene que soportar este entendimiento es la de que habría que excluir del delito aquellos supuestos en los que la conducta se realiza con anterioridad a la apertura del proceso concursal.

El desvalor del ilícito en el delito de insolvencia punible reside en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia. El significado directo de esta conducta es el de infracción por parte del deudor del deber de conservación del propio patrimonio, es decir, de su capacidad de pago.

Aparece, pues, como bien jurídico protegido el correlativo derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos no pagados. Ahora bien, no se puede poner en duda que, de un lado, la situación de insolvencia en la moderna economía provoca consecuencias en cadena y, por tanto, con el castigo de la insolvencia concursal se protege el orden económico.” (Redacción Espacio Asesoría, 2019)

---

<sup>1</sup> Redactado por Redacción Espacio Asesoría // 21 de Febrero de 2019.

Otro sector de la doctrina afirma que:

“El bien jurídico protegido en las insolvencias punibles, a tenor de la mayoría de la doctrina, lo constituye el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor, derecho de garantía legal que el artículo 1911 del Código Civil reconoce al acreedor sobre todos los bienes, presentes y futuros, del deudor. Al mismo tiempo se protege un bien jurídico supra individual que es el buen funcionamiento del sistema crediticio. (Wolsters Kluwer, 2019)

FARALDO CABANA, señala que:

“El bien jurídico protegido es de naturaleza patrimonial, y se puede concretar en el derecho que tiene el acreedor a satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones. Este derecho, derivado de lo prescrito en el art. 1911 Código Civil, se frustra cuando el deudor realiza conductas que impiden o dilatan la ejecución de sus bienes.

Para el sector doctrinal que se encuentra en minoría, junto a un bien jurídico de naturaleza patrimonial se sitúa otro de naturaleza supraindividual, constituido, con diversos matices según los autores, por el correcto funcionamiento del sistema crediticio.” (Faraldo Cabana, 2002)

Por su parte, DEL ROSAL BLASCO, afirmó que:

“El sistema de protección y garantía del crédito en el ordenamiento jurídico civil está constituido por cauciones o garantías, de carácter personal (juramento, fianza de tercero, aval cambiario, clausula penal) o real (depósitos, arras, prendas, hipotecas, derecho de retención, embargo y anotaciones preventivas, etc.), por medidas conservativas (acción subrogatoria y acción revocatoria) y, finalmente, por medidas ejecutivas. El Derecho penal, con las instituciones delictivas que estamos ahora estudiando, no hace sino reforzar ese sistema de protección jurídica, estableciendo un mecanismo punitivo que, al menos en teoría, solo habrá de entrar en funcionamiento en los supuestos de transgresión más grave de los derechos de los acreedores y cuando aparece como insuficiente el sistema de protección jurídico-privada. Semejante caracterización del bien jurídico protegido en las insolvencias punibles sitúa a estas entre las famadas infracciones patrimoniales, cuyo contenido de injusto vendrá representado por el peligro o el daño que tales derechos puedan sufrir como consecuencia de la producción de su propia insolvencia por parte del deudor.” (Del Rosal Blasco, 1993)

Señala el autor en comento que:

“No obstante, la tesis de lo que se ha venido en denominar posición patrimonialista ha sido criticada por quienes sostienen que estos delitos, en realidad, lo que atacan es el sistema económico crediticio en su conjunto”. Igualmente comenta el autor que esta tesis ha sido profundamente rebatida por Muñoz Conde.

Tampoco se puede olvidar que también la modalidad de la conducta incide en el desvalor del ilícito. De ahí que también resulten indirectamente protegidos otros intereses como el

interés al tratamiento igualitario en la satisfacción de los créditos o el de conocer inventario patrimonial y movimiento de negocios del deudor para garantizar sus créditos, etc.” (Faraldo Cabana, 2002)

Así en realidad, son delitos de naturaleza patrimonial y socioeconómica. Se trata además de delitos de peligro que se consuman con la mera realización de la conducta típica si bien vinculada a la situación de crisis (insolvencia actual o inminente del deudor). (Redacción Espacio Asesoría, 2019)

### **1.3.3.2. Sujeto activo**

Se dice de este elemento que:

“Sujeto activo del delito de insolvencia punible es el deudor. Es un delito especial propio, por lo que también puede ser autor el que haya actuado en nombre del deudor. De manera que el sujeto activo del delito es, en todo caso, el deudor, sea este principal o subsidiario, abarcando al fiador, avalista, etc. Se trata, por tanto, de un delito especial, propio, solo pueden cometerlo quienes ostenten tal carácter. Sujeto activo es "el que fuere declarado en concurso, de acuerdo con el art. 1 LC, "la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”.

Si el concursado es una persona jurídica, responde el administrador de hecho o de derecho que haya realizado el comportamiento. Es muy común en la práctica que la condición de “deudor” recaiga en una persona jurídica, por lo que será su administrador quien asuma la responsabilidad delictual (art. 31 CP), siempre y cuando concurren en él, obviamente, los restantes elementos de imputación penal, como la culpabilidad..” (Prendes Carril, 2000)

Además, que ese sujeto activo se destaca porque:

“Siendo un delito especial propio, rigen las reglas pertinentes en relación con la participación criminal.

En este contexto resultan también responsables como cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hayan cooperado con el deudor, administradores o liquidadores, en cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

En el ámbito concursal, la calificación de los sujetos que hayan cooperado como cómplices conlleva la pérdida de todos sus derechos como acreedores concursales.

Lo será la persona que ha incumplido el deber de actuar respetando las garantías de los acreedores, generalmente el deudor, directamente, u otra persona en su nombre. En el caso de las personas jurídicas los administradores y liquidadores de hecho o de derecho.” (Redacción Espacio Asesoría, 2019)

### **1.3.3.3. Sujeto pasivo**

Sujeto pasivo es todo acreedor cuyo derecho a la satisfacción de sus créditos se haya visto lesionado por la situación de insolvencia. Lo será el titular del bien jurídico

protegido. En este sentido lo será el acreedor, que habrá de ser un acreedor legítimo, por lo que no se comete este delito cuando se trata de acreedores por deudas ilícitas. (Prendes Carril, 2000)

Se entiende que, se encuentran en esta situación los acreedores los que carecen de preferencia alguna y de garantía especial por lo que ven convertido su crédito en un simple derecho al dividendo (*par conditio creditorum*).

Afirma FARALDO CABANA que el sujeto pasivo del delito es el acreedor, por tanto:

“El hecho de que el tipo emplee en el párrafo segundo el plural no significa que no haya delito de insolvencia fraudulenta cuando sólo se afecta a un acreedor, pero sí obliga a entender que no hay concurso de delitos cuando con la conducta se ponen en peligro los patrimonios de varios acreedores”. (Faraldo Cabana, 2002)

Quedan excluidos aquellos acreedores, como el pignoratario o hipotecario que tienen garantizados sus créditos con garantía real en la medida en que la cosa alcance el importe del crédito, en cuyo caso no puede afirmarse que el deudor se encuentra en situación de insolvencia frente a dichos acreedores. Téngase en cuenta que el acreedor hipotecario incluso no deja de devengar intereses. De ahí que no se pueda identificar sujeto pasivo del delito y masa de acreedores del concurso.

#### **1.3.3.4. Conducta típica**

La conducta en el delito de insolvencia punible consiste en colocarse en situación de insolvencia, es decir, no poder cumplir con las obligaciones crediticias contraídas.

En consecuencia, la acción que puede suscitar el delito de insolvencia puede ser muy extensa, en definitiva, cualquier artimaña que realice el deudor para producir su insolvencia, sea ésta real o aparente, lo cual va desde la enajenación de sus bienes, hasta su ocultación, destrucción, desaparición, constitución de gravámenes, etc. Siempre que dichos actos se hubieran cometido en fraude, a través de actos o contratos simulados, cuya prueba corresponde al acreedor solicitante.

Expone sobre este tema PRENDES CARRIL:

“Estamos ante un delito de peligro o de mera actividad o riesgo, para su consumación no precisa de resultado alguno, bastando con la ocultación de bienes o simulación de deudas (alzar, dilatar, dificultar o impedir) con intención de defraudar las expectativas de los

acreedores en el cobro de sus créditos, con infracción por el sujeto activo, del deber de mantener íntegro su patrimonio, toda vez que responde ante aquéllos con la totalidad de sus bienes presentes o futuros, (art. 1911 CC). Cuando la conducta típica consista en “impedir”, es decir, hacer imposible la realización del crédito, la intensidad del ataque al bien jurídico nos situaría ante un delito de resultado, pues, es necesaria tal imposibilidad para consumir la acción típica. Sin embargo, aún en este caso, la consumación delictual vendría dada por otra de las acciones típicas, a saber, podrá no haberse “impedido”, pero sí habrá “dificultado” o “dilatado”. (Prendes Carril, 2000)

Se diferencian dos particularidades de insolvencia punible del deudor que se halla en situación de insolvencia actual o inminente.

Por una parte, la ejecución de determinadas conductas que se observan que infringen el deber de diligencia en el manejo de los asuntos económicos cuando el deudor se halla en situación de insolvencia actual o inminente; y cuando alguna de las mismas conductas que se describen en la norma produzcan además su estado de insolvencia.

Así las cosas, conforme Guía Jurídica de Wolters Kluwer, que se tomó en virtud de que no hay interés de profundizar sobre la insolvencia punible, sino mostrar cómo se trata en España, se transcribirá parcialmente lo que allí se expone sobre la conducta típica, haciendo transcripción del artículo 259.1 y 2 CP. (2019)

Esta conducta agrega, además:

“La conducta típica será cualquier acción u omisión adecuada para perjudicar la masa del concurso o dar una imagen falsa de la solvencia de la compañía. En general, se trata de actuaciones contrarias al deber de diligencia del empresario”.

Las conductas típicas, según la relación ofrecida por el art. 259.1 y 2 CP según nueva redacción por LO 1/2015 son las siguientes:

- **Ocultar, causar daños o destruir bienes o elementos patrimoniales** que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.
- Realizar **actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales**, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.
- Realizar **operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior** a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.
- **Simular créditos de terceros o reconocer créditos ficticios**. Con esta conducta debilita la integridad patrimonial en perjuicio de sus acreedores.
- **Participar en negocios especulativos**, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada,

contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Se castiga con esta acción la falta de probidad en la gestión del patrimonio.

- **Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades** que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Esta acción requiere dolo específico, pues si ese resultado adverso a la claridad y comprensión se produce por ineptitud del deudor o su contable, la acción sería atípica.
- **Destruir o alterar los libros contables**, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
- **Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar** antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.
- **Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil**, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo. Aquí se reduce la ilicitud a no llevar la contabilidad del modo en que se exige legalmente, sea respecto de las cuentas anuales como de los libros de contabilidad mercantil. No sería del caso el concurso seguido contra un deudor no comerciante, un simple deudor de carácter civil.
- **Realizar cualquier otra conducta activa u omisiva** que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. Se castiga aquí la ausencia de diligencia en la gestión de los asuntos. Esta acción carece del dolo de perjudicar, aunque esto al fin suceda, por lo que debería aplicarse la pena correspondiente a los actos imprudentes (art. 259.3 CP).” (Redacción Espacio Asesoría, 2019)

Así, conforme a la norma transcrita se puede percibir cuales son las conductas típicas para incurrir en la insolvencia punible y los deberes de diligencia que debe cumplir para no incurrir en la conducta punible.

Las conductas prohibidas van desde la realización de cualquier conducta que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos y que disminuya el valor de elementos patrimoniales que estén, o que habrían de estar incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura, pasando por la simulación de créditos o reconocimiento de créditos ficticios, participación en negocios especulativos que carezcan de justificación económica y resulten -en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada- contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, incumplimiento del deber de llevar contabilidad, llevanza de doble

contabilidad, ocultación, destrucción o alteración de la documentación que el empresario está obligado a conservar, etc.

Así la infracción de deberes impuestos por la Ley concursal es fuente de la posición de garante, que en estos casos podría permitir la aplicación subsidiaria del delito de insolvencia punible, pues son deberes que incumben a los administrados previos a la solicitud del concurso.

La Ley concursal establece un importante número de deberes al deudor y también a los administradores concursales que permiten fundamentar, sin duda, la posición de garante de estos y, por tanto, permitiría sostener la posible comisión por omisión del delito de insolvencia punible.

La posible comisión por omisión del delito de insolvencia punible en relación con las obligaciones que impone la Ley concursal al deudor, así como la presunción del conocimiento de la insolvencia: se impone al deudor el deber de solicitar la declaración del concurso dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que haya conocido su estado de insolvencia, y se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento para la solicitud. En estos supuestos, podría existir un delito de alzamiento en comisión por omisión previo a la declaración del concurso.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo añade un Art. 259 C.P. (Ley 10, 1995) en el que se contemplan una serie de circunstancias que agravan la pena por la comisión de las conductas contempladas en el art. 259.1 y 2 del CP, son las siguientes:

- Cuando exista riesgo o se produzca un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas.
- Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros. El perjuicio de 600.000 € está referido a un solo acreedor, lo que significa que será mucho mayor acumulando la deuda de la totalidad de la masa de acreedores
- Cuando la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral y la Seguridad Social tenga como mínimo la mitad del importe de los créditos concursales.



El art 260 del CP según nueva redacción por LO 1/2015 de 30 de marzo supone una ampliación de la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo por el deudor cuando se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente, antes de la declaración del concurso.

Las conductas castigadas en este precepto penal consisten, específicamente:

- Favorecer, en situación de insolvencia, a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. No importa que la deuda así satisfecha por el deudor, exista, sea debida y legítima a efectos de cumplirse el tipo, art. 260.1 CP.

La conducta aquí castigada tiene como **presupuesto necesario previo el estado de insolvencia**. Es un delito de mera actividad, que se consuma con la realización del acto de disposición en las condiciones del precepto, en situación de insolvencia.

El art. 261 CP, se tipifica el Presentar datos falsos en proceso concursal, por tanto, se castiga la acción de presentar, **en un procedimiento concursal**, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr, indebidamente, la declaración de aquél.

La presentación puede hacerse a requerimiento judicial o a iniciativa propia, y debe existir una relación de causalidad entre la falsedad del dato contable y la declaración jurisdiccional.

Este término "datos falsos" hace referencia a circunstancias contables incorporadas a un documento.

Es presupuesto necesario para el delito de presentación de datos falsos es la existencia previa de en proceso concursal de partida un procedimiento concursal.

Los apartados 4, 5 y 6 del art. 259 del Código Penal según nueva redacción por LO 1/2015 establecen unas condiciones de perseguibilidad y cuestiones procesales:

Art. 259.4 CP. “Para proceder penalmente por estos delitos será preceptivo que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”.

Art. 259.5 CP No obstante lo anterior este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de éste.

Art. 259.6 CP establece que la calificación de la insolvencia en el proceso concursal en ningún caso vinculará a la jurisdicción penal. No obstante, en la práctica el Juez Penal difícilmente dictará sentencia condenatoria en el proceso penal cuando conforme a la legislación mercantil se haya calificado el concurso como fortuito y no provocado. En estos casos con toda probabilidad no existirá acusación por parte del Ministerio Fiscal o de haberla por las acusaciones particulares, difícilmente prosperará y concluirá el procedimiento con una sentencia absolutoria.

La legislación colombiana está rezagada con relación a regular diversas conductas que van apareadas con las *quiebras de comerciantes*, lo cual indudablemente produce efectos de diversa naturaleza, desde los individuales hasta los colectivos. Son innumerables las personas empleadas que pierden salarios, prestaciones, etc., por la quiebra o insolvencia de sus patronos; a su vez, estas insolvencias afectan la confianza del crédito, a la industria en algunos casos, a las entidades bancarias y al comercio.

Se aprecia que Colombia debe tomar como ejemplo la legislación española que en páginas anteriores se han transcrito y hacer una regulación más acorde con la realidad y moderna sobre el delito de insolvencia punible. Si bien es cierto, que ha hecho una regulación avanzada con relación a *la segunda oportunidad* para la persona comerciante y para la persona natural no comerciante, cuestión que a nuestro parecer es loable y persigue fines de justicia social, nos parece adecuado que en los casos que haya una conducta dolosa, encaminada a burlar la confianza del crédito y hacer imposible que el acreedor rescate su dinero o sus bienes. Se considera importante que el legislador

colombiano asuma este aspecto legislativo de incluir en el Código Penal las insolvencias punibles y supere la forma actual del alzamiento de bienes.

#### **1.4. Desarrollo constitucional y normativo de la insolvencia**

El derecho a la vida y a la vida digna, se pretende de la persona natural, y en razón de ella, se enuncia como el primer derecho de la formula el derecho a la vida, “(...) la vida humana está consagrada en el preámbulo de la Carta de 1991, como un valor superior que debe asegurar la organización política, pues las autoridades públicas, aún más las de carácter de seguridad social, están instituidas para protegerla integralmente y para garantizar el derecho constitucional fundamental a la integridad física y mental; en concordancia con ese valor, el artículo 11 de la Carta Política consagra el derecho a la vida como inviolable, dándole así la mayor connotación jurídico política, toda vez que se constituye en el presupuesto ontológico para el goce y ejecución de los demás derechos constitucionales en correspondencia con el artículo 1° que consagra la el respeto a la dignidad humana, ya que cualquier prerrogativa, facultad o poder en la sociedad es consecuencia necesaria de la existencia humana. En el sistema de valores colombianos el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas, lo cual es cónsono con el respeto y desarrollo de la dignidad humana.

En los últimos tiempos el desarrollo sobre los derechos fundamentales ha involucrado no solo la dimensión individual sino su la dimensión social de la persona. En la doctrina (Cossio Díaz) se ha planteado la exigibilidad de los derechos sociales y la creación de mecanismos procesales para su protección. También, se ha implementado la protección de los derechos individuales pero considerados en masa, surgiendo la figura del *consumidor* y *usuario*, produciéndose diversas normas de protección frente al consumo o el uso de servicios o de institutos de mercado como el crédito.

Por ejemplo, en España, siguiendo directivas de la UE, mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias, establece como derechos básicos de los consumidores y usuarios en el artículo 8. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- “1. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
2. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (La Directiva 93/13/CEE del Consejo se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de *inferioridad* respecto al profesional, tanto de capacidad de negociación como de información).
3. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
4. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
5. La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
6. La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.” (Real Decreto Legislativo 1, 2007)

En Colombia por vía jurisprudencial se ha ido desarrollando lo relativo a la interpretación de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, especialmente determinando su núcleo esencial y que alcance tiene conforme a la concepción progresista que tiene la Carta Política sobre los Derechos Humanos.

En la Universidad de los Andes, Colombia, se realizó una investigación sobre Jurisprudencia constitucional sobre el derecho del mínimo vital, al referirse a ella la CORTE CONSTITUCIONAL, téngase en cuenta las siguientes precisiones importantes para la investigación doctoral en curso:

“(…) en este punto también se ponen a prueba nociones referidas a la capacidad que tienen las Cortes de crear derechos mediante el desarrollo jurisprudencial. El hecho de que la CORTE CONSTITUCIONAL haya "construido" jurisprudencialmente, entre otros, el derecho fundamental al mínimo vital, en estrecha relación con derecho como a la vida, a la salud, al trabajo, a la asistencia o la seguridad social, significa que este derecho innominado sea dependiente o subordinado al desarrollo de los derechos nominados de los cuales se deriva”.

Sobre este derecho al mínimo vital dice “(…) a pesar de que los derechos están positivizados, tanto en el derecho internacional como en nuestra Constitución, es en todo caso somera, describe el derecho, pero no su contenido concreto. La interpretación de los derechos implica la respuesta a una pregunta central sobre lo justo, así como la consagración de los derechos es también una respuesta a esta pregunta”. Se debe precisar que ese derecho de volver a empezar que se formula como justificación, es una elaboración

doctrinal previa, sin embargo, como se advirtió, se presentará una fórmula magistral del mismo, se determinará si el derecho resultante de ella es fundamental y si el descargue es manifestación propia y necesaria de dicha institución. Como contenido propio del derecho a la vida, la Corte formula el derecho a la vida digna y el alcance de ese derecho, al considerar que “(...) El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. (Arango, Lemaitre, Burbano Herrera, Lamprea, & Rueda, 2002)

La CORTE CONSTITUCIONAL en una línea jurisprudencial ha sostenido que el derecho al mínimo vital también está íntimamente ligado con la dignidad humana y que ambos provienen directamente del concepto de Estado Social de Derecho. Para definirlo la Corte ha indicado que:

“(...) el concepto de mínimo vital no sólo comprende un componente cuantitativo, la simple subsistencia, sino también un componente cualitativo, relacionado con el respeto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional (art. 1º de la Constitución Nacional.)”. Al referirse al aspecto cuantitativo, lo ha tasado como “(...) la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. (Sentencia T-426, 1992)

La Corte ha tenido en cuenta el principio de la solidaridad, en la sentencia T-520 de 2003, asienta que:

“La solidaridad dibuja ciertos parámetros de conducta social a los particulares, de tal forma que este principio desempeña la función de corregir metódicamente algunas de las repercusiones perjudiciales que tienen las estructuras sociales y económicas, imponiendo el deber de auxilio, tanto al Estado como a los particulares, en el momento que las circunstancias sociales lo ameriten.

El Habeas data también resulta trascendente bajo el entendido de que es “(...) el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular”. (Sentencia T-420, 2003)

En el mismo sentido, la CORTE CONSTITUCIONAL liga el derecho de habeas data con la sanción por el no cobro de una obligación, es decir, con la prescripción y con la caducidad, al indicar que:

“(...) El término de caducidad del dato financiero negativo, tratándose de la extinción de la obligación por cualquier modo diferente al pago es de cuatro años, contados a partir del momento de ocurrencia del fenómeno extintivo. En consecuencia, no se vulnera el derecho fundamental al hábeas data cuando una entidad se abstiene de eliminar el reporte negativo

que pesa sobre una persona por el incumplimiento de una obligación civil que permanece insoluta, respecto de la cual ha transcurrido un término menor de 10 años desde la fecha de su exigibilidad”. (Sentencia T-658, 2011)

Por otra parte, la Corte tratándose de las políticas de prohibición de acceso a las actividades económicas lícitas, como el ingreso a la actividad bancaria, en la sentencia T-468 de 2003 esta corporación explicó que:

“Se encuentran proscritas por la Constitución, ya sea que provengan del Estado o de los particulares, siempre y cuando resulten discriminatorias, irrazonables y desproporcionadas. Ello, porque precisamente implican el desconocimiento de la capacidad negocial de las personas y, por ende, de su derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica”. (Sentencia T-468, 2003)

Con relación a la dignidad humana el derecho está íntimamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad, el cual se reconoce en el artículo 16 de la Constitución donde expresa:

“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. El Estado reconoce la libertad que tiene la persona para orientar su desarrollo sin limitaciones, salvo las imponen los derechos del prójimo y algunas del orden jurídico sin que afecte el núcleo esencial. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, según su libre albedrío, simplemente con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”. (1991)

Únicamente se admiten, como limitaciones a dicho derecho las que “(...) buscan garantizar el orden justo y los derechos de los demás”. (1991)

El derecho al trabajo reconocido en el artículo 25 de la Constitución, que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Sobre dicha protección y el alcance de la misma, la CORTE CONSTITUCIONAL ha considerado en sentencia C-645 de 2011 que:

“(…) esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad abstracta se protege al trabajador y a su dignidad, este derecho al trabajo se encuentra íntimamente ligado con los principios de libertad económica e iniciativa privada contenidos en los artículos 333 y 334 de la Constitución. Con base en los derechos y principios de rango constitucional anteriormente expuestos, se puede concebir la estructura del “derecho de volver a empezar”. (Sentencia C-645, 2011)

Este derecho a la seguridad oportuna que el orden jurídico concede es una expresión de la solidaridad social respecto a la persona natural que tiene una crisis económica

insuperable, que efectivamente tiene efectos perversos en el seno social, pues su vida, su familia, le desempeño en su entorno económico y social.

Incluso se ha considerado si el derecho a volver a empezar puede llegar a ser un derecho fundamental, a este planteamiento la Corte ha dicho:

“(…) los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico, cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir esas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del hombre no es posible.

Seguido, la CORTE CONSTITUCIONAL, ha formulado una nueva definición, en el sentido que es fundamental “(…) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. (Sentencia T-418, 1992B)

En sentido contrario argumenta Arango Rivadeneira, así:

“Premisa Mayor: Los elementos esenciales de un derecho fundamental son: (i) ser un derecho de rango constitucional, (ii) ser un derecho que sirve como instrumento para acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a realizarlo en la práctica, y (iii) ser un derecho que admite ser concretado en un derecho subjetivo. Premisa Menor: El derecho de volver a empezar, es un derecho de rango constitucional, pues los derechos, principios y valores que lo integran lo son; ayuda a realizar en la práctica el ideal de la dignidad humana y cuenta con el descargue como derecho subjetivo a través del cual se concreta. Ahora, se confrontan estas características con la institución del descargue que es un elemento que trae la nueva norma a la que nos referimos en este estudio cuando el deudor no cubre con su patrimonio sus obligaciones. La norma jurídica son los artículos pertinentes del Código General del Proceso.” (2012, pág. 34)

Así pues, la obligación jurídica la conforma la imposibilidad del acreedor para continuar la persecución del saldo insoluto de sus obligaciones. La posición jurídica es el poder del que goza el deudor para acudir a la liquidación como mecanismo a través del cual se logra el descargue y así lograr satisfacer el interés individual que la norma jurídica protege. Se puede, concluir que el descargue es el derecho subjetivo esencial al derecho fundamental de volver a empezar.

En realidad, si se examina la finalidad perseguida por el legislador de la Ley de Insolvencia de persona natural no comerciante y que se recogió en el CGP, se puede percibir que se persigue el equilibrio social y la minimización de hechos que desencadenen problemática social, buscando fórmulas de equilibrio entre disparidades

entre el deudor y el acreedor, para lo cual la posición del deudor, conforme a datos reales conforme a datos reales, será juzgada con mayor flexibilidad o se tratará de atenuar la situación de los deudores, bien sea en la interpretación de las reglas pactadas, en el alcance de la responsabilidad o en cualquier otra manifestación de los términos del cumplimiento de ella.

En su tesis para como candidata al título de Maestría en derecho Diana Rivera Andrade, titulada perdón y olvido en la Insolvencia de Persona natural, expuso que:

“En Colombia como manifestación del *favor debitoris*, se encuentra el artículo 1624 del Código Civil en virtud del cual, en caso de cláusulas ambiguas, se interpretarán a favor del deudor”. Respecto de esta norma, la Corte Suprema de Justicia se manifestó en la sentencia del 1º de agosto de 2002, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros, según la cual: “(...) además de un criterio de hermenéutica, es la aplicación de 3 principios: el de *favor debitoris* y los de *contra stipulatorem* (contra el predisponente) y el de no poder alegar la propia torpeza o culpa en beneficio propio”, los cuales están establecidos a favor del contratante débil, que no siempre es el deudor.” (Trujillo Betancur & Muñoz Yunda, 2014)

### **1.5. El procedimiento civil para las insolvencias de personas naturales**

Cabe aclarar que no es objeto de esta tesis el proceso concursal para comerciantes o empresarial, pero se examinará, brevemente a manera de referencia.

Se entiende por concurso de acreedores El concurso de acreedores como el procedimiento que se produce cuando una persona física o jurídica comerciante incurre en una situación de insolvencia y no puede hacer frente a la totalidad de los pagos que adeuda. La crisis se origina cuando el deudor es incapaz de asumir sus obligaciones de pago. Esta crisis se puede producir porque el deudor está falto de bienes suficientes para atender las deudas (insolvencia patrimonial o definitiva) o porque, tiene patrimonio suficiente, pero le falta liquidez por no poder realizar ese patrimonio o crédito (insolvencia provisional) debido al atraso en pagos o cubierto su cupo.

Las causas de la insolvencia empresarial son variadas, entre las más comunes se tienen:

- 1- La falta de pago por parte de los clientes.
- 2- El cese de financiación por parte de los bancos.
- 3- El estancamiento del mercado frente al producto o servicio.



En Colombia existía el procedimiento tradicional de concurso de acreedores y se planteaba para comerciantes por la vía mercantil, como lo son el estado de atraso y quiebra, y para personas no comerciantes la vía civil como concurso de acreedores.

Con base en la conflictiva situación socio-económica, además el Estado colombiano apostando alcanzar equilibrio en sus estructuras se planteó modernizar la legislación y adecuarla a un verdadero Estado Social de Derecho y Constitucional. Se trataba de armonizar los conflictos de la economía apostando a un desarrollo estable y combinado, pero conjugando todas las fuerzas que concurrían en las estructuras económicas, tanto en la producción como en la circulación y comercio de bienes y servicios, por ello, tanto la doctrina como el legislador colombiano se planteaban que los diversos institutos y factores que participan en la dinámica económica tuvieran protección y posibilidad de sobrevivencia y desarrollo en el marco de economía competitiva y globalizada

Por eso planteaba, en la Ley 1116 de 2006, que regula el Régimen de Insolvencia Empresarial, en su artículo fijaba como finalidad de la ley:

“Tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Para la elaboración de este nuevo régimen se revisó todos los regímenes legales que existían sobre la materia como la Ley 222, el Código de Comercio y la Ley 550 de 1999 que fue una ley transitoria de vigencia temporal por 5 años y que posteriormente la prorrogaron por 2 años más.

Entre las características más resaltantes de la Ley Concursal Colombiana, encontramos que:

a) En cuanto a la finalidad, persigue una doble finalidad, la protección del crédito y la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo;

b) Es un procedimiento de naturaleza judicial,

- c) Destinado al sistema empresarial, no aplica a la persona natural no comerciante;
- d) Lo gestionan judicialmente la Superintendencia de Sociedades como organismo administrativo con facultades jurisdiccionales de manera excepcional y los jueces civiles del circuito;
- e) Regula dos clases de procesos: la reorganización empresarial y la liquidación judicial;
- f) El juez tiene facultades especiales, entre otras, para solicitar información útil y decretar medidas de protección y custodia de los bienes del deudor (embargo, secuestro, etc.). Entre otras funciones el juez concursal: confirma el acuerdo de reorganización y confirma el acuerdo de adjudicación en la liquidación judicial;
- g) Se consagra la oralidad dentro del proceso;
- h) Posibilidad de hacer acuerdos extrajudiciales para validación Judicial.

En España se establece el proceso concursal en la Ley 22/2003, de 9 de julio. En la exposición de motivos se dice:

“Esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente”. (Ley 22, 2003)

En la presente investigación, se reconoce que la legislación que se pretende derogar no estaba en sintonía con la realidad económica social de su tiempo, además, que el régimen concursal era sometido a presiones e intereses que generaban injusticia.

Continúa la exposición de motivos indicando que:

“La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley

1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal”. (Ley 22, 2003)

Así pues, el Derecho español apuesta, en materia de insolvencia, por brindar una respuesta basada en tres principios de unidad. En primer lugar, unidad legal, en el sentido de que un solo texto legal regula todos los aspectos – civiles, mercantiles, procesales, etc.- que se plantean en torno a la insolvencia del deudor. Un principio de unidad de disciplina, de modo que la respuesta es común a todos los deudores, con independencia de sus cualidades personales (empresario, consumidor). En último lugar, unidad de sistema, pues una sola institución – el denominado concurso – es el instrumento que permite atender cualquier forma de insolvencia y que, por tanto, se caracteriza también por su flexibilidad. (Grupo DADE, 2013-2013)

Es así como el concurso es, ante todo, un proceso judicial. La legislación española atribuye el conocimiento y dirección del proceso a jueces con un alto grado de especialización, denominados jueces de lo mercantil que, en este caso, actúan como jueces concursales. La solución española opta por un elevado grado de judicialización de la respuesta que ha de darse a la insolvencia del deudor común. Esta opción no es obstáculo para las posibles soluciones extrajudiciales, pero éstas se limitan a una frase previa, esto es, cuando el deudor aún no ha entrado en ese estado de insolvencia. En el momento en que el deudor hubiera entrado en insolvencia, surge para él un deber de instar su declaración de concurso.

Así en España, son competentes para conocer del concurso, tal y como dispone el artículo 8 de la Ley Concursal los jueces de lo mercantil, prevé:

“La jurisdicción del juez del concurso es **exclusiva y excluyente** en las siguientes materias:

1º. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la LEC. También conocerá de la acción a que se refiere el 17.1 de la Ley Concursal.

2º. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas

de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Concursal, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita y, en concreto, las que le atribuye la Ley 1/ 1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

6.º Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

7.º Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o, de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

Por su parte, la LOPJ establece en el artículo 186 bis que, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil. También podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando, atendidas la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica, lo aconsejen, delimitándose en cada caso el ámbito de su jurisdicción.” (Ley 22, 2003)

Tal y como afirma el Art. 12, de la Ley Concursal, el deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado.

También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 10 días desde la publicación ordenada en el 23.1 ,Ley Concursal, que en su párrafo segundo establece que el extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el “Boletín Oficial del Estado”, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de

declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de la administración concursal, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos de conformidad con el Art. 85, de la Ley Concursal, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. (García Posada & Vegas, 2016)

La declaración de concurso determina el inicio de un proceso universal y complejo. Se trata de un procedimiento universal porque todos los acreedores del mismo deudor están llamados a participar en él, y todos ellos sólo podrán intentar realizar su crédito a través de este proceso. Pero, también, la universalidad se predica del concurso desde otro punto de vista, pues todos los bienes y derechos del deudor se afectarán en ese proceso a la finalidad de buscar la mejor satisfacción de los acreedores.

Por otro lado, es también un proceso complejo, en el sentido de que el mismo dará lugar a distintos pronunciamientos judiciales de muy distinto carácter, pues serán tanto de naturaleza declarativa, de condena y de ejecución.

En cuanto a los efectos, la declaración de concurso tiene consecuencias sobre la persona del deudor. En este sentido, la Ley Concursal advierte que el deudor debe suministrar toda la información precisa para el mejor desarrollo del proceso y acatar un deber de colaboración para el logro de esa finalidad, quedando a disposición del juez del concurso y de los administradores concursales. El cumplimiento de tales deberes podrá asegurarse mediante decisión judicial que podrá, incluso, afectar a los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación

Además, la declaración de concurso incide en el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor. Así, si el concurso fuera voluntario, el ejercicio de estas facultades patrimoniales del deudor se sujeta al régimen de intervención, de modo que para la eficacia de sus decisiones se requiere la conformidad de los administradores concursales.

En relación a los efectos sobre los acreedores, tras la declaración de concurso, todos los acreedores quedan abocados a éste, formando e integrando la denominada masa pasiva.

Como consecuencia del surgimiento de la masa pasiva, y en razón de la universalidad del proceso, el juez competente para conocer del ejercicio de las acciones declarativas será el juez del concurso, debiendo abstenerse de tal conocimiento cualquier otro juez de los órdenes civil o laboral. Los procesos que se hubieran iniciado con anterioridad a la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia que se dicte, la cual vinculará al juez concursal. La misma regla deberá observarse respecto de los procedimientos arbitrales, pues continuarán hasta la firmeza del laudo. No obstante, las cláusulas compromisorias que vincularan al deudor quedan sin efecto tras la declaración de concurso.

Los acreedores no podrán iniciar ejecución alguna frente al deudor tras la declaración de concurso, debiendo sujetarse a este proceso.

#### **1.6. Colombia: Ley especial para insolvencia de persona natural**

La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén mecanismos legales para satisfacer colectivamente las reclamaciones y aliviar las cargas, cuando un deudor se ve en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones frente a sus acreedores. El sistema jurídico colombiano contempló los casos de quiebra o insolvencia para las personas jurídicas y comerciantes a través de la Ley 222 de 1995, la Ley 550 de 1999 y más recientemente a través de la Ley 1116 de 2006. Sin embargo, ninguna de estas normas tuvo en cuenta un régimen especial para las personas naturales no comerciantes.

Así las cosas, el legislador colombiano preocupado por la situación de insolvencia y con ocasión a la promulgación de la Ley 1564 de Julio de 2012 denominado Código General del Proceso, el cual rige gradualmente a partir del 1 de enero de 2014, introduce una norma o régimen concursal denominado “La Insolvencia de Persona Natural no Comerciante”.

Desde que se derogó la Ley 222 de 1.995, la cual la suplió la Ley 1116 de 2006, la persona natural no comerciante había quedado sin poder lograr reestructurar sus obligaciones con los acreedores, es decir hacía más de 12 años que la persona natural no tenía una ley concursal como sí la tiene hoy las personas naturales comerciantes y por supuesto las sociedades. En esta nueva ley, se refleja como antecedente una situación social y económica relevante en las personas naturales no comerciantes, y cuando se llega a la liquidación patrimonial, en la cual las obligaciones se convierten en obligaciones naturales, cambiándose el término a descargue de deuda con una situación jurídica, social y económica trascendental.

Así pues, conforme lo antes expuesto, la realidad impuso que fuera radicado en el Congreso de la República, un proyecto de ley que buscaba crear un régimen especial de insolvencia para personas naturales, el cual fue sancionado como ley el 25 de enero de 2010. La Ley 1380 de 2010, introdujo una serie de medidas aplicables a las personas naturales no comerciantes que se encuentren en estado de insolvencia, además de establecer un marco normativo que se encargará de proteger el crédito y recuperar las finanzas de las personas afectadas, así como la posibilidad de renegociar los créditos y compromisos con los acreedores, a través de la figura de la conciliación o trámite de negociación de deudas. Ley que fue sustituida por la Ley 1564 de 2012, pues se incluyó en el Código General del Proceso el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante.

Al mismo tiempo, la norma dispone de una serie de requisitos básicos para acceder al alivio económico, como son que el deudor tenga deudas vencidas con dos o más acreedores por un término superior a noventa días; que cursen en contra del deudor una o más demandas ejecutivas o de jurisdicción coactiva, y que las deudas representen por lo menos el 50% del total del pasivo del deudor. Una vez cumplidos los requisitos, la persona interesada podrá acudir a cualquier centro de conciliación, presentando una propuesta clara y concreta de cómo va a solucionar su crisis financiera, la cual, solamente se podrá presentar cada seis años. En caso de presentarse incumplimiento del acuerdo, el deudor no podrá utilizar esta herramienta de por vida, sin perjuicio de las sanciones penales pertinentes.

Estas nuevas medidas permitirán amparar a un gran número de deudores del país, que pese a tener la intención de pagar, no han tenido la posibilidad de cumplir con sus obligaciones con el sector público y financiero. Por tal razón es importante destacar que el nuevo procedimiento propuesto por la Ley 1380 de 2010 y sustituida en el Código General del Proceso, brinda a los ciudadanos nuevas alternativas de pago, situación loable en tanto que los procedimientos legales vigentes, que incluían los casos de insolvencia económica en el país, sólo contemplaban regímenes legales de insolvencia para personas jurídicas y comerciantes.



## **2. Capítulo. II: Justificación, aplicación de la norma y aspectos relevantes para el deudor y acreedor**

### **2.1. Insolvencia de persona natural no comerciante**

En una economía de mercado es esencial que existan libres transacciones en la circulación de mercancías y prestación de servicios, para ello es necesario la existencia de la moneda, pero indudablemente la presencia de esta en manos de los consumidores, que depende de su nivel de ingresos, así como también, el valor de la mercancía y de los servicios. Por ello, la economía de mercado requiere de la existencia del crédito, el cual, se pueden adquirir mercancías y servicios, cancelando su valor en plazo de tiempo determinado.

Así pues, las personas efectúan multiplicidad de transacciones comerciales, todas ellas dirigidas a satisfacer sus necesidades, para lograrlo celebran contratos con personas o empresas y en caso de carecer de liquidez acceden al crédito pues de esta manera consiguen bienes y servicios, obligándose a cumplir en los plazos pactados. En este proceso es normal el endeudamiento, y por lo tanto al excederse, con relación a su balance de ingresos y egresos, generan sobreendeudamiento y a la vez perjuicios en cada individuo, conduciéndolo finalmente a una imposibilidad de pago. Las personas se hacen insolventes o no pueden cumplir con la totalidad de sus obligaciones, posteriormente buscan corregir la insolvencia a través de diversas formas, siendo algunas de ellas inconvenientes o inadecuadas.

En la sociedad moderna consumista se presencia diversos contextos económicos, en los cuales, una persona natural no comerciante puede colocarse en situaciones financieras y económicas complejas, por la pérdida del empleo, el divorcio y liquidación patrimonial común, y frente al sobreendeudamiento no es capaz de solventar las deudas. Debe tenerse presente que se encuentran inmersos en una sociedad de consumo, en un mundo con políticas económicas y sociales de globalización y apertura de mercados, o de internacionalización de la comercialización, lo que ha inducido a los consumidores se conviertan en deudores en un ámbito excesivo del consumo, facilitándoles el acceso a estos nuevos mercados y aperturas con numerosos mecanismos de financiación

organizados claramente para ese cometido, formando un círculo definido en el “qué producción, crédito y consumo, están armoniosamente y directamente relacionados, y el deudor no puede controlar, es decir, se encuentra en crisis económica insuperable”. (Trujillo Betancur & Muñoz Yunda, 2014, pág. 11)

Así, la economía de mercado se basa en la división del trabajo y el intercambio generalizado, estableciéndose un circuito que parte de los organizadores de la producción (constituyendo empresas) produciendo bienes que ingresan en el torrente circulatorio para encontrarse en el mercado frente a consumidores que pagan esos objetos o mercancías con los diversos medios de pago autorizados, los ingresos provienen de la ubicación en ese circuito, bien como productores, comerciantes o trabajadores.

Cabe resaltar, que los productores ofertan bienes y servicios, y los consumidores concurren con dinero, obviamente, proviene de la ubicación en la división social del trabajo. Para fortalecer la producción y la circulación se hace imprescindible el crédito, siendo directo o indirecto, en este último caso se tienen intermediarios, como son las entidades financieras.

De tal forma, el circuito descrito se puede ubicar en el crédito, dentro de él, al deudor: el empresario, e comerciante y la persona natural, es evidente que el deudor, cualquiera que sea, puede asumir diferentes roles dentro de dicho recorrido, como son los de consumidor, trabajador y empresario. Incluso, puede asumir en una relación el de ser otorgante de crédito y en otro preceptor de crédito, por ejemplo, el industrial que solicita crédito para adquirir equipos y mejorar su producción, pero en otra relación con los comerciantes que adquieren sus productos, les otorga crédito para que paguen lo adquirido.

El objeto de la insolvencia de persona natural es aquella que no figura en el circuito ni como empresario u organizador de la producción, tampoco como comerciante, sino simplemente como un mero consumidor que dependen sus ingresos de su trabajo directo.

A partir de esta concepción amplia, entraría toda aquella persona que acude al mercado laboral y encuentra empleo, y también los pequeños productores autónomos (agricultores o de servicios barbería) que en su labor al factor principal es su propia fuerza de trabajo

o sus habilidades. La condición es que no ejecute actos de comercio propiamente dichos, esto es, que no sea organizador de la producción o de factores productivos de bienes o servicios, ni intervenga en la circulación como agente. El tema que se desarrolla es precisamente el régimen de insolvencia de la persona no comerciante.

En este sentido, la persona natural que se ampare en este tipo de régimen no debe ser comerciante. Por tanto, su actividad no debe estar dedicada a realizar actos de comercio.

Surge entonces el interrogante ¿Qué son actos de comercio? Esto se puede definir como los actos que tienen carácter mercantil por su propia índole e independientemente de la persona que los realice, es decir, aquellos actos que siempre serán considerados como actos de comercio independientemente de la persona que los ejecute y se encuentran enumerados en regulados en los Códigos de Comercio o Mercantil. También, puede verse como una actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, comercio es aquella actividad que el legislador reconoce como mercantil.

Para el Derecho mercantil se han dividido estos actos en actos objetivos y en actos subjetivos. Así entonces, los actos de comercio objetivos pueden consistir en la mera operación mercantil, como las operaciones de banco y las de cambio; como las empresas, como organización social y de capital que realiza actividad comercial, como las fábricas y construcciones; en obligaciones de los comerciantes, como en los casos del transporte de personas o cosas por tierra; en contratos mercantiles, como en el caso de compra y venta de un establecimiento de comercio; y en títulos, como la letra de cambio y el pagaré.

Desde el punto de vista subjetivo depende de la persona que realiza el acto. La comercialidad de un acto depende, en consecuencia, del sujeto que realiza el acto. Si el sujeto que la realizaba era comerciante, el acto se reputaba comercial. De ahí la denominación de subjetivo a ese sistema.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, la persona natural no debe realizar ningún acto objetivo de comercio, ni pretender realizar actos de comercio como profesión.

También, se debe señalar que una persona natural no comerciante se ha colocado en situación de insolvencia cuando tiene la imposibilidad de procurarse actualmente los fondos necesarios para hacer frente a las deudas exigibles, imposibilidad, por otra parte, independiente de la solvencia real del deudor.

En Colombia, la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL se anticipó y en diversas decisiones indicó que el Estado social de Derecho tiene el deber de proteger a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, sino que también se predica de los particulares este deber, es decir, el deber de solidaridad que le atañen a todas las personas, concluyendo la corte que además de incumplirse estos deberes, afectándose a su vez preceptos constitucionales y derechos fundamentales, deben ser protegidos por mecanismos que consagra la constitución como es la acción de tutela,

Concretamente, la sentencia T-358 (Sentencia T-358 , 2008), cuando trató un tema debidamente tutelado entre un deudor desplazado que había adquirido en un banco comercial un crédito de agricultor, para el cual este accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, libertad, debido proceso, porque la entidad bancaria no tuvo en cuenta la calidad de desplazado. Una persona natural también puede llegar a estar en situación de impago, por ejemplo, porque ha perdido su empleo o porque ha tenido un revés en su vida económica y entrar en cesación de pagos de sus obligaciones y encontrarse en debilidad manifiesta. En razón de ello se considera que al Estado Social de derecho y constitucional le corresponde entonces protegerlo a través de este régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante a las personas que se encuentran en esta situación de debilidad manifiesta, para que este procedimiento los favorezca y los beneficie tanto al acreedor como al deudor, y logren superar la crisis económica y se proteja el crédito del pago de las obligaciones, a través de un acuerdo de deuda más flexible por la situación que padece. (Trujillo Betancur & Muñoz Yunda, 2014)

Así las cosas, en virtud de que la insolvencia ha sido desarrollada como un supuesto necesario para el acceso al trámite de los procesos concursales, en Colombia estos procedimientos mercantiles han sido ajenos a las personas naturales no comerciantes e incluso en aplicarse han sido desastrosos; por ello, la CORTE CONSTITUCIONAL, en el marco del Estado Social Constitucional y en protección de derechos los fundamentales,

incitó al legislador para la elaboración y aprobación de una ley especial que estableciese un procedimiento particular para la persona natural no comerciante.

Se destaca que, en Colombia, la figura de insolvencia económica en general tiene sus orígenes en el ordenamiento jurídico en los años cuarenta con la expedición del decreto 750 de 1940 a través del cual el comerciante que se encontrará en deuda con sus acreedores debía informar al juez competente el estado de quiebra so pena de ser declarado culpable de la misma. Siendo menester establecer que este decreto posteriormente fue declarado inexecutable. (Goyes Bucheli, 2015) asimismo, este autor afirmó que:

“Esta norma impulsó la necesidad de regular todo lo relacionado con la insolvencia, de allí que se expidieran los decretos 2264 de 1969 y 350 de 1989. Sin embargo, siendo el legislativo consciente de la realidad social y económica que se generó no solo en Colombia sino en el mundo, expide en el año de 1995 la Ley 222 (Ley de Concordato), que establece el régimen de insolvencia dual y concursal” (2015),

Buscando con ello amparar no solo al empresario sino también a la persona natural no comerciante en aras de lograr una mejoría en la economía del país y un equilibrio social.

Esta norma permitió que las personas accedieran a la figura jurídica del concordato, a través de la cual los deudores podían bajo una misma cuerda procesal renegociar con sus acreedores la forma como inicialmente se encontraban pactadas sus deudas. Esta ley estuvo en vigor y con algunas situaciones extremas en su aplicación, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006 sobre el nuevo régimen de insolvencia.

El numeral 8° del artículo 3 de la ley 1116 de 2006 excluye a las personas naturales no comerciantes de los sujetos que pueden acceder al proceso de Insolvencia en Colombia; generando con ello un retroceso al viejo esquema y estableciendo exclusivamente como legitimado para acceder a este tipo de procedimientos al empresario, entendido este como único promotor de los negocios comerciales, dado el valor de su organización empresarial y el ser fuente generadora de empleo.

Debe acotarse que la denominada Ley de Concordato respondía a la problemática de crisis que significa la quiebra empresarial, pues no solo afecta a los acreedores y deudores,

sino que también afecta a personas, como a los trabajadores, el entorno familiar produciéndose un problema social (pobreza, desplazamiento, entre otros).

Frente a esa problemática de crisis y con el fin de aminorar sus efectos y reservar el funcionamiento económico y empresarial se han ideado diversas formas. En Colombia, con la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1080 de 1996 reforman el Código de Comercio, introduciendo un nuevo régimen societario y de procesos concursales, siendo el concordato el mecanismo legal que tiene por objeto a recuperación y conservación de la empresa como unidad de desenvolvimiento y desarrollo económico y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada de la institución del crédito.

### **2.1.1. El régimen de insolvencia de persona natural no comerciante**

En diversos ordenamientos (España, Venezuela, Chile, entre otros) se trata la insolvencia en común al comerciante y al no comerciante mediante el concurso de acreedores, partiendo de la base económica que la masa del patrimonio responde a los acreedores, e incluso se trató en Colombia de la misma forma según decretos 2264 de 1969 y 350 de 1989, que estableció la figura del concordato. Esta norma permitió que las personas accedieran a la figura jurídica del concordato, a través de la cual los deudores podían bajo una misma cuerda procesal renegociar con sus acreedores la forma como inicialmente se encontraban pactadas sus deudas. Esta ley estuvo en vigor y con algunas situaciones extremas en su aplicación, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006 nuevo régimen de insolvencia.

Bajo otra perspectiva, más de carácter social y entendiendo que en la economía deben manifestarse deberes de solidaridad, se ha ido creando un régimen que separa al comerciante del no comerciante, atendiendo básicamente a los roles que juegan cada uno en la estructura socio económica.

A nivel internacional la situación jurídica de los deudores no comerciantes empieza a discutirse desde el año 2001, cuando el Consejo de la Unión Europea expide la Resolución de 26 de noviembre de ese año, relativa al crédito y al sobreendeudamiento de los consumidores. De igual manera, las Naciones Unidas a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional en adelante CNUDMI del

cual hace parte Colombia como estado miembro, expide la Guía Legislativa, sobre regulación de insolvencia, , en donde se indica la necesidad que los Estados evalúen el tema de la situación de los llamados “deudores civiles”, siempre desde la óptica del reconocimiento de un *fresh start*. (2006)

Específicamente, en Colombia se ha realizado tal separación mediante leyes, así como lo ha sido, la ley 1116 de 2006 Régimen de Insolvencia Empresarial, ley 1380 de 2010 Régimen de Insolvencia Económica para la Persona Natural No Comerciante complementada posteriormente en el Código General del Proceso el Título IV del Capítulo I de la ley 1564 de 2012.

El régimen de insolvencia de Persona natural no comerciante es un procedimiento especial que se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico por el Título IV del Capítulo I de la ley 1564 (Código General del Proceso, 2012) y cuya finalidad es atender la situación de sobreendeudamiento de una persona que se caracteriza por no ser comerciante, otorgándole la oportunidad de renegociar sus deudas con los acreedores antes de que se inicien las respectivas acciones judiciales. Esta figura jurídica genera la posibilidad de que le deudor se reincorpore a las relaciones comerciales y financieras, impulsando la economía de país, de allí que la norma le reconozca tres alternativas a saber:

“i) Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias; ii) Convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores y iii) liquidar su patrimonio.” (Código General del Proceso, 2012)

Esta norma tiene como objetivo no solo incluir a las personas naturales no comerciantes nuevamente a la vida económica del país, sino que también pretende garantizar a los acreedores el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor. Es por esto que los efectos jurídicos que se derivan de la admisión del trámite de negociación de deudas son tan contundentes y van desde la suspensión inmediata de los procesos judiciales en contra del deudor hasta la nulidad del trámite del remate si se ha iniciado la actuación ante el centro de conciliación antes de la audiencia de remate.

La puesta en vigencia de un régimen jurídico especial, concebido únicamente para atender las situaciones de insolvencia de la persona natural que no ejerza la profesión de comerciante o realice actos objetivos de comercio en forma habitual, es producto del

convencimiento que en un Estado social de derecho y constitucional deben diferenciarse los roles en los casos de endeudamiento y la calidad de los sujetos. Se parte de la idea el comerciante debe asumir un procedimiento específico más estricto debido a que sus actos están precedidos de una especie de confianza pública. Es claro que el endeudamiento en uno y otro es diferente, en el comerciante el endeudamiento es fundamentalmente para la gestión de su negocio, sin excluir que puede incurrir en endeudamiento personal y familiar, en el caso de persona no comerciante su endeudamiento es para atender sus necesidades personales y familiares.

A través de este régimen consagrado en la Ley 1564 de 2012, específicamente en el Título IV, se permite que algunas personas que se encuentren dificultades económicas, para hacer frente a sus deudas, puedan renegociar o reestructurar sus obligaciones para evitar ser embargados.

En efecto, el artículo 531 de la citada ley, prevé que

“A través de los procedimientos previstos en el presente título, la persona natural no comerciante podrá:

1. Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias.
2. Convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores. 3. Liquidar su patrimonio.
3. Liquidar su patrimonio”. (Código General del Proceso, 2012)

Por su parte, el artículo 532 *ibídem*, preceptúa que los procedimientos contemplados en dicho título, sólo serán aplicables a las personas naturales no comerciantes.

De lo expuesto se desprende que las reglas señaladas no se aplicarán a las personas naturales no comerciantes que tengan la condición de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, cuya insolvencia se sujetará al régimen previsto en la ley 1116 de 2006. (2012)

## **2.2. La insolvencia empresarial. Requisitos y condiciones**

Las sociedades desde épocas antiguas, específicamente, cuando se generalizó el intercambio comercial ha tratado de regular en diversos aspectos las formas, las figuras o instituciones que han ido surgiendo, entre ellos, el crédito y la insolvencia que se presentan en las personas de comerciantes. En el derecho de obligaciones se estableció el



principio de que la masa de los bienes del deudor responde a los acreedores, principio que se aplicaba en todos los casos que había incumplimiento de las obligaciones. Pero, dada la condición especial del comerciante se creó un procedimiento especial para tramitar los casos de insolvencias en el ejercicio del comercio. No obstante, en muchas legislaciones se estableció el principio de unidad tanto para el comerciante como para y el no comerciante en los casos de sobreendeudamiento y presentase insolvencia. Por eso, es necesario esbozar brevemente los antecedentes de los procesos concursales, en el siguiente punto.

### **2.2.1. Antecedentes del procedimiento para insolvencia: procesos concursales**

Los regímenes concursales enmarcaban una filosofía meramente sancionatoria, porque cuando el deudor no cumplía con sus obligaciones se creía que este lo hacía por falta de buena fe en su actuar, de engañar a sus deudos. Con este concepto el derecho concursal de entonces no beneficiaba al deudor y producto a estas creencias surge un concepto concursal moderno, dejando a un lado la concepción sancionatoria del deudor insolvente, entendiendo que la situación de insolvencia era más un problema económico que una situación de mala fe o el deseo de defraudar al acreedor, como fue la figura romana de la *bonorum venditio* cuando el deudor entregaba sus bienes en cesión como pago, que además en la sociedad moderna produce efectos sociales nocivos. Conforme a lo expuesto se debe comprender que el desarrollo del derecho concursal para los siglos XX y XXI acarreó modificaciones estructurales en el marco económico y la intervención del Estado para regular la economía y ante los grandes desequilibrios económicos y carencia de regulaciones del mercado han ocurrido graves crisis mundiales con efectos muy perversos en el seno social.

El régimen de insolvencia ha estado presente en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace ya varias décadas. Esto ha permitido, además del estudio socio-económico de la estructura colombiana, una experiencia copilar opiniones y posturas a favor y en contra del régimen establecido, de allí se originado proyectos para mejorar el régimen de insolvencia, en la actualidad rige una normativa que separa la insolvencia empresarial o de comerciante y la de persona natural no comerciante, con miras a que los diversos

factores contribuyan al desarrollo del sistema económico colombiano en marcos de justicia social.

Para una mejor explicación, se expone lo dicho por (Vélez Cabrera, 2011), quien divide los antecedentes históricos en etapas así:

“Etapa peligrosista (1940-1969) El derecho de insolvencia contemporáneo colombiano nace con el desatamiento de la Segunda Guerra Mundial, la cual obliga al gobierno del presidente Eduardo Santos a pedir facultades extraordinarias para conjurar los efectos de la crisis mundial sobre la organización económica y fiscal del país”.

“Otorgadas las mismas, el gobierno expide el decreto 750 de 1940, una norma de claro talante punitivo, cuyos objetivos, en lo expresado por la comisión redactora fueron “dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota.” (2011)

Así mismo, en el texto citado, justifica la norma:

“Un clamor general de las cámaras de comercio, la desconfianza de los industriales y comerciantes de otros países para la provisión a crédito de mercancías y valores en Colombia, y el estado ya intolerable de burla y de sarcasmo que pregonan ciertas colonias de comercio minoritario (...) respecto de la ineficacia de nuestra ley para sancionas la connivencia, el dolo y el fraude organizados en beneficio familiar o de las mismas colonias.

(...) Lo cierto es que, por todas las razones equivocadas, este era un régimen bárbaro, casi medieval, donde el deudor quebrado tenía que afrontar un draconiano régimen de quiebra. En él se presumía la mala fe comercial y, como si fuera poco, se le hacía al comerciante quebrado parte automática de un proceso penal, donde el juez del concurso podía hasta decretar la detención preventiva del deudor y condenarlo penalmente si así lo considera.

No obstante, el decreto 750 de 1940 esbozo por primera vez la figura del concordato, llamado entonces resolutivo, que consistía en un acuerdo judicial entre el deudor y sus acreedores en representación de por lo menos el 80% del pasivo con el fin de resolver amigablemente la liquidación.

A pesar de que no funcionó y menos aún, de que no cumplió ninguno de los objetivos propuestos, el régimen estuvo en vigencia casi treinta años, hasta que la Corte Suprema de Justicia le dio un entierro de quinta, argumentando seis lustros después, que el decreto en mención era inconstitucional porque el gobierno había excedido las facultades otorgadas por el legislador”. (Vélez Cabrera, 2011)

Como se puede observar, de lo expuesto por Vélez, esta etapa la concepción era fundamentalmente de carácter persecutorio, propio del fundamento del individualismo del sistema, que perseguía amparar la libre empresa y el funcionamiento del modelo capitalista. Indudablemente que en Colombia no funcionó porque su economía estaba sometida a fuertes presiones internas por la lucha política y además en el seno social existían profundas desigualdades.

Para la etapa intervencionista: (1969-1990). La gran confrontación mundial del sistema capitalista y sistema socialista, dieron pie para surgiesen teorías explicativas del estado de subdesarrollo de América Latina, surgiendo tesis de la intervención del Estado para regularas relaciones de mercado. Entre ellas la idea de controlar las relaciones internacionales de intercambio a través de las políticas de cierre de frontera y medidas arancelarias. Esta etapa se denomina intervencionista, precisamente, por la intervención del Estado en la economía y por creación de empresas estatales y de configuración de un modelo de economía mixta para el país.

Dice VELEZ los años sesenta marcaron la cúspide del intervencionismo de Estado en Latinoamérica donde casi todas las naciones, y Colombia no fue la excepción, implementaron el modelo de sustitución de importaciones como motor de desarrollo (2011).

Igualmente, la superintendencia de sociedades, respecto de este punto, afirmó lo siguiente:

“Ante el grave vacío legal generado por la Corte Suprema de Justicia, que dejo al país sin régimen de quiebras, el gobierno de Carlos Lleras Restrepo aprovecho la oportunidad para tramitar una nueva ley de facultades que le permitió expedir de urgencia el decreto 2264 de 1969, para lo cual se vio obligado a desempolvar el Título 1° del libro VI del Proyecto de Código de Comercio de 1958.

De corta vigencia, porque su derogatoria estaba ya anunciada por los trabajos de la comisión redactora de lo que sería el Código de Comercio de 1971, el 2264 introdujo dos figuras novedosas: el concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio. Como afirma Reyes Villamizar, este desarrollo legislativo resultó trascendental incorporación de un sistema jurídico de insolvencia ajustado de manera más firme al entorno nacional.

Los dos tipos de concordatos se presentan por primera vez como mecanismos claramente recuperatorios de la empresa. El primero, mediante trámite judicial, que buscaba lo que hoy se conocería como una restructuración. El segundo, para empresas cuyo tamaño y capacidad de generación de empleo que pudiesen por su naturaleza impactar el orden público económico, se determinó un trámite similar al anterior, pero bajo la tutela de una entidad administrativa, en reemplazo del juez del circuito y en un claro reconocimiento, desde entonces, de la incapacidad de la justicia ordinaria para avocar complejos procesos mercantiles.

De todas formas, se mantuvo el sesgo punitivo del régimen concursal de 1940 y si acaso se hizo aún más explícito con la introducción de una tipología penal completa, seguramente con la idea de disuadir al comerciante de incurrir en actos de mala fe, lo cual no evitó fraudes, pero si forzó a muchos empresarios, no de mala fe sino de mala suerte, al exilio o al suicidio.

“Esta materia de los Procedimientos Concursales”, escribiría Devis, “es una de las que con mayor urgencia reclama, en Colombia una urgente y sustancial reforma, pues se tiene un estatuto que a pesar de haberse expedido en 1972 es obsoleto en su criterio, vacío de disposiciones que impidan que su utilicen por los deudores como negocio estúpido a costa de los legítimos derechos de sus acreedores y otras veces por éstos como injusto instrumento de venganzas personas y hasta extorciones y chantajes contra deudores que están en capacidad de atender no solamente los créditos de quien así demanda la quiebra o el concurso, sino de todos los acreedores”.

En 1982 estalló la primera gran crisis económica de la posguerra que arrasó al sector financiero colombiano y de paso puso a tambalear a gigantes del sector real, como las textileras antioqueñas. La crisis, que no llegó a ser abismal como en otros países latinoamericanos, logró ser controlada con un severo plan de ajuste. No obstante, una de sus muchas consecuencias fue la confirmación de que el marco concursal existente desde 1971 era patentemente ineficaz para lidiar con situaciones de riesgo sistémico en la economía.

El gobierno liberal de Virgilio Barco inició la ola de reformas que llevarían en 1991 a la promulgación de una nueva constitución y una de ellas, celebrada tan solo por los iniciados, fue el decreto 350 de 1989, que abrió un nuevo horizonte al derecho concursal colombiano.

El trámite de la iniciativa vale la pena mencionarlo porque esta vez no fue, como en el pasado, la obra de un notable jurista, el doctor Antonio Rocha en 1940, o el doctor Gabino Pinzón en 1958, o los miembros de la comisión redactora del código de 1971. El anteproyecto de trabajo sobre el cual hicieron aportes los miembros de una subcomisión nombrada para tales efectos, compuesta por académicos de la talla de Narváez, Monroy Cabra y Devis Echandía, fue redactado exclusivamente y al seno de la Superintendencia de Sociedades, siendo esto una confirmación del papel preponderante que ya para entonces había adquirido la entidad en materia de insolvencia.

Tal vez la innovación más importante de la propuesta, aunque la menos mencionada por la doctrina colombiana, que suele engolosinarse con las modificaciones al inciso y al término, fue la dotar por primera vez al derecho de insolvencia nacional de un propósito explícito.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que el decreto 350 de 1989 solamente derogó el Título 1° del Libro VI del Código de Comercio, dejando el Título 2°, el de la quiebra, intacto”. (Revista de Superintendencia de Sociedades, 2011)

En realidad, esta es una etapa de vaivenes ideológicos fuertemente influenciada por la crisis política y económica, no existiendo un modelo económico-social al cual propender y que conllevara reformas jurídicas que sustentaran tal modelo.

No obstante, debe indicarse que en etapa permitió la “evolución de la disciplina de los concursos”, de la cual, con base a las experiencias anteriores, dio bases para la última etapa. Por ello, (Vélez Cabrera), afirma:

“Etapa Aperturista: (1990) Inicia con la promulgación de la Constitución Política de Colombia, y con el ajuste que tiene el ordenamiento jurídico, a los principios de la nueva constitución, expidiéndose así la Ley 222 de 1995 (Vélez, 2011). Frente a esta norma, Rodríguez (2007) hace las siguientes apreciaciones:

“Lo que sería la ley 222 empezó con grandes bríos reformistas y a pesar de su innegable avance material lo cierto es que las innovaciones más audaces, como por ejemplo la unificación del régimen de la sociedad civil y comercial, se quedó en el camino debido a la precaria situación política que afrontaba el gobierno de turno y al creciente poder los grupos empresariales sobre los cuales recostaba buena parte de su apoyo.

Sin embargo, en materia concursal, una pieza clave de la iniciativa se lograron importantes cambios. Se unificó, por ejemplo, el concurso aplicable a todos los deudores, iniciando el tránsito del mismo hacía uno de dos caminos posibles, la recuperación de la empresa o la liquidación obligatoria, además se profesionalizaron los especialistas concursales, es decir los liquidadores y los contralores, y se despenalizó la quiebra.

Así fue, tal vez, pero no fue suficiente. La crisis económica que empezó en 1998 fue la más violenta y aguda sufrida por el país desde la Gran Depresión de los años treinta. Siguiendo el patrón que se repetiría internacionalmente en los siguientes años, la crisis se inició con una burbuja crediticia que llevó a otra inmobiliaria que explotó por una crisis política de confianza y que condujo a la insolvencia del sector financiero, la cual a su vez generó un colapso del sector real. En otras palabras, una crisis sistémica de libro de texto, que en Colombia se vio profundizada por la infinita torpeza del Banco de la República que actuó como un bombero con lanzallamas al aumentar, en vez de disminuir, las tasas de interés.” (2011)

Fue rápidamente evidente que las normas introducidas en 1995 resultaban insuficientes para afrontar una situación de colapso generalizado de la economía. A pesar de su notable avance, la Ley 222 ofrecía un proceso de salvamento empresarial excesivamente rígido y formal, quizás útil en circunstancias de normalidad, pero paquidérmico cuando se trataba de tramitar centenares de insolvencias al mismo tiempo.

La respuesta al problema estuvo a la mano ya que la crisis asiática, precursora de la colombiana, había puesto en la agenda mundial la necesidad de una revisión de los regímenes de insolvencia. La característica esencial de este nuevo enfoque estaba centrada sobre la naturaleza sistémica del riesgo, es decir sobre la posibilidad de contagio de la crisis empresarial sobre el resto de la economía.

Siendo así, que la Ley 550 de 1999 se expidió en un tiempo récord de tres meses en circunstancias cada vez más apremiantes. Aunque severamente criticada por los abogados adictos al formol de los códigos decimonónicos la 550 ha sido, por mucho, la norma concursal más utilizada y más efectiva, en términos de empresas recuperadas, de la historia nacional.

Por primera vez desjudicializó por completo el proceso recuperatorio creando lo que llamó un “acuerdo de restructuración” celebrado entre los acreedores externos y los internos con la colaboración de un promotor, figura novedosa que ha sido descrita como

la de “un particular con funciones de mediador informado”<sup>16</sup>. El proceso de liquidación, por su parte, se mantuvo prácticamente inalterado en los términos de la Ley 222.

La Superintendencia de Sociedades, por su parte acrecentó sus funciones al verse encargada de resolver a través del proceso verbal sumario las acciones accesorias a la insolvencia en lo que debe ser la utilización más ambiciosa de las facultades constitucionales del artículo 116 por parte de una entidad administrativa.

No obstante, su indiscutible éxito, la Ley 550 se había concebido desde el principio como una norma temporal diseñada para conjurar la crisis sistémica y por lo tanto su vigencia de cinco años, prorrogada por dos más, finiquito para las sociedades mercantiles en 2007.

Su reemplazo fue la Ley 1116 de 2006 cuyo alcance no vale la pena abordar porque aquí se precisa extensamente en esta compilación. Se trata del “estado del arte” en materia concursal, una norma base de 126 artículos que condensa las experiencias de 66 años de derecho concursal moderno. Su alcance, más ambicioso que las demás, incluye la reorganización y la liquidación judicial, la validación judicial de acuerdos privados y la insolvencia transfronteriza.

Como parte integral de la misma se debe también mencionar la modificación impulsada en la Ley 1429 de 2010, la cual tuvo como propósito hacer más flexible, más económico y más rápido el trámite concursal, lo cual se logró ampliamente.

Pero, además, la norma ha sido objeto de diez decretos reglamentarios, entre ellos uno que se compila por primera vez en este libro, el de insolvencia de grupos empresariales que coloca a Colombia, a la fecha de escribir estas líneas, como el primer país del mundo en incorporar a su legislación los estándares internacionales promovidos por el Banco Mundial en esta materia”.

Debe aclararse que la Ley 1116 de 2006 las personas naturales no comerciantes, quedaron sin régimen de insolvencia aplicable, debido a que esta ley en su artículo 3 numeral 8, de manera expresa los excluyó. Por lo que la CORTE CONSTITUCIONAL a través de sentencia C 699-07, exhortó al Congreso de la República para que expidiera un régimen aplicable a las personas naturales no comerciantes, expidiéndose así la Ley 1380

de 2010 declarada inexecutable a través de la sentencia C-685-11, por haberse encontrado vicios de procedimiento, dejando sin protección a las personas naturales no comerciantes, hasta la expedición del Código General del Proceso Ley 1564 de (2012) en la cual se incluye el procedimiento de negociación de deudas, aplicable a personas naturales no comerciantes. (Garzón Niño, 2015)

Se observa en este punto, que en el proceso evolutivo del instituto de la insolvencia se va mutando la concepción ideológica, de forma que va penetrando una visión desde el Estado Social de derecho y constitucional, que exige el establecimiento de procedimientos cónsonos con esa concepción. Dos aspectos importantes, hay que resaltar, el primero, se prescinde de la visión sancionatoria manteniéndose el principio constitucional (1991) de la presunción de buena fe, y segundo lugar, se establecen como diferentes a los que ejercen la profesión de comerciantes y quienes no lo son.

### **2.2.2. Procedimiento de insolvencia empresarial en Colombia**

Se aprecia oportuno describir la norma que hace referencia a la insolvencia empresarial y los requisitos, que debe llenar específicamente el comerciante que se vea urgido por crisis económica transitoria y acuda a someterse a la aplicación de la norma la cual le trae beneficios, debe dejarse claro que existe una diferencia conceptual frente a la insolvencia de persona natural no comerciante. Es necesario comprender las nociones aplicables entre los regímenes de insolvencia de comerciante o no comerciante, para poder diferenciar si es régimen empresarial o régimen enfocado a la persona natural no comerciante. (Duran Mantilla, 2013)

Conforme al artículo 1º de la Ley 116 de 2006 que establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia, tiene por objeto principal la protección de un crédito u obligación, de una empresa factible como una unidad de explotación económica que se ubica en el circuito estructural de la economía nacional y como fuente generadora de empleo. (2006)

Esta normatividad se encuentra concebida para las empresas que se encuentran en crisis económica transitoria, que pueden o podrán ser ejecutadas, teniendo la alternativa

de ser sometidas a una reorganización financiera para identificar, las causas por las cuales fueron amparadas en este régimen de insolvencia empresarial.

Al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 1116 2006 el ámbito de aplicación es el siguiente: estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. Debe correlacionarse esta norma con el artículo 3 que excluye a personas y entidades las cuales no están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la ley de insolvencia empresarial.

Del estudio de las normas antes citada, se desprende que los mecanismos concursales en sus dos modalidades: reorganización empresarial y liquidación judicial de que trata la mencionada ley, sólo se aplicarían a comerciantes, o en general, a sujetos que desarrollen una actividad empresarial.

La Ley 1116 de 2006, en la alternativa de la reorganización se establecen los procedimientos que buscan como finalidad básica la de permitir a la parte deudora explorar soluciones proactivas para poder vencer dichas dificultades de carácter financiero y pueda satisfacer o renovar todas sus obligaciones empresariales, y prorrogue su gestión de negocios en el mercado y frente a otras empresas. Se trata de establecer varias alternativas de solución entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de asociación estratégica con otro inversor mediante la venta de acciones y continuar el giro de sus actividades. De no darse esta posibilidad se abrirá un procedimiento por parte del acreedor o los acreedores y se señalará un proceso de incumplimiento por parte del deudor y se dará la apertura a la liquidación judicial.

Si el deudor llegara a la etapa de liquidación judicial, es decir por medio de sentencia proferida por un juez competente, el cual es el juez civil del circuito, en donde se encuentre domiciliado el deudor, quien ordena poner fin a la actividad comercial de la empresa, procediendo a la liquidación de los activos para transformarlos en dinero, a través de la modalidad de venta directa a algún interesado, o como segunda opción por medio de subasta privada entre los ofertantes que se hayan inscrito para concretar el



negocio jurídico. En caso de fallar algunas de estas dos disposiciones se podrá celebrar un acuerdo que justifique una adjudicación de acuerdo con los acreedores aplicando la modalidad de créditos para cumplir con la obligación hasta concluirla o como segunda opción se procederá por medio de sentencia a entregar los bienes provisionalmente a los acreedores.

De otra parte, se observa que la solicitud de admisión a un proceso de reorganización empresarial regulado por la Ley 1116 de 2006 en su artículo 11, puede ser formulada por el deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la superintendencia que ejerza la supervisión sobre el respectivo deudor o actividad.

En la situación de pago inminente, inicialmente deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios.

No obstante lo anterior, es de advertir, de una parte, que a la solicitud respectiva se le debe anexar no solamente los documentos de que trata el artículo 13 (2010), sino aquellos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 10º *eiusdem*, normas que fueron modificadas por la Ley 1429 de 2010, cuyas reformas deberán tenerse en cuenta al formular la respectiva petición, y de otra, que la solicitud de admisión al proceso de reorganización empresarial, podrá hacerse directamente o a través de abogado y supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, del artículo 9, que podrá ser solicitada en ambos casos por el deudor o por uno o varios acreedores incumplidos en el primer supuesto, y por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios, en el segundo supuesto.

De tal forma que las personas que pueden solicitar el procedimiento previsto en la Ley, esto es, que tienen legitimación son:

- “1. Personas naturales comerciantes.
2. Personas jurídicas no excluidas, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional de carácter privado o mixto.

3. Sucursales de sociedades extranjeras que tengan actividad comercial en Colombia.
4. Patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno nacional.” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Como se señaló en párrafos atrás, acorde artículo 3º, hay personas jurídicas y entidades que no están legitimadas a ingresar al régimen de insolvencia:

“1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud EPS;

2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias;

3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad;

4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito;

5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial;

6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.

7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.

8. Las personas naturales no comerciantes.

9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

En cuanto a la competencia para conocer de los procedimientos de insolvencia empresarial, acorde al artículo 6º, se establece que tiene competencia para conocer:

“1) La Superintendencia de Sociedades: en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes. Se agrega que haciendo uso de la atribución otorgada por la Ley 1116 de 2006, el gobierno nacional, mediante Decreto No. 2179 del 12 de junio de 2007, delegó en las intendencias regionales de la Superintendencia de Sociedades atribuciones necesarias para conocer de estos procesos.

Como se puede apreciar la Superintendencia de Sociedades, a pesar de ser una autoridad administrativa, ejerce funciones jurisdiccionales de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Política Colombiana (Constitución), no solo sobre todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, sino también, a prevención, sobre las personas naturales comerciantes, funciones estas que son excepcionales, limitadas y restrictivas, en tanto que los Jueces Civiles del Circuito en los demás casos no excluidos del proceso, es decir, sobre las asociaciones, corporaciones, fundaciones, así como de los patrimonios autónomos.

2) El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor: en los demás casos, no excluidos del proceso. Personas naturales comerciantes que lo soliciten y los demás casos no excluidos del régimen.” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Debe advertirse que hay posibilidad prevista en la Ley de iniciación del procedimiento concursal oficiosamente, tanto por la superintendencia de sociedades como por el Juez de Circuito, lo cual está previsto en el artículo 15 disponiendo que:

“La Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización en los siguientes eventos:

1. Cuando una sociedad comercial sometida a su vigilancia o control incurra en la cesación de pagos prevista en la presente ley.
2. Como consecuencia de la solicitud expresa de otra autoridad que adelante funciones de inspección y vigilancia de empresas, cuando se cumpla el supuesto de cesación de pagos previsto en esta ley.
3. Cuando con ocasión del proceso de insolvencia de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado, la situación económica de la sociedad matriz o controlante, filial o subsidiaria, o de otro patrimonio autónomo, provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas.

PARÁGRAFO 1o. El Juez Civil del Circuito podrá iniciar de manera oficiosa el proceso de reorganización en el evento establecido en el numeral 2 del presente artículo.

PARÁGRAFO 2o. Para la iniciación oficiosa del proceso de reorganización, el Juez del Concurso requerirá al deudor en los términos establecidos por el artículo anterior de la presente ley.” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

La Ley que regula el régimen de insolvencia empresarial establece un conjunto de requisitos para acudir a este procedimiento y que pueda ser admitido por el órgano competente.

En primer lugar, debe el comerciante o empresario estar en una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, como lo establece, el artículo 9, en el que están los elementos como supuestos para la admisión de la solicitud.

También, la (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006), respecto de cuando procede la cesación del pago:

“Cesación de pagos: El deudor estará en cesación de pagos cuando: Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la ley.” (Ley 1116, 2006)

En la delimitación que hace la ley de la cesación de pagos, se percibe que está sometido a elementos fácticos concretos: tiempo, pluralidad de obligaciones vencidas o alternativamente demandas de ejecución y tales obligaciones deben ser superiores al 10% del pasivo total del deudor. Tal se observa, de tales hechos fácticos concurrentes se infiere una presunción de cesación de pagos, lo que significa que debe acreditarse tales elementos para que el juez realice la aplicación presuntiva y concrete la norma.

Con respecto a la incapacidad de pago inminente, el deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

Esta circunstancia está sometida en cierto sentido a la discrecionalidad dado el caso que es que hay posibilidad real y futuro inmediato de incapacidad de pago. No obstante, deben aportarse elementos fácticos circunstanciales que permitan con base a la experiencia que ellos concurren para definir o presumir incapacidad de pago inminente, obviamente tomando en cuenta los parámetros legales de la contabilidad, el giro financiero de la empresa y las condiciones actuales e inmediatas del mercado.

Además de estos presupuestos, que se señalaron como presupuestos procesales exigidos por la ley, por tanto, para que sea válido el proceso concursal se requiere el cumplimiento de ellos, en efecto el artículo 10 exige adicional los siguientes:

“Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse acompañada de los documentos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.
2. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.
3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.” (Ley de Formalización y Generación de Empleo, 2010)

Las obligaciones que por estos conceptos se causen durante el proceso, así como las facilidades de pago convenidas con antelación al inicio del proceso de reorganización serán pagadas de preferencia, inclusive sobre los demás gastos de administración.

Al igual que en una demanda se exige el acompañamiento del instrumento fundamental que sustenta la pretensión, además de formular la oferta probatoria, la ley 1116 de 2006 sobre la insolvencia del comerciante que se está comentando, exige que la solicitud se acompañe de un conjunto de documentos y prueba, aunque sea sumaria.

El artículo 13, efectivamente, exige que la solicitud debe ser acompañada de un conjunto de elementos que acrediten la situación de insolvencia, donde se acredite los estados financieros para establecer los activos y pasivos a la fecha de presentación de la solicitud, así como aportar un plan de negocios de reorganización del deudor que lleven a superar el estado de crisis financiera que presenta el solicitante. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Además, en el párrafo único exige una prueba anticipada que demuestre que existen obligaciones vencidas o indicios razonables que configuren la situación de incapacidad para atender las obligaciones.

Concretamente el párrafo dispone:

“Cuando la solicitud se presente por los acreedores se deberá acreditar mediante prueba siquiera sumaria la existencia, cuantía y fecha desde la cual están vencidas las obligaciones a cargo del deudor, o la existencia de los supuestos que configuran la incapacidad de pago inminente”. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

La solicitud respectiva se le debe anexar no solamente los documentos de que trata el artículo 13 citado, sino aquellos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 10º, normas que fueron modificadas por la Ley 1429 de 2010, cuyas reformas deberán tenerse en cuenta al formular la respectiva petición, y de otra, que la solicitud de admisión al proceso de reorganización empresarial, podrá hacerse directamente o a través de abogado y supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, que podrá ser solicitada en ambos casos por el deudor o por uno o varios acreedores incumplidos en el primer supuesto, y por un número plural de

acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios, en el segundo supuesto.

Se analiza que, la Ley prevé la ineficacia de algunas estipulaciones, según se establece:

“ARTÍCULO 16. INEFICACIA DE ESTIPULACIONES CONTRACTUALES: Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, 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 deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias”. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

La ley sigue la tendencia de determinar en algunos contratos, especialmente los de préstamos, como cláusulas abusivas aquellas que niegan posibilidad de defensa o restringen sus derechos. A manera de ejemplo comparativo, se cita de España la LCDGU, de 16 de noviembre de 2007, que define las cláusulas abusivas, en el artículo 82, de la siguiente forma:

"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". (Real Decreto Legislativo 1, 2007)

Así pues, el legislador colombiano decidió que la presencia de algunas cláusulas que disminuyesen los derechos del deudor, debía estar incursas en ineficacia absoluta.

También prevé la norma citada la actuación oficiosa en caso de que las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas por el juez del concurso.

El conecedor del procedimiento deberá verificar si se cumplen los presupuestos de admisión, puesto que si no se cumplen debe inadmitir, salvo que vea que los elementos presentados son insuficientes, en cuyo caso, notificará al solicitante para que en plazo de 10 días cumpla o informe adecuadamente sobre estos aspectos, tal como lo dispone el artículo 14 de la Ley.

Así las cosas, el inicio de un proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de las siguientes situaciones:

1. Cesación de pagos.
2. Incapacidad de pago inminente.

La solicitud para que se admita el procedimiento de reorganización produce unos efectos contra el deudor, los cuales se establecen en el artículo 17, de la siguiente manera:

“A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o facultan al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”. (Ley 1116, 2006)

Se indica que conforme a lo dispuesto en el citado artículo en parágrafos adicionales el deudor debe cesar su actividad de disposición de los bienes, salvo podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores. De manera que, cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores.

La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

En general, la solicitud del procedimiento produce los siguientes efectos, acorde con el artículo 20:

“ARTÍCULO 20. NUEVOS PROCESOS DE EJECUCIÓN Y PROCESOS DE EJECUCIÓN EN CURSO. A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como

objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada”. (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Obviamente, la previsión legal de los efectos que debe producir el inicio de reorganización, es hacer cesar las diferentes acciones judiciales de los acreedores para que se cumpla la finalidad perseguida por la ley de mantener el equilibrio económico y que pueda seguir la empresa en funcionamiento y no produzca efectos perversos en la economía y en la sociedad.

Hay un plazo para presentar el acuerdo de reorganización, de manera que su no presentación produce consecuencias desfavorables para el deudor, idénticas, si no es confirmado por el juez, en efecto, prevé el artículo 37, que vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización sin que este hubiere solo presentado o no confirmado el mismo, el juez proferirá auto en que se adoptarán las siguientes decisiones:

- “1. Se designará liquidador, a menos que el proceso de reorganización se hubiere adelantado con promotor, caso en el cual hará las veces de liquidador.
2. Se fijará el plazo para la presentación del inventario valorado, y
3. Se ordenará la actualización de los gastos causados durante el proceso de reorganización. (...)” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

La ley regula un conjunto de condiciones para dar validez al acuerdo de reorganización, entre ellos se tienen:

- “1. Término para celebrarlo: No superior a 4 meses, de acuerdo con lo dispuesto en la providencia de reconocimiento de créditos, prorrogable por 2 meses más.
2. Aprobación del acuerdo de reorganización: Debe contar con el voto favorable de un número plural de acreedores que represente por lo menos la mayoría absoluta de los votos admitidos, para lo cual la ley fija unas reglas específicas.
3. Confirmación del acuerdo: previamente se realiza una audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización, la confirmación se produce luego de que el juez verifica la legalidad del contenido del acuerdo.” (Superintendencia de sociedades, 2015)

El acta del acuerdo de reorganización que haya sido confirmado por el tribunal debe ser registrada, esta circunstancia la estipula el artículo 36 en los siguientes términos: El Juez del concurso, en la providencia de confirmación del acuerdo de reorganización o de adjudicación, ordenará a las autoridades o entidades correspondientes la inscripción de la



misma, junto con la parte pertinente del acta que contenga el acuerdo. En la misma providencia ordenará el levantamiento de las medidas cautelares vigentes, salvo que el acuerdo haya dispuesto otra cosa. Y citando el tenor de la norma, (Ley 1116)

“Cuando el mismo tenga por objeto transferir, modificar, limitar el dominio u otro derecho real sobre bienes sujetos a registro, constituir gravámenes o cancelarlos, ordenará la inscripción de la parte pertinente del acta en el correspondiente registro, no siendo necesario el otorgamiento previo de ningún documento.” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Es necesario este registro para la misma operatividad de las restricciones a las facultades dispositivas del deudor sobre sus bienes, además para cumplir la función de garantía de los acreedores que han convenido el acuerdo.

Debe señalarse que puede ocurrir que termine el acuerdo de reorganización, estableciendo la ley en su artículo 45 las causas, de este modo: El acuerdo de reorganización terminará en cualquiera de los siguientes eventos:

- “1. Por el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo.
2. Si ocurre un evento de incumplimiento no subsanado en audiencia.
3. Por la no atención oportuna en el pago de las mesadas pensionales o aportes al sistema de seguridad social y demás gastos de administración.” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Para tal efecto debe convocarse una audiencia de incumplimiento, la cual está prevista en el artículo 46, Si algún acreedor o el deudor denuncia el incumplimiento del acuerdo de reorganización o de los gastos de administración, el Juez del concurso verificará dicha situación y en caso de encontrarlo acreditado, requerirá al promotor para que, dentro de un término no superior a un (1) mes, actualice la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestione las posibles alternativas de solución y presente al Juez del concurso el resultado de sus diligencias.

Ahora bien, el incumplimiento situaciones prevista en la ley, se entrará en proceso de liquidación judicial, conforme el artículo 47, que prevé que el proceso de liquidación judicial se iniciará por:

- “1.- Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999.
- 2.- Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en el artículo 49 *eiusdem*, a saber:

- Cuando el deudor lo solicite directamente, o cuando incumpla su obligación de entregar oportunamente la documentación requerida, como consecuencia de la solicitud a un proceso de insolvencia por parte de un acreedor.
- Cuando el deudor abandone sus negocios.
- Por solicitud de la autoridad que vigile o controle a la respectiva empresa.
- Por decisión motivada de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso de reorganización, o cuando el deudor no actualice el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto requerida en la providencia de inicio del proceso de reorganización.
- A petición conjunta del deudor y de un número plural de acreedores titular de no menos del cincuenta por ciento (50%) del pasivo externo.
- Solicitud expresa del inicio del trámite del proceso de liquidación judicial por parte de una autoridad o representante extranjero.
- Tener obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses.” (Ley 1116, 2006)

Ahora bien, el inicio del proceso de liquidación judicial de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos, conforme a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 49 de la ley en análisis, cuya solicitud de inicio del proceso por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá venir acompañada de los documentos a que alude el parágrafo segundo de la norma en mención. (...)” (2006)

En resumen, el inicio de liquidación judicial se hará, según el artículo 47, por:

- “1. Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999.
2. Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la presente ley.
3. La terminación de los contratos de trabajo,
4. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes.” (2006)

El inicio del procedimiento de liquidación judicial conlleva un conjunto de efectos, los cuales están previstos en el artículo 50 de la Ley, entre los más importantes están: La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

- “1. La disolución de la persona jurídica,
2. La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere.

3. La separación de todos los administradores.
4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos.
5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo.” (2006)

Si bien es cierto, hay unos efectos de carácter procesal, por ejemplo, suspende la caducidad que tengan prevista las acciones a favor de los acreedores, entendiéndolo como el plazo que se tiene para acudir a ejercer el derecho de acción ante el órgano judicial.

Respecto a las medidas cautelares dictadas por juez competente en el proceso de liquidación judicial según el artículo 54 de la Ley, se dispone que las medidas cautelares practicadas y decretadas sobre bienes del deudor, continuarán vigentes y deberán inscribirse a órdenes del juez del proceso de liquidación judicial. (2006). En este sentido se satisfacen las finalidades de las medidas cautelares de carácter preservativo y asegurativo.

Se debe aclarar que, hay unos bienes que estén en manos del deudor en liquidación que están excluidos del patrimonio a liquidar, en efecto regula el artículo 55, lo relativo a los bienes excluidos, los cuales son:

- “1. Las mercancías que tenga el deudor en su poder a título de comisión.
2. Los títulos de crédito entregados al deudor para su cobranza y los que haya adquirido por cuenta de otro, siempre y cuando estén emitidos o endosados directamente a favor del comitente.
3. El dinero remitido al deudor fuera de cuenta corriente, en desarrollo de una comisión o mandato del comitente o mandante.
4. Las mercancías que el deudor haya adquirido al fiado, mientras no se haya producido su entrega.
5. Los bienes que tenga el deudor en calidad de depositario.
6. Las prestaciones que por cuenta ajena estén debiendo al deudor a la fecha de la apertura del proceso, de proceso de liquidación judicial, si del hecho hubiere por lo menos un principio de prueba.
7. Los documentos que estén en poder del deudor, siempre que los hubiere recibido por cuenta de un comitente, aun cuando no estén otorgados a favor de este.
8. En general, las especies que, aun encontrándose en poder del deudor, pertenezcan a otra persona, para lo cual deberá acreditar prueba suficiente.
9. Los bienes inmuebles destinados a vivienda respecto de los cuales el deudor hubiere otorgado la escritura pública de venta que no estuviere registrada. En atención a esa

circunstancia, el juez del concurso, previa solicitud del adquirente, dispondrá el levantamiento de la cautela que recaiga sobre el inmueble, a fin de facilitar la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.” (2006)

El proceso de liquidación judicial podrá concluir, de acuerdo lo estatuye el artículo 68, por las siguientes causales:

- “1. Ejecutoriada la providencia de adjudicación de bienes;
2. Por la celebración de un acuerdo de reorganización.

Acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación judicial.” (2006)

El liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará a una audiencia. A este acuerdo, le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas en la ley para el acuerdo de reorganización.

De este modo, las dos figuras jurídicas, donde tienen un cierto grado de similitud es decir que, en primera medida para los dos grupos, de insolvencia es determinar la identificación de las partes de litigio, como lo son el acreedor quien es el beneficiario de la obligación, y el deudor quien es aquel sujeto sobre quien recae la responsabilidad de la obligación contraída.

Se evidencia, que es un elemento muy importante dentro ordenamiento jurídico de insolvencia en el cual se denomina la cesión de pagos, en donde la insolvencia empresarial o de insolvencia de la persona natural las dos manejan un mismo término para de incumplimiento, es decir dicho término comparte una igualdad en días posterior a noventa días calendario (90) en un dicho de dos o más obligaciones crediticias en favor de distintos acreedores por el cual en el desarrollo de esta actividad legal si ya el ley de insolvencia, deudor tiene en su contra, dos demandas ejecutivas que por la parte activa sea el acreedor cuyas pretensiones consideren el pago de la obligación contraída.

Un tercer contexto que lleva el régimen de insolvencia, es que la ley aplicable al caso se encuentra un elemento que hace que exista la posibilidad entre las partes deudor y acreedor de llegar una negociación sobre ellas o buscar nuevas rutas, o parámetros alternos para poder llegar a un acuerdo, y por última medida ya que esta es muy drástica para el deudor y en beneficio del acreedor, se encuentra entrar a liquidar el patrimonio

del deudor. Donde tiene varias modalidades de uso que puede ser la petición entre las partes, es decir, entre el deudor y el acreedor de común acuerdo ya que este es el peor escenario frente al deudor. Por otro lado, el deudor podrá hacerla efectiva por medio de demanda ejecutiva es decir que se decretan medidas cautelares para que los bienes entren a remate para el cumplimiento de la obligación.

### **2.2.1. Comparación entre los requisitos y condiciones de insolvencia en el marco evolutivo**

Como se señaló en páginas anteriores el artículo 9° de la Ley de 1161 de 2006 y la modificación de la Ley 1429 de 2010, los requisitos del inicio del proceso de reorganización de un deudor suponen la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

Aquí se tienen en cuenta dos aspectos importantes, en primer lugar, la finalidad ha variado con relación a las etapas anteriores, pues aquí se trata de mantener viva la gestión del negocio mediante la reorganización, deja atrás su concepción sancionatoria.

En segundo lugar, no se trata de quiebra propiamente, sino de una cesación de pagos y la imposibilidad de pagar o cumplir las obligaciones. Estas circunstancias requieren esencialmente de la acreditación, por parte de los legitimados en la causa, esto es: la cesación de pagos o la incapacidad de pago inminente. Supuestos que, pese a las reformas hechas a esta ley, se han conservado intactas.

Además, la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente, la Ley 1116 establece otros requisitos de obligatorio cumplimiento para acceder al proceso de reorganización, los cuales, se encuentran establecidos en su artículo 10 y que fueron objeto de modificación por la Ley 1429.

Estos supuestos, expresan una considerable rigurosidad en sus requisitos, respecto a lo consagrado en las anteriores normas, así se tiene que la Ley 1116 de (2006), permite que el deudor presente solicitud de admisión al proceso de reorganización, estando incurrido en causales de disolución, siempre y cuando no se haya vencido el término para subsanar, supuesto que también se estableció en el artículo 30 de la Ley (1429 de 2010). Por ese

lado, la Ley 550 de 1999 era más flexible, pues esta paralizaba el término de disolución, al dar inicio al proceso de reestructuración empresarial.

En tanto, la Ley 1429 de 2010 modificó lo relativo a llevar la contabilidad de sus transacciones u operaciones, acorde a las prescripciones legales, lo cual, debe entenderse no solo como la obligación que impone el Código de Comercio a todo comerciante, llevada conforme las normas, disposiciones, reglamentos y principios que rigen la contabilidad en Colombia.

De la misma manera la Ley 1116 de (2006) trae algunas innovaciones frente al proceso de liquidación judicial. Entre ellos se mencionaran: los tiempos para llevar a cabo el proceso de liquidación, como lo señala la Superintendencia de Sociedades los términos para el agotamiento de las etapas en la liquidación judicial son más breves y el procedimiento garantiza que tales términos se cumplirán, a diferencia de la liquidación obligatoria la cual era considerada larga e inoperante. (Superintendencia de sociedades, 2015)

Otra innovación en la última Ley respecto a la liquidación judicial, está en que permite la alternativa de celebrar un acuerdo de reorganización empresarial, dentro del proceso de liquidación judicial, el cual se consagra en el artículo 66 de la Ley 1116 2006 y que pretende evitar la liquidación de la empresa, dándole la posibilidad de recuperación y logre cumplir las obligaciones, obviamente el acuerdo de reorganización debe estar respaldado por los acreedores.

### **2.3. Fundamento de la insolvencia de persona natural no comerciante.**

En este punto, la investigación se basa en que los fundamentos de la nueva visión sobre el tema de la insolvencia, en especial, sobre la de persona natural no comerciante, tiene su fundamento en los valores establecidos en la Carta Política en el marco de un Estado Social de derecho constitucional y democrático. Claramente, el carácter progresivo sobre los derechos fundamentales que marca la Constitución ha permitido a la CORTE CONSTITUCIONAL como máximo intérprete constitucional desarrollar una jurisprudencia en esta vía sobre el tema de la insolvencia.

También, se tiene en cuenta que lo tratado por RIVERA MORALES, en su tesis doctoral, tiene plena vigencia para apoyar la idea que los derechos fundamentales y la doctrina jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL colombiana constituyen fundamento axiológico para la construcción de procedimientos de insolvencia cónsonos con el Estado social de Derecho.

Afirma (Rivera Morales, 2006) expresa que:

“En su origen moderno los derechos fundamentales tuvieron una connotación de carácter individualista<sup>2</sup>. Para el desarrollo y consolidación del sistema capitalista era fundamental la consagración positiva de la “libertad individual”, pues, ello permitiría la libre contratación, libertad de producción, ausencia de controles estatales, libertad de mercadeo, libre competencia y libertad social. El regulador natural será el mercado con su juego de la oferta y la demanda.” (2006)

Otro sector de la doctrina, respecto del tema afirmó que:

“Pero no se debe desconocer que en ese momento hubo una gran reflexión teórica, el cual estuvieron involucrados temas como: el origen del poder, las formas políticas del poder, la problemática social, el problema del hombre. Esta conjunción de la dinámica económica y técnica con la profusión del pensamiento del racionalismo, el naturalismo, humanismo y socialismo condujeron a la elaboración teórica del contractualismo, teniendo como enunciado básico la existencia de derechos humanos previos, que se hacen valer frente a la nueva forma de poder político: el Estado, siendo plasmados en el contrato como límites del poder.” (Peces-barba, 1991)

En la consolidación del modo de producción capitalista con el predominio ideológico de las doctrinas liberales condujeron a un espantoso sistema de explotación humana<sup>3</sup>. Frente a la problemática social y la explotación inhumana surgieron nuevas formas de

---

<sup>2</sup> “Se tomó el origen moderno a partir del proceso de la “Revolución Industrial” y la “Revolución Francesa”. Con anterioridad se trató el tema de la persona humana, la libertad y la igualdad, por ejemplo, PLATÓN en su obra *La República*; ARISTÓTELES en *La política*; SANTO TOMÁS DE AQUINO en *Summa Teológica*. Cfr. PÉREZ ROJAS, José G. *Historia de la filosofía*, Edit. Futuro, San Cristóbal, 1962, pp. 56-78., en éstos había una concepción diferente. En el momento de su “origen moderno” las doctrinas liberales dominaban el pensamiento europeo ellas serán el soporte ideológico a la profunda transformación que se experimentó en Europa. Allí surgió un “individualismo rabioso” que sostenía que cada hombre es dueño señor de sus actos hasta el extremo que ningún derecho exterior a él le deberá coercer. El interés personal es el motor de la actividad humana, pues el hombre es el centro del cosmos y es una unidad completa en sí misma, en este sentido el hombre queda liberado de toda proyección social y serán los intereses propios que lo movilizan.” Citado en (Rivera Morales, 2006)

<sup>3</sup> Hay quienes sostienen que la ideología liberal es consustancial con el modo capitalista de producción. Por lo que, a varios matices de la ideología liberal, quizás el liberalismo económico sí sustente una ideología apropiada a ese modo.

pensamiento que condenaron esa irracionalidad capitalista, entre ellas: el socialismo y la Doctrina Social de la Iglesia Católica<sup>4</sup>.

El autor GODELIER afirmó que:

“Simultáneamente, entre la afirmación y negación del sistema capitalista, se fue formando un pensamiento jurídico que se divorciaba, al igual que la economía, de la moral; también, pretendió separarse de la realidad social y política, conformándose la concepción del positivismo jurídico. Por un lado, se intentó explicar el hombre sólo desde el punto de vista del racionalismo materialista, concluyéndose que no había un hombre en general sino en condiciones históricas concretas” (Godelier, 1966)

Así, se creó el sistema de derechos como un mero reconocimiento, producto de la dinámica social y de la reestructuración social. Bajo esa égida los derechos se respetaban en cuanto positivización, sin connotación social, y bajo la perspectiva individual; lo que significaba que lo que no estuviese consagrado en la ley no era exigible - “fetichismo de la ley”-, y su titularidad era de carácter individual”.

El autor (2006), caracteriza la época de consagración normativa de los derechos humanos en el marco de la vigencia del modo capitalista y la profunda problemática social que se anidaba en la sociedad, sobre todo después de crisis sucesivas en el campo económico y de confrontaciones bélicas, con sus consecuencias perversas para los sectores más vulnerables de la sociedad.

Agrega el autor en comentario:

“El desarrollo social y cultural en oposición a la práctica de los poderes públicos y los nuevos poderes –económicos y sociales- condujo a modernas concepciones, como el humanismo, en sus modulaciones: cristiano, marxista, racionalista, etc. La problemática social y las tensiones y enfrentamientos internacionales hicieron proclive, que, junto con esas nuevas formas de pensamiento, se replantearán las ideas jurídicas, en especial, en torno al Estado, la Constitución y los derechos desprendiéndose de la concepción naturalista del Estado se elabora la teoría del Estado como formación humana y objeto de las ciencias de la cultura. (Heller, 1942)

No debe olvidarse que, a partir la revolución rusa y el pensamiento social de la iglesia, ejercieron enorme influencia en la nueva teoría acerca del Estado y del Derecho, pues, un aspecto fundamental en el debate propiciado por estas corrientes doctrinarias se refirió a la finalidad del Estado. Así, por ejemplo, en la encíclica *Rerum Novarum* se dijo: “El fin

---

<sup>4</sup> En 1892 hubo un pronunciamiento oficial y se dictó la Encíclica “*Rerum Novarum*” en el papado de León XIII.



del Estado no es sólo *vigilar (Estado-Gendarme)*, sino procurar por todos los medios que estén a su alcance la prosperidad de la nación y mediante ésta de todos sus súbditos (*Estado-Providencia*)”<sup>5</sup>.

Surge así el Estado social como una respuesta histórica al problema de las disfunciones sociales y económicas del Estado liberal. El nivel de desarrollo cultural alcanzado en el principio del siglo XX, dio origen a la idea del Estado social de derecho. (Heller, 1942) El origen del Estado social ha sido muy debatido, pues, hay quienes opinan que se trata de una adaptación del Estado tradicional liberal a la sociedad industrial; otros tienen el criterio de que sí hay una transformación y que esa forma ha superado al Estado liberal.

Los aspectos centrales de la concepción de Estado social de derecho se circunscriben a lo siguiente: En primer lugar, no se concibe como dualidad separada el Estado y la sociedad, sino aquel como instrumento de aquella para su estabilidad y progreso; en segundo lugar, el Estado como expresión de organización política y dirección social que monopoliza poderes y tiene la responsabilidad de los mínimos vitales de los ciudadanos.

La cultura nos ha enseñado que estudiar al hombre aislado, solitario, es tanto como abandonar el terreno existencial y sólo se tendría a la disposición la imagen de una pobre abstracción. El hombre real y concreto es, por todo su ser, un ser social. El hombre aislado no existe. Donde quiera que haya hombres, viven en sociedad, en algo más extenso que la familia. Esa realidad es tan evidente que, desde la antigüedad, Aristóteles, que lo había definido como animal racional, creyó que podía adjetivarlo igualmente como *animal político*, es decir, social. Se dice que los fenómenos sociales surgen como consecuencia de la recurrencia de interacciones entre seres vivos, y dependen de que éstos interactúen recurrentemente de una manera espontánea.

Por eso, en un Estado social los conceptos relativos a los derechos tienen que partir de una conceptualización distinta del hombre. Ya no es la visión individualista, sino la

---

<sup>5</sup> En la década del 30 aparece otro importante documento de la Iglesia Católica, a los 40 años de la *Rerum Novarum*, y que se denominó *Encíclica Quadragesimo Anno*. En tiempos más recientes (década de 1960) del Papa Juan XXIII la encíclica *Mater et Magistra*, posteriormente de Pablo VI la encíclica *Pacem in Terris*. Cfr. *Las grandes Encíclicas Sociales*. Ediciones Paulinas, Bogotá, 1976.

integración del hombre como ser social-individual, como un ser único que tiene una libertad individual-consciente, pero como *ser-situado-en-sociedad*. (Lepp, 1963)

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que los derechos fundamentales amparan al hombre en su dimensión individual y social. Una interpretación aislada es mutilar al hombre. El ser humano se hace en un entorno social, tanto como individuo -siempre en posición en el mundo-, como ser social. No es un ser hecho, ni acabado, se hace en la dinámica cultural-social, que es una relación dialéctica entre él y el grupo social, en el cual se da una realimentación positiva.

En este sentido, debe apreciarse que el amparo que se estatuye a favor del hombre, es por supuesto una protección que se hace en esa perspectiva individual y social. Es decir, en cuanto ser inidentificable y diferente, pero también como ser-miembro de un grupo o comunidad en situación existencial. (Calsamiglia, 1994)

Esto supone la superación de la idea de la dualidad individuo-sociedad, que los percibe como dos polos contradictorios que se oponen y excluyen. Por el contrario, no son polos de contradicción, sino que la sociedad es el medio de vida del individuo, cumpliendo el papel de complemento de la individualidad. La sociedad es el medio existencial del hombre, pues, aquella es el espacio en donde se materializa la convivencia, como necesidad biológica, y se producen las interacciones que posibiliten el crecimiento humano.

La investigación doctoral, comparte las ideas del autor comentado en la dirección que no tiene sentido considerar al individuo en forma aislada, tipo Robinson Crusoe, pues él se forma o se hace en el seno social y tiene determinaciones provenientes de la estructura social. Obviamente, el ser humano tiene dos dimensiones: individual y social, En cuanto individuo tiene una personalidad y libre albedrío en una sociedad libre, pero su formación y condicionalidad están influenciadas por la sociedad.

“Compartimos el criterio häberliano que los derechos de los individuos resultan una mera abstracción cuando no se le configuran en el contexto de los roles sociales y de las instituciones en cuyo interior debieran desarrollarse, citado en (Häberle, 1997)

Afirma RIVERA que:

(...) Los derechos básicos o primarios de libertad e igualdad no dejan de ser enunciaciones formales-abstractas, si no se vinculan respecto a los demás hombres y en momento social-

histórico-concreto, en el cual cumplen un rol integrador y cultural. Desde esta concepción los derechos fundamentales ya no son sólo un límite jurídico frente a los poderes públicos, sino que son un elemento necesario del orden social, del ordenamiento jurídico y del Estado democrático. En la Constitución española está claramente concebido en el artículo 10.1 al definirlos como “fundamento del orden político y de la paz social”; en la Constitución colombiana en el preámbulo y en los artículos 1 y 2.” (Rivera Morales, 2006)

Se entiende que los derechos fundamentales se dan en una relación social y tienen un carácter histórico. En el plano social, es evidente que se dan dos tipos de relaciones: una primera, entre individuo y sociedad que es de pertenencia, el individuo pertenece a determinada sociedad y en ella se ha socializado. Su identidad, en este sentido, está condicionada por la pertenencia (*ethos*<sup>6</sup>); una segunda, que los derechos fundamentales están condicionados por el devenir cultural de la sociedad.

Desde esta visión habría que señalar que esa pertenencia del hombre a la sociedad les comunica a los derechos fundamentales una función social (Häberle, 1997), pues se hacen una misma cosa con la preservación de la vida, dado que esa pertenencia lo que demuestra es una relación de alianza, que encuentra en esta alianza el fundamento de validez. Por un lado, ellos contribuyen a la realización del individuo, como ser individual y social; y, por otro lado, a la existencia y progreso de la sociedad.

Debe, entenderse la función social como una forma del desenvolvimiento de la sociedad, expresando un rol en la concreción de la totalidad. Así al hablarse de una pertenencia se señala que debe haber una complementariedad, pues pertenecer es complementarse, porque no se es completo, el hombre se complementa en sociedad (todo) y con el otro (individuo); también debe haber una articulación la cual en nuestro criterio se da mediante la Constitución y el ordenamiento jurídico; para finalmente englobarse en una composición a través de la cultura que integra la pluralidad sin agotarla, estableciendo una unidad política.

“En cuanto sistema todos sus elementos se interrelacionan, en cuanto sociedad es una relación interpersonal lo que determina que los derechos fundamentales se complementan

---

<sup>6</sup> Se toma el significado de *ethos* (ética) como lugar de residencia, al ámbito al vínculo que origina la vida. La ética es una cuestión de hecho, válida dentro del campo de una relación interpersonal. El filósofo español JOSÉ LUIS ARANGUREN. (1986) *Ética*, Edit. Alianza Universidad. Madrid, pp. 21-27. Dice que una de las más antiguas significaciones, la palabra ética significa “*residencia*”, “*morada*”, “*lugar donde se habita*”. Heidegger ha apoyado en ella su concepción de la ética. “Es el suelo afirma, el fundamento de la praxis, la raíz de la que brotan todos los actos humanos”. Ya en la antigüedad Aristóteles y Zenón el estoico sostuvieron que el *ethos* es “la fuente de la vida, de la que manan los actos singulares”. En este sentido es pertinente pensar que la ética es lo que espontáneamente se realiza como aceptación de lo bueno, así como un compromiso activo desde la tradición que identifica lo bueno.

entre sí, tanto subjetiva como objetivamente, como en la necesidad de ser un nosotros.” (Häberle, 1997)<sup>7</sup>

Es forzoso concluir que los derechos fundamentales tienen una dimensión social en cuanto posibilitan la “existencia de la sociedad”; el progreso y desarrollo de esa misma existencia societaria consolidan y amplían a aquéllos.<sup>8</sup>

No obstante, hay que recalcar que esta circunstancia no autoriza para negar los derechos individuales, ni mucho menos que se desarrollen “en menoscabo de la tutela del individuo”. (Häberle, 1997)

Puede señalarse que los llamados derechos de primera generación se van ampliando en la medida del progreso cultural y de la autocomprensión de los titulares de los derechos fundamentales. Esta ampliación vincula, fundamentalmente, lo abstracto, en el sentido de valor, con lo material, es decir con las condiciones de existencia.

Por ejemplo, el derecho de igualdad cobra amplitud cuando se admite que hay desigualdad material por condiciones socio-económicas y se establecen derechos prestacionales para equilibrar,<sup>9</sup> o cuando en materia procesal se establece la carga dinámica de la prueba o de la facilidad de la prueba. Puede decirse que esa amplitud es producto de un arraigo cultural de los derechos humanos y una comprensión de la condición humana. Es bastante expresivo de esa amplitud lo que se estableció en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando se habla de “promover las condiciones

---

<sup>7</sup> p.43. “La relación de complementariedad en que se hallan cada uno de los derechos fundamentales es una relación de condicionamiento no sólo con referencia al conjunto de la Constitución, sino también con referencia al individuo titular de los derechos subjetivos”.

<sup>8</sup> Téngase en cuenta el pronunciamiento del tribunal constitucional español, en sentencia del 25/1981 que recogió la doble dimensión, expresando: “...son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado social de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”. Citado en (González Moreno, 2002) quien también que, en la jurisprudencia alemana, el Tribunal Constitucional federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores que encuentra su punto central en la protección de la dignidad humana y en el libre desarrollo de su personalidad en el seno de la comunidad social”.

<sup>9</sup> Además, en (Cascajo Castro, 1988) nos dice que “en línea de principio, nada impide entender los derechos sociales como los derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”. Asimismo, (Cossio Díaz, 1989), “...en tanto los principios social y de derecho no parecen desligables de los fines materiales igualdad y libertad”.

para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. (Constitución Española, 1978)

Los criterios antes transcritos del autor in comento son compartidos por la mayoría de la doctrina, pues los derechos humanos no tendrían correspondencia sino en el seno social. Por otra parte, es claro que los hombres se pactan para configurar su entorno social y tener un espacio humano en donde poder desarrollar sus habilidades y personalidad. Es claro que los derechos humanos, de cualquier tipo, se concretan en una relación social, siendo relevante señalar la dimensión social de estos. También debe señalarse que la materialidad de gran parte de estos derechos solo es posible en sociedad, esto genera que el ser humano tiene que tener una comprensión de los derechos no sólo del punto de vista individual, sino dentro de la dimensión social.

Señala RIVERA que:

“Verificar su dimensión social y su amplitud en los actuales momentos, parece que es un problema de interpretación. Si bien, al menos, ha sido así en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se acepta la doble cualificación de los derechos fundamentales, por un lado, como derechos subjetivos frente a los poderes públicos; por otro, simultáneamente como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas, lo cual conforme a la doctrina sirve como base de interpretación. En este sentido, el Tribunal Constitucional deberá partir de la dimensión actual del significado de Estado social en la cultura constitucional en correspondencia con la realidad material-social y estatal, y así concretar su función jurídico-creativa.

No hay discusión acerca de que la Constitución se halla integrada por preceptos abiertos e incompletos, por lo que corresponde indagar su significado. Ahora bien, esto supone mirarlos en una realidad, con todas las connotaciones ideológicas y políticas que pueda tener. Cuestión que se percibe con mayor acentuación en las normas que consagran los derechos fundamentales, por lo que resulta muy difícil precisar el alcance de la disposición, de ellas no es factible determinar el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas. Determinar las facultades o atributos que corresponden a cada derecho fundamental es una tarea de interpretación de la Constitución. Fundamentalmente, quienes hacen interpretación de la Constitución son: el Parlamento y el Tribunal Constitucional, los cuales intervienen sin sujeción a ninguna otra norma superior. Todo ello, va conformando la cultura constitucional. Nótese que, también, forma parte de esa cultura constitucional la universalización de la misma, ésta nutre o sirve de comparativo para las decisiones nacionales. El Tribunal Constitucional español ha admitido que “no puede dejar de ser sensible a las sentencias tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos como a las de otros tribunales constitucionales europeos...” (2006)

Se advertir que el contenido, el alcance, los fundamentos y los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones sobre derechos fundamentales, desde que se reconocieron en las constituciones hasta nuestros días han sufrido una evolución.

La experiencia histórica demostró que la libertad formal no tenía sentido, pues, las condiciones materiales imponían desigualdad entre los hombres, lo que comprometía seriamente los valores de justicia, libertad e igualdad. Las ideologías contrarias al modelo liberal hacían fuertes críticas al sistema y expresaban las ideas de libertad como capacidad, de igualdad como satisfacción de necesidades básicas y la urgencia de justicia social<sup>10</sup>. Luego así, se fue construyendo culturalmente la idea de un Estado Social de Derecho, donde los derechos no se conciben exclusivamente en forma individualista, sino al hombre como miembro de la sociedad. Se argumentó que debían consagrarse otros derechos al ciudadano que le permitieran superar las desigualdades y el Estado debía ser agente activo para que los ciudadanos puedan disfrutar de los beneficios alcanzados por la sociedad, planteándose la necesidad de una justicia distributiva, llamándose a estos nuevos derechos como “prestacionales” (Osuna Patiño, 1995, pág. 16).

La configuración de un Estado social se justifica desde la interpretación de los valores de justicia, libertad e igualdad, como por la presión ideológica y la fuerza movilizadora de las masas que adquirieron una cultura en el ejercicio de la libertad política, en la ampliación del voto, pues el sufragio universal abre las puertas a la participación en la formación de los órganos públicos, como lo son los mecanismos de la democracia representativa que permitió el acceso de diversos sectores sociales al ejercicio de la función pública, entre ellos a la representación popular; en el derecho de asociación, unificando esfuerzos y masa para obtener logros reivindicativos; en el derecho de huelga y con la difusión educacional; todo ello obligó a los movimientos políticos a formular programas de reivindicaciones sociales y a diseñar un Estado que llevara a término la justicia distributiva, en un intento de corregir las disfunciones sociales producto de los abusos del sistema libre mercado<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Según (Ara Pinilla, 1990), expresa “Pues bien, ‘únase a la autoconciencia acerca del fracaso del modelo político de la democracia liberal la reproducción burguesa, al afán igualatorio y el desprecio por lo que Claus Offe denomina el error de construcción de la sociedad burguesa, es decir, la utilización puramente mercantil del ser humano”.

<sup>11</sup> De igual forma, la autora (González Moreno, 2002, pág. 38), El problema radica en la forma que el Estado puede cumplir su función prestacional en búsqueda del equilibrio social. Precisamente el profesor (Cascajo Castro, 1988, pág. 31) afirma que “El significativo carácter económico de los derechos sociales suscita el difícil problema de los límites políticos constitucionales del llamado modelo económico de la Constitución”.

La evolución histórica de los derechos fundamentales no solo puede referirse a su ampliación en cuanto a tipos o clases puedan ser considerados, sino que indudablemente se ha operado una mutación en el sustento ideológico-cultural, que ha incidido en la concreción dinámica de los derechos<sup>12</sup>.

Otros autores, por su parte afirman que:

“Así, la igualdad no se entenderá como formal sino sujeta a condiciones materiales, lo que da pie a que algunos derechos básicos del modelo liberal-burgués se vean cuestionados, pues, no pueden ser extendidos a todos, como es el caso de la propiedad privada que carece de generalidad, por ello, no puede sustentar la igualdad.” (Peces-barba, 1991)

Claramente el autor afirma la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales y señala que su alcance es progresivo con el desarrollo humano y social. No hay duda que las formas de organización social y política influyen y determinan la satisfacción real de los derechos fundamentales, por ello, es inexcusable que se pretenda separar las actividades del hombre en su relación social y en el desarrollo de su personalidad. En este sentido, muchas de las actividades del hombre se ven sobre determinadas por el ser social, por ejemplo, la crisis económica de una nación puede desatar una ola de desempleo que afectará el cumplimiento personal de las obligaciones contraídas.

Dice RIVERA MORALES, que:

“Se ha expresado en las páginas anteriores que los derechos fundamentales tienen una dimensión social e individual, visto desde el individuo. Pero, es preciso, que se observen desde una perspectiva social, no como función, sino a la sociedad como encarnación de un modo cultural histórico. La actividad humana no puede producir sus frutos si no queda en pie un cuerpo verdaderamente social y organizado. Allí, en agrupación, el ser humano realiza múltiples actividades y establece una multiplicidad de relaciones *–hombre-en-relación-social o en-situación-social-* que regula y controla. La regulación se hace a través de la normatividad –usos, costumbres, leyes, lo cual conforma el orden jurídico. Este orden jurídico nace en la relación social, es construido por el hombre agrupado. Vale decir que la sociedad –forma de agrupación humana- genera su propia forma de reproducción, lo que incluye su preservación y la forma de producir lo social. Por supuesto, no se concibe como algo separado del hombre, es éste quien la construye bajo la égida de su dimensión –consciente-y naturaleza –animal- social.

---

<sup>12</sup> Preferimos utilizar el término “concreción dinámica”, que nos da una idea de totalidad en movimiento. *Vid ut supra* en nota sobre la concreción. Citado en (Peces-barba, 1991) Para (Bobbio , 1991) Llama a esto proceso de especificación en cuanto se dirige a elementos concretos no a formas genéricas y abstractas, propias de la conceptualización jurídica positivista-liberal.

Dentro de esta concepción, la sociedad confiere para su estabilidad dos funciones al orden jurídico: la *legislatio* y la *jurisdictio*. La primera, en vista a su estabilidad, a su integridad, como forma cultural humana, de suerte que se arraigue y perfeccione la convivencia; y la segunda, como una forma de control para la estabilidad de las diferentes relaciones humanas dentro del marco del orden vigente en progreso.

Los derechos fundamentales, producto de esa construcción cultural social, en un momento histórico se estructuran como determinantes de esas funciones<sup>13</sup>, esto es, límite a la *legislatio*, en cuanto a que la producción jurídica no puede disminuirlos o lesionarlos, es de cierta manera un mínimo, pues reconoce su dinamicidad, pero además, debe buscar mecanismos de protección; en cuanto a la *jurisdictio*, ésta debe, en el momento de producirse menoscabo, lesión, o vacío en protección, reponer la situación de estabilidad, interpretando de acuerdo a la evolución cultural los derechos fundamentales o interpretando los más eficaces mecanismos de protección. Es evidente, que esta regulación y control parte del conjunto de relaciones sociales que se expresa en el orden jurídico.

Estamos en la presencia del paradigma de que la dimensión social de los derechos fundamentales condiciona su ejercicio individual, pero entendiendo que está limitación no es más que para posibilitar el desarrollo de la personalidad de los individuos o la realización como ser humano digno. Por ello, es dable entender que cuando es un mandato constitucional, como es el caso del artículo 53.1 C.E., autoriza la regulación mediante ley, pero afianza que no se debe afectar su contenido esencial, lo que indica que esa regulación es en función de la eficacia de ellos mismos en el sentido de ser fundamento del orden político y paz social. No se trata de limitar los derechos fundamentales en función del poder, sino de la misma configuración social de ellos. Mírese, entonces, la restricción como una forma de protección de los derechos fundamentales, tanto para el ejercicio individual como la vigencia societaria, y puedan darse condiciones óptimas de convivencia y paz social”. (Rivera Morales, 2006)

La investigación doctoral en curso, ante las opiniones del autor comentado, admite que efectivamente los derechos humanos deben ser regulados, especialmente para facilitar su desenvolvimiento y satisfacción de las personas, y así preservar la cohesión y paz social. En esta perspectiva es evidente que las crisis económicas con sus secuelas (desempleo, inflación, devaluación, etc.) afectan la estabilidad de las instituciones y desarticulan la cohesión social y afectan la paz social. La insolvencia empresarial o de persona natural

---

<sup>13</sup> En el mundo académico se han elaborado diversas explicaciones sobre los derechos fundamentales, un poco acorde con el momento histórico de evolución de la teoría constitucional. Así tenemos diversas clasificaciones de estas teorías: El autor (Bockenforde, 1995, pág. 47) dice: “Las principales teorías de los derechos fundamentales desde las que se determina hoy, de forma alternativa o combinadas, la interpretación de los derechos fundamentales, son las siguientes: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático funcional de los derechos fundamentales, y la teoría del Estado social”.

Para (Peces-barba, 1991) “No se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad. Cuando se afirma que, se trata de un concepto histórico propio del mundo moderno, queremos decir que las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad, por ejemplo, sólo se empiezan a plantear los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica”.



no comerciante, cuando proviene como causa la crisis económica es de número considerable, por tanto, afecta al ser social. De manera que el legislador tiene que elaborar leyes que regulen tales situaciones para procurar la estabilidad social.

Agrega RIVERA que:

“Es indiscutible que esa dimensión social de los derechos está en conexión con los valores de pluralismo y bien común, o si se quiere esa dimensión social está condicionada por dichos valores. Cuando nos estamos refiriendo al pluralismo como determinante de la dimensión social de los derechos fundamentales estamos partiendo de la idea de que el orden jurídico se nutre de esa variedad de concepciones, pues, su finalidad está dirigida a la convivencia. Construir una regulación jurídica excluyente que discrimine o profundice la desigualdad no sería protectora de los derechos fundamentales, por el contrario, los fragmentaría en privilegios para grupos humanos, en menoscabo de los derechos de otro segmento humano de la sociedad, lo que constituiría una regresión en el progreso de la cultura jurídica. No obstante, debe reseñarse que precisamente la historia muestra momentos de avance, pero también de retroceso; puede sostenerse que una cultura constitucional generalizada e internalizada en la conciencia social es un obstáculo para la regresión, salvo los imponderables de revolución, lo cual significaría que había crisis en el sistema, que algo estaría funcionando mal y que las disfunciones exigían cambios, pero a nuestra manera de ver sería temporal, pues el hombre cultural surgiría en procura del progreso alcanzado.

Con relación al bien común, previo debe manifestarse que su significación se ha prestado a muchas interpretaciones. Así, por ejemplo, se ha confundido con la colectivización; también, con el bienestar de la mayoría. No se trata de esto, sino el bien público o general de los ciudadanos que conforman una sociedad, para que la población pueda disfrutar, a través de normas de justicia, de los beneficios que el orden social asegura, para que cada ser pueda cumplir sus propios fines de manera satisfactoria. Se parte de una noción de bien común que enlaza con la idea de justicia social. En este sentido es incuestionable que los valores superiores que se predicán del ordenamiento jurídico y el estado constituido, persiguen a través de los derechos fundamentales la realización de la persona humana en un orden político estable y facilitador de ese desarrollo personal en relaciones humanas de convivencia y paz social”. (2006)

Incuestionablemente, la Carta Política establece una dirección hacia el bienestar común, corresponde al legislador y al intérprete constitucional apreciar el momento histórico para enrumbar el orden político-económico hacia el bien común. No nos asiste duda que en algunas situaciones de insolvencia se puede ver comprometido el bien común, por ello, el legislador debe prever estas posibles situaciones y contemplar formas de evitar deterioro del bien común.

En Colombia la jurisprudencia constitucional, en consonancia con otros ordenamientos jurídicos, ha ido elaborando conceptos, justamente para amparar los derechos fundamentales, conceptos que han sido aplicados en casos concretos en que se

han ventilado juicio de insolvencia para persona natura no comerciante. Uno de estos conceptos de elaboración jurisprudencial es el del *mínimo vital*.

Téngase en cuenta que el mínimo vital es un concepto de creación jurisprudencial que ha dado herramientas hermenéuticas a los jueces para lograr fundamentar los derechos sociales constitucionales. Esta noción sirve para proteger a personas frente a un perjuicio irremediable causado por la falta de atención a un derecho social. (Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital, 2002, pág. 24)

La Constitución de 1991, en su preámbulo y en el artículo 11 estatuye el respeto a la vida y a la dignidad humana mediante un orden justo por donde debe dirigirse la acción del Estado para procurar bienestar a todos los colombianos. En razón de la defensa de los derechos sociales y su justicialidad, la jurisprudencia ha ido elaborando el concepto de conexidad entre derechos. Así, por ejemplo, conecta la salud al derecho a la vida, el de mínimo vital a la vida y su relación con el salario justo y el derecho al trabajo.

Específicamente el mínimo vital CORTE CONSTITUCIONAL ha dicho:

“El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional". (Sentencia T-678, 2017)

En el caso de insolvencia de la persona natural no comerciante puede relacionarse, por ejemplo, con su salario, que no puede ser sometido a procedimientos ejecutivos que lesionen ese mínimo vital.

Al analizarse el caso de una acción de tutela contra un banco que ejecuto la vivienda de un enfermo y se la adjudicó en remate la Corte señaló:

“Como consecuencia de ese obrar del Banco, se violaron los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad de la actora y de su compañero. El primero, por cuanto, pese a tratarse de personas merecedoras de protección especial en razón de las difíciles circunstancias por las que atraviesan, se las sometió al mismo tratamiento a que se somete a un deudor que no se encuentra en tales condiciones de debilidad. De este modo, al no considerarse su condición especial, se les dio un tratamiento discriminatorio en virtud del cual se les exigió el cumplimiento forzado de una obligación con total indiferencia con su condición de debilidad manifiesta. Y el segundo, por cuanto a los deudores se le negó el tratamiento debido a todo ser humano por su sola condición de tal; es decir, se les negó su condición de seres dotados de razón, libertad y responsabilidad, se los cosificó pues se vio

en ellos sólo el sujeto pasivo de una obligación mercantil incumplida pero no unos seres humanos merecedores de tratamiento especial en razón de su estado de debilidad”. (Sentencia T-170, 2005)

Es claro que las personas sometidas a juicio estaban en situación de vulnerabilidad y obviamente de insolvencia, puesto que no podían afrontar el pago de las cuotas pactadas.

Estudiando otro caso emitido por la CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-358/08 de 17 de abril de 2008, en cuyo caso una familia que fue afectada por el desplazamiento, fue demandada por crédito agropecuario. La Corte razonó frente al amparo solicitado por el ejecutado “Entonces, habrá que analizar si se vulneran los derechos fundamentales alegados por el accionante como persona desplazada, cuando la institución financiera le exige el pago de su obligación, sin considerar los efectos que, contra sus posibilidades de cumplirlo, emanan de la debilidad manifiesta que padece.

Es necesario señalar que el desconocimiento de la calidad acreditada por el actor, rompe la solidaridad debida a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en cuyo caso, es deber del Estado y de los particulares, según la situación, acudir con la comprensión necesaria, dentro de la órbita de su competencia, tal se examinó en la (Sentencia T-520, 2003), en donde las particularidades del caso analizado exigen ponderar la necesidad de brindar el amparo constitucional a los derechos fundamentales vulnerados, en razón de la inobservancia de los principios de buena fe y de solidaridad. De esta manera, si la entidad financiera no ha tenido en cuenta la condición de desplazado del actor, la acción de tutela puede prosperar”.

Agregó la CORTE CONSTITUCIONAL,

“Esta corporación ha sostenido que la solidaridad se erige como un valor constitucional, que obliga tanto al Estado como al individuo a obrar en procura del interés general, desarrollándose en tres formas, así: “(i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como criterio de interpretación en el análisis de las acciones y omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios.” (Sentencia C-459, 2004)

En el mismo pronunciamiento, la Corte puntualizó que la solidaridad es un deber-derecho que corre a cargo de cada miembro de la comunidad y se constituye como un:

“patrón de conducta social de función recíproca, adquiriendo una especial relevancia en lo relativo a la cooperación de todos los asociados para la creación de condiciones favorables a la construcción y mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos, con el

propósito de mantener una convivencia pacífica, el desarrollo social, cultural y la construcción de nación.” (Sentencia C-459, 2004)

Puede observarse en la decisión mencionada, que hay una conexión de los derechos fundamentales con la solidaridad social, lo que vislumbra un enfoque desde la perspectiva de la dimensión social del hombre y que los derechos fundamentales cobran vitalidad en la relación social.

Específicamente, con relación a la insolvencia de persona natural se hacía necesario separar los comerciantes de los no comerciantes, instaurar un procedimiento especial para la persona natural no comerciante, partiendo del principio que no se pueden considerar iguales a los desiguales. Este nuevo procedimiento considera la situación real de la persona natural no comerciante, especialmente sobre la causa de su insolvencia, protegiendo de esta forma los derechos fundamentales relacionados con su actividad personal y su vida personal y familiar.

### **2.3.1. Derechos y obligaciones del deudor y de los acreedores**

Tradicionalmente, se ha aplicado, en el caso de las deudas y el incumplimiento, a través del derecho de obligaciones. Las acciones ejercidas por el deudor bien podrían ser ejecutivas acudiendo al proceso ejecutivo si hay título ejecutivo, o bien de condena mediante el procedimiento ordinario.

Ahora bien, con el desarrollo del Derecho mercantil surgió la figura para el comerciante de la insolvencia y se estableció el procedimiento de quiebra o atraso que se tramitaba ante los juzgados mercantiles. A la persona no comerciante en caso de endeudamiento e insolvencia se le aplicaba el llamado concurso de acreedores.

Al referirse a la obligación es elemento fundamental en la relación jurídica en las relaciones sociales, pues se da en el tráfico jurídico, pero también las relaciones personales, como, por ejemplo, -la obligación alimentaria. Es notorio que las obligaciones que se contraen en la vida diaria envuelven su vida social y económica, pues normalmente se adquieren para satisfacer necesidades tanto materiales como de orden espiritual.

Evidentemente, en la contratación del crédito surgen derechos y obligaciones para las partes intervinientes, así el deudor tiene derecho a recibir el monto del crédito y el plazo

para cancelarlo, se obliga a pagarlo en el plazo convenido con las cargas respectivas (interés); el Acreedor tiene la obligación de entregar la cantidad y no exigir el pago sino hasta el vencimiento, tiene derecho a recibir el pago de la cantidad dada en crédito, los intereses en el plazo convenido. Desde el punto de vista jurídico el crédito es un contrato en el cual el deudor asume unas obligaciones.

Para el derecho de obligaciones, es aquella rama del derecho civil en la que se contienen los principios y normas que regulan la constitución, modificación y extinción de las relaciones jurídicas en las cuales se establecen obligaciones para los contratantes.

La definición etimológica de la palabra “obligación” suscita la idea de sujeción o ligamen. (Jimenez Calvo, 2001)

En este sentido el deudor está ligado al acreedor y debe realizar una actividad a favor de su acreedor en la forma como ha sido pactada o en su defecto como lo estipule la ley. Por lo general, en la doctrina, la obligación es considerada como un vínculo jurídico. (Giorgi, 1909, pág. 11)

Para EDUARDO B. BUSSO, la obligación puede definirse como el vínculo que une al acreedor y al deudor de manera recíproca. (Busso, 1951, pág. 9)

Otro sector de la doctrina afirma que:

En sentido estricto, se entiende por obligación un determinado crédito. Como el que le asiste al comprador sobre la cosa vendida o al arrendador respecto al alquiler pactado. En sentido amplio, la relación existente entre dos personas, cualquiera que sea al fundamento que responda, y de la que nacen uno o varios créditos, es decir, nace un vínculo jurídico, naturaleza civil, entre un acreedor y un deudor para el cumplimiento de una prestación. Por ejemplo, las relaciones derivadas de un contrato v gr. Compraventa, sociedad.” (Ospina Fernández, 1998, págs. 9,10)

En cuanto a la legislación, el régimen obligacional está regido por el Código Civil, así el artículo 1°:

“El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles”. En cuanto a la garantía para el cumplimiento de las obligaciones, de la persona natural, está en el Código Civil, en el artículo 2488,

(...) toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677". (1873)

De conformidad con esta norma, todos los bienes presentes o futuros son garantía de los acreedores de todo deudor, razón por la cual en caso de insolvencia se puede acudir a la masa de bienes que conforman el patrimonio del deudor. De allí que se afirma e incluso en ordenamientos jurídicos se establece que el patrimonio es la prenda común de los acreedores.

La doctrina con (Planiol & Ripert, 1945) ha señalado como características de la obligación las siguientes:

a) Es un vínculo, abstracto de derecho que impide al deudor sustraerse de dicho vínculo. Tiene que ocurrir la extinción de la obligación para que desaparezca el vínculo.

b) Es jurídico, en cuanto faculta al acreedor a recurrir al Estado para obligar al deudor a que cumpla. Tiene protección del ordenamiento jurídico en cuanto a que faculta a las partes para ventilar sus conflictos a causa de la obligación ante los órganos jurisdiccionales.

c) Es de personas determinadas, es a ellos quienes se les puede exigir el cumplimiento del deber. Las obligaciones son exclusivas de las personas, naturales o jurídicas, y pueden ser unilaterales o bilaterales.

d) Coloca a la persona en una situación determinada, cumplir la prestación a favor del acreedor.

e) Busca la satisfacción o beneficio para el acreedor.

f) Implica el derecho de acción como medio de coerción para hacer efectivo el cumplimiento de una obligación. (Hinestrosa, 1992)

En cierto sentido se toma la vieja concepción material de acción, en realidad, el incumplimiento de la obligación genera en cabeza de quien considera lesionado su derecho, la titularidad del derecho subjetivo abstracto de acción esto es, la alternativa de acudir a ante los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de la obligación." (Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las obligaciones.)

En la situación de insolvencia de persona natural, los titulares de los derechos provenientes del crédito (los acreedores) pueden acudir a los tribunales para exigir la satisfacción de sus acreencias, evidentemente irán contra el patrimonio de su deudor, el caso es que la existir varios deudores se presenta en la práctica el concurso de acreedores e incluso puede darse el caso de ejercitación de la acción pauliana o revocatoria, es decir, acudir a los tribunales para solicitar la revocación de los actos realizados por el deudor en su perjuicio.

### **2.3.2. Breve reseña histórica del régimen de insolvencia para personas no comerciantes**

El procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante en Colombia, a pesar de estar actualmente en una norma reciente, como el Código General del Proceso, expedido en el 2012, ha tenido unos antecedentes significativos, que lograron consolidarlo y darle la importancia que actualmente tiene en el país.

Sin embargo, la ley mercantil colombiana siguiendo pautas de la doctrina europea trataba el tema de la quiebra en forma unitaria para el comerciante o no comerciante. Así pues, el régimen de la quiebra se aplicaba indistintamente a las personas jurídicas o naturales que ostentaran la calidad de comerciantes, situación que cesó en junio de 1996, al entrar en vigencia la liquidación obligatoria.

La reforma del Código de Procedimiento Civil, conllevó a que se regulase procedimiento específico en insolvencia del no comerciante.

Pues según el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil, consagraba la procedencia del concurso de acreedores, el cual, dicho procedimiento, se iniciará cuando el deudor no comerciante se encuentre en estado de insolvencia, el cual, puede ser espontáneo, cuando es promovido por el deudor mismo, o forzoso, cuando lo hace cualquiera de los acreedores.

No obstante, esta disposición fue derogada por la Ley 222 de 1995, la cual, expidió un nuevo régimen de procesos concursales, el que no dejaba por fuera a las personas naturales no comerciantes, y que consistía en un concordato o un acuerdo de recuperación de los negocios del deudor; o en un concurso liquidatorio de los bienes que integran el patrimonio de éste.

Seguidamente, nace la Ley 550 de 1999, estudiosos en el tema, afirman que esta legislación:

“En todo su apartado regula el régimen que promueve la reactivación empresarial y la reestructuración, procesos a los cuales podrían acudir los deudores, y al igual que su antecesora asistía y ayudaba a resurgir a los deudores que se encontraran en un momento crítico en el cual no pudieran cumplir con todas sus cargas económicas, pero no tuvo en cuenta de igual manera, un régimen propio y determinado para las personas naturales, pues de la lectura de la norma se ve claramente como, pero esta legislación sólo será aplicada a

las personas jurídicas allí contempladas, en forma tal que, en ningún caso, permitió la utilización de las normas consignadas en ésta, para el trámite de insolvencia de las personas naturales<sup>10</sup>; así lo indica expresamente el artículo primero de la ley 550, declarando que esta ley será aplicada para: (...)“toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores.” (Aristizabal Manrique, 2015)

Luego, con Ley 1116 de 2006, la misma autora citada, manifiesta que:

“se establece un novedoso régimen de insolvencia empresarial en el país, la cual, derogada en su totalidad, el régimen de procesos concursales contenido en la mencionada Ley 222 de 1995, excluyendo taxativamente ahora, a las personas naturales no comerciantes, como lo indica el numeral octavo de su artículo tercero. Efectivamente, la Ley 1116 de 2006, o Régimen de insolvencia empresarial, en su artículo 3º, numeral 8º, señala expresamente que las personas naturales no comerciantes se encuentran excluidas del trámite concursal por ella establecido.” (Novedades del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante., 2015)

Esto trajo como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad en la que claramente se manifestaba que la Ley 1116 de 2006, al momento de derogar el Título II de la Ley 222 de 1995, desprotege a las personas naturales no comerciantes, ya que les impide acceder a la jurisdicción para promover un proceso concursal o solicitar la aplicación del Régimen de insolvencia.

Los argumentos señalados se centraban en afirmar que la Ley 1116 de 2006 es inconstitucional debido a que no protege a todos los colombianos sino solamente a los bancos y a las grandes sociedades mercantiles, y que para superar esta discriminación no sólo hay que permitirles a las personas naturales someterse a la mencionada ley, sino además recobrar la vigencia de la ley 222 de 1995, con los ajustes que señale la CORTE CONSTITUCIONAL para facilitarles el acceso a la administración de justicia y garantizar el debido proceso mientras se expide un régimen especial de insolvencia para ellas.

De esta forma, se dejó sin posibilidad a las personas naturales no comerciantes de iniciar un proceso concursal a fin de cumplir con sus obligaciones y reorganizarse económicamente. En vista de esta situación, fue necesario que desde el legislativo se



promoviera una nueva normatividad enfocada en la protección a la persona natural no comerciante en temas de insolvencia.

Así mismo, se tiene que en la misma Guía Legislativa de la (Organización de Naciones Unidas, 2006) sobre regulación de insolvencia, indicó la necesidad que los Estados evalúen el tema de la situación de los llamados *deudores civiles*, siempre desde la óptica del reconocimiento de un *fresh start*.

Asimismo, luego de lo anterior, la comunidad jurídica presionó y el legislador se vio impulsado a solventar la situación, por lo que expedida la Ley 1380 de 2010, mediante la cual, se establece el régimen de insolvencia para las personas no comerciantes, de manera que se le otorgaba al deudor persona natural no comerciante, la facultad de acogerse a un procedimiento legal para la negociación de sus deudas en una audiencia de conciliación extrajudicial, y la celebración de un acuerdo con sus acreedores para establecer un plazo y un modo real y accesible para el cumplimiento de sus obligaciones.” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Sin embargo, esta normatividad fue declarada inexecutable por la CORTE CONSTITUCIONAL, mediante la Sentencia C-685 de 2011, debido a vicios de procedimiento de la ley en el congreso, toda vez que se omitió un requisito esencial para la reunión de los congresistas por fuera del calendario legislativo ordinario, es decir, se tramitó en un espacio que no cumplía con los requisitos constitucionales ni reglamentarios, por lo que la sesión realizada, es nula y los actos generados en virtud de ella, carecen de validez, entre estos, la aprobación de la versión conciliada del proyecto de la ley en cuestión, siendo por tal razón, inconstitucional.

Así las cosas, nuevamente el país quedó sin un procedimiento legal para la insolvencia de las personas naturales no comerciantes, estando vigente, en materia concursales y de insolvencias, algunos preceptos de la Ley 550 de 1999, que se aplican a las entidades territoriales, y de la mencionada Ley 1116 de 2006, que se aplican a empresas y a personas naturales comerciantes.

En el país, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, impulsó un proyecto para modificar totalmente el antiguo Código de Procedimiento Civil, a fin de asumir un

procedimiento más ágil y expedito, establecer la oralidad en el proceso, y despejar las oscuridades y darle mayor claridad a los procedimientos civiles y comerciales. Presentado el proyecto, se debatió en el Congreso, y finalmente se expidió el nuevo Código General del Proceso, mediante la Ley 1564 de 2012, que, además de derogar el anterior Código y organizar los procedimientos, estableció un procedimiento para la insolvencia de las personas naturales no comerciantes, consagrados en los artículos 531 a 576.

En virtud de este procedimiento, la persona natural no comerciante, puede negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores; convalidarse y homologarse los acuerdos privados que celebró con ellos; y liquidar su patrimonio.

Estos procedimientos, cuando se traten en la negociación de deudas y la convalidación de los acuerdos privados, podrán ser conocidos los centros de conciliación del domicilio del deudor, y cuando surjan controversias en virtud de estos procedimientos, la competencia recaerá sobre el juez civil municipal del domicilio del deudor o donde se adelanten los mencionados procedimientos.

De esta forma, las personas naturales no comerciantes cuentan con una alternativa para la negociación de sus deudas, que permita cumplir adecuadamente con el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual, contribuye a generar un contexto de seguridad jurídica, tanto para el deudor, que tendrá certeza sobre los procedimientos a seguir cuando ha caído en las causales de cesación de pagos de sus obligaciones; como para los acreedores, que sabrán, con exactitud, que hay un procedimiento vigilado por órganos jurisdiccionales a fin que se cumplan los acuerdos o se satisfagan las obligaciones con la liquidación judicial.

#### **2.4. Finalidad, alcance y estructura del procedimiento de insolvencia para persona natural no comerciante**

Cuando se expidió la Ley 1380 / 2010, para regular la insolvencia de persona natural no comerciante definía la finalidad de la ley en el artículo 1º:

“El régimen de insolvencia regulado en la presente ley tiene por objeto permitirle al deudor persona natural no comerciante, acogerse a un procedimiento legal que le permita mediante un trámite de negociación de deudas en audiencia de conciliación extrajudicial celebrar un acuerdo de pago con sus acreedores y cumplir así con sus obligaciones pecuniarias

pendientes sin importar su naturaleza...”. (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Se desprende claramente que la idea central está en abrirle una vía al deudor no comerciante para que evite ser sometido a un procedimiento proceso judicial contra sus bienes y ser desposeído de ellos para satisfacer las acreencias. La ley crea un procedimiento que permite negociar las deudas y acordarse con los acreedores para no sucumbir civilmente.

El artículo mencionado, en su último párrafo, disponía “El régimen de insolvencia económica buscará, además, promover siempre la buena fe en las relaciones financieras y comerciales de la persona natural no comerciante”. (Ley 1380, 2010) Se trata de coincidir en que en las relaciones económicas se dé presencia al principio de buena fe.

Es por eso que, el Código General del Proceso en su artículo 531 mantiene esa misma finalidad, obviamente no hay alusión a la buena fe, porque en forma general lo establece como principio que debe regir en el proceso. Lo importante es este procedimiento procura la subsistencia crediticia del deudor y su desenvolvimiento normal en sociedad, sin pasar por lo que se conoce como muerte civil, es decir, desposeído de sus bienes y sin posibilidades de acceder a otras propiedades. Con este procedimiento novedoso el deudor no comerciante queda reintegrado socialmente.

La reintegración al circuito también tiene una relevancia social para el individuo, -el ser humano requiere recuperar su estatus y salir de la crisis personal, sicológica o anímica que se encuentra. Sin duda, muchos serán los ciudadanos que además de perder su vivienda, van a encontrar muchas dificultades en conseguir trabajo, no sólo porque la construcción de vivienda absorbe una gran masa de empleos, sino porque otras empresas, fondos de pensiones, instituciones varias y pequeños negocios, cierran o cerrarán en poco tiempo sus puertas.

En este punto, se cuestiona ¿qué pasará con estos honestos trabajadores que tenían sus esperanzas puestas en su productividad y la estabilidad de sus familias? Estas familias se disolverán, para buscar otros destinos y salvar lo poco que quedó tras la tragedia, se pone en peligro su salud mental y la de los que se encuentran a su lado, sumergidos en la pobreza y el desempleo quizás, la respuesta más tentadora es que muchos de estos

ciudadanos, y muchos empresarios, tendrán que buscar ayuda profesional; aumentarán el consumo de drogas antidepresivas para mantenerse y sus vidas quedarán marcadas de manera definitiva antes y después de la crisis.

Como ya se ha mencionado, en el régimen consagrado en la Ley 1564 de 2012, específicamente en el Título IV, se permite que algunas personas que están en dificultades económicas, y no puedan cumplir la cancelación de sus deudas, renegociar o innovar sus obligaciones para salvarse de ser embargados.

Así pues, en el título IV capítulo I-II-III y IV se encuentran los artículos 531 a los artículos 571, presentando esta ley un ordenamiento jurídico para el manejo del régimen concursal “La Insolvencia de Persona Natural no Comerciante”.

En su capítulo IV la liquidación patrimonial del deudor persona natural no comerciante comprendiendo este capítulo, la apertura de la liquidación patrimonial, la providencia de apertura, los efectos de estas providencias de apertura, los términos para que los acreedores se hagan parte y presenten objeciones, los inventarios y los avalúos de los bienes del deudor presentadas por el liquidador ante el juez civil municipal, la providencia de resolución de objeciones, aprobación de inventarios, avalúos y la citación a audiencias.

Y el capítulo V, comprende las disposiciones comunes, acciones revocatorias y de simulación, información crediticia, solicitud de un nuevo procedimiento de insolvencia, divulgación y la preferencia normativa.

De tal manera que con la mencionada Ley 1564 de 2012 se normativizó el régimen de insolvencia económica para las personas naturales no comerciantes en el Título IV en los artículos 531 al 576. Contiene los procedimientos que debe seguir un deudor que espera pagar las obligaciones contractuales, determinadas y exigibles que se encuentren a su cargo por medio de la negociación de sus deudas con sus acreedores.

En efecto, el artículo 531 de la citada ley, prevé que:

“A través de los procedimientos previstos en el presente título, la persona natural no comerciante podrá:

1. Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias.
2. Convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores.
3. Liquidar su patrimonio.

3. Liquidar su patrimonio”. (Código General del Proceso, 2012)

Por su parte, el artículo citado, preceptúa que los procedimientos contemplados en dicho título, sólo serán aplicables a las personas naturales no comerciantes.

De lo expuesto se desprende que las reglas señaladas no se aplicarán a las personas naturales no comerciantes que tengan la condición de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, cuya insolvencia se sujetará al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006.

En la ley derogada se establecía como sujetos para ser amparados en ese régimen de insolvencia que solo sería aplicada a las personas jurídicas allí contempladas, en forma tal que, en ningún caso, permitió la ley, la utilización de las normas consignadas en ésta, para el trámite de insolvencia de las personas naturales; así lo indica expresamente el artículo primero de la ley 550, declarando que esta ley será aplicada para:

“(…)toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores, excluía a los no comerciantes.” (Código General del Proceso, 2012)

Con la Ley 1564 de 2012 el trámite de insolvencia se regula en los artículos 531 al 576 del Título IV de dicho Código, cuyas normas entraron a regir a partir del 1º de octubre de 2012, deroga la Ley 1380 / 2010 Régimen de Insolvencia, asumiéndose el procedimiento en el Código General del proceso, dando a la persona natural no comerciante la posibilidad de negociar sus deudas, ya previsto en la ley derogada 1380/2010, a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias, convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores y liquidar su patrimonio.

Téngase claro que estas condiciones se aplican solamente a las personas naturales no comerciantes, y no a aquellas que tengan la condición de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, cuya insolvencia se sujetará al régimen previsto en la ley 1116 de 2006, lo que quiere decir que si la persona natural llega a ser participe en un grupo empresarial, no podrá acceder al régimen de insolvencia,

sino al régimen de insolvencia previsto en la ley 1116, en sus dos modalidades: reorganización o liquidación judicial.

Como se puede advertir, no son muchas las personas que se pueden acoger a este beneficio debido a las restricciones impuestas por la ley, v. gr. si una persona tiene una sola deuda en mora con un único banco, no le es aplicable esta ley. Tampoco le es aplicable si tiene en mora dos créditos con un mismo banco.

Ahora bien, el artículo 533 del C.G.P., señala la competencia para conocer de los procedimientos de acuerdos de la persona natural no comerciante, en los siguientes términos:

“Conocerán de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho para adelantar este tipo de procedimientos, a través de los conciliadores inscritos en sus listas. Las notarías del lugar de domicilio del deudor, lo harán a través de sus notarios y conciliadores inscritos en las listas conformadas para el efecto de acuerdo con el reglamento.

Los abogados conciliadores no podrán conocer directamente de estos procedimientos, y en consecuencia, ellos sólo podrán conocer de estos asuntos a través de la designación que realice el correspondiente centro de conciliación.

Cuando en el municipio del domicilio del deudor no existan centros de conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho ni notaría, el deudor podrá, a su elección, presentar la solicitud ante cualquier centro de conciliación o notaría que se encuentre en el mismo circuito judicial o círculo notarial, respectivamente.” (Código General del Proceso, 2012)

A su turno, el artículo 534 del C.G.P., estipula que de las controversias previstas en este título conocerá, en única instancia, el juez civil municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el procedimiento de negociación de deudas o validación del acuerdo. A su vez, el juez civil municipal también será competente para conocer del procedimiento de liquidación patrimonial. (2012)

De otro lado, el artículo 538 del C.G.P., consagra los supuestos para que una persona natural no comerciante pueda acogerse a este procedimiento de insolvencia, a saber:

“1. Estar en mora respecto de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días.

2. Tener en su contra dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva.

En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a su cargo.” (Código General del Proceso, 2012)

Para la verificación de esta situación bastará la declaración del deudor la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento.

Finalmente, se observa que la solicitud de trámite de negociación de deudas podrá presentada directamente por el deudor o a través de apoderado judicial y a ella se anexarán los documentos exigidos en el artículo 539 CGP.

Además de las etapas mencionadas, se inicia desde 2012 una nueva y quizá más determinante legislación respecto a la insolvencia, dándose la oportunidad de iniciar procesos por medio de los cuales, el acreedor y el deudor llegan a una conciliación que tiene como objetivo ofrecerle a este último un estudio de su crédito en un plazo máximo de 60 días prorrogables sólo por 30 más, trayendo con la Ley 1564 de 2012, la oportunidad que personas naturales y jurídicas, se puedan declarar en insolvencia, trascendiendo esto a que se suspendan los procesos judiciales en su contra y el cobro de intereses.

Evidentemente, esta ley conlleva movimientos y procesos concretos tanto para personas naturales como para personas jurídicas y sociedades, entre ellas aspectos tales como que los acreedores como bancos, establecimientos de crédito, empresas de servicios públicos y comerciantes podrán contar con un mecanismo para recuperar las deudas, destacándose el hecho que se incorporan a los procesos, los centros de conciliación y notarías que pueden actuar bajo la figura de facilitadores, sin contar a los promotores de la Superintendencia de Sociedades quienes tienen la facultad para iniciar y desarrollar procesos de conciliación.

Por su parte, el Estado de Insolvencia de Personas Naturales no Comerciantes, comporta a que en la propuesta de negociación de deudas, el deudor podrá incluir daciones en pago con bienes propios para extinguir total o parcialmente una o varias de sus obligaciones; además se tomarán únicamente los valores por capital, sin contemplar intereses, multas o sanciones de orden legal o convencional, con corte al día inmediatamente anterior a la aceptación de la solicitud; también se podrá disponer la enajenación de los bienes del deudor que estuvieren embargados en los procesos ejecutivos suspendidos, para lo cual el deudor solicitará el levantamiento de la medida cautelar, allegando el acta que lo contenga y finalmente, todos los créditos estatales

estarán sujetos a las reglas señaladas en el acuerdo para los demás créditos y no se aplicarán respecto de los mismos las disposiciones especiales existentes.

En la experiencia práctica de este régimen en Colombia, hay que manifestar de acuerdo con (Nieto, s.f.) manifestó que:

“La aplicación de la nueva Ley de insolvencia ha tenido un desarrollo lento lo cual se debió inicialmente a la demora en la expedición del Decreto Reglamentario sobre tarifas como a la falta de autorización por parte del Ministerio de Justicia a los centros de conciliación para que atendieran estos trámites. Igualmente, debido a que la mayoría de las Notarías, no obstante, estar habilitadas por Ley para adelantarlos, no se han decidido a llevarlos a cabo alegando falta de reglamentación por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro lo cual riñe con la realidad puesto que con la expedición de la Resolución No. 1167 de 2.013 de esa Entidad, se reguló esta actividad por parte de los Notarios.

Conforme a estadísticas del Ministerio de Justicia, en el año 2.013 se registraron 99 acuerdos; en el año 2.014, 276 acuerdos y en el 2.015, 363 casos de acuerdo. No se llevan datos de cuántos acuerdos se han llevado a cabo en las Notarías puesto que no han reportado dichos datos al Ministerio. Se trata de acuerdos logrados, pero no de los que terminaron en imposibilidad, con lo cual el número se puede triplicar. En proyecciones hechas por el Banco de la República se ha estimado que en los próximos años el número de solicitudes puede llegar a 50.000 por año para luego estabilizarse en alrededor de 5.000. Actualmente en muchas ciudades intermedias y por supuesto en poblaciones pequeñas, no se están recibiendo casos de insolvencia de personas naturales no comerciantes puesto que no se cuenta con centros de conciliación habilitados y las Notarías no están recibiendo los casos. De otra parte, las tarifas fijadas en el Decreto reglamentario han resultado demasiado onerosas para las personas que se encuentran en situación de insolvencia pues de por sí, cuando llegan a esta situación, no solo están en dificultades de atender sus necesidades básicas sino que para acudir a este trámite en muchas ocasiones deben acudir a un nuevo préstamo con lo cual agravan más su situación económica.” (Nieto, s.f.)

En cuanto a los centros de conciliación que pueden operar trámites de acreencias gratuitas apenas están comenzando a operar, a pesar de, la gran demanda de servicio en esta materia.

## **2.5. Principios del régimen de insolvencia para persona natural no comerciante**

En este régimen especial se asumen los principios generales que han orientado los procesos concursales. En la Ley 1380 de 2010 en el artículo 3º se instituía que el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante se regía por un conjunto de principios. En el Código General del Proceso en las normas que regulan este procedimiento no están establecidas, pero asumimos que, por los valores contenidos en él, se pueden asumir en forma general como exigibles y deber de las partes y operadores



de cumplirlos. Dichos principios se especializan por guiar el proceso de negociación bajo parámetros de:

**Universalidad:** Este principio nos muestra que la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación, esto es, todos los bienes del deudor son sometidos al procedimiento de insolvencia a partir del momento de iniciación del proceso.

La doctrina experta en insolvencia, y en procesos concursales en general, dividen este principio, en universalidad subjetiva y universalidad objetiva. Así mismo, la naturaleza universal del proceso impide que el acreedor que actúe primero agote el patrimonio del deudor y no deje nada para otros acreedores de superior o igual prelación.

La *universalidad subjetiva* hace referencia a la obligación que tienen los acreedores de concurrir al proceso de insolvencia. El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, lo definió a este principio ha sido conocido también como colectividad o plenitud y en virtud de todos los acreedores del deudor, están llamados a formar parte del concurso a intervenir en él como el único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias”. (Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, 2012, pág. 115) Bajo esta consideración, todos los acreedores están llamados a formar parte del concurso, a comparecer en él, a intervenir y a enfrentar consecuencias legales adversas por el incumplimiento de su carga.

En cuanto a la *universalidad objetiva* alude, se refiere de las obligaciones del deudor, a que el patrimonio del deudor es prenda general de los acreedores, como está establecido el artículo 2488 del Código Civil.

De la misma manera, el Instituto Iberoamericano mencionado define la *universalidad objetiva* así:

“Este principio es la respuesta o el equivalente al anterior, y realiza la regla según el cual el patrimonio es prenda común de los acreedores del deudor fallido. Es decir, si el concurso involucra todos los acreedores del deudor y éstos por consiguiente pierden el derecho de ejecución individual o separada, en contraprestación, los acreedores cuentan un respaldo, consistente en que todo el patrimonio del deudor y no una parte de él está comprometido, involucrado y resguardado en el proceso”. (Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, 2012)

GARCÍA MARTÍNEZ, nos dice sobre el principio de universalidad:

“El principio de universalidad se extiende en dos direcciones básicas: la primera es una manifestación desde el punto de vista subjetivo, integrándose con el principio de colectividad, es decir, con la participación de todos los acreedores del concursado, sin exclusiones ni excepciones, en base al concepto de distribución de las pérdidas y ganancias en igual medida. La segunda, desde una óptica objetiva, hace que la universalidad permita formar la masa activa, con la integración del patrimonio del deudor, universalidad que no sólo abarca el presente, sino también el pasado y el futuro de ese patrimonio”. (Derecho Concursal, 1997)

Todos los acreedores tienen derecho a participar en el proceso concursal, y los bienes del deudor pasan a constituir una masa patrimonial que responderá sobre las acreencias.

**Igualdad:** también conocido como el principio de *par conditio creditorum* es uno de los pilares sobre los cuales se fundamentan las leyes concursales y en general, es un principio medular aplicado en todas las leyes del tipo concursal. En ese sentido, la Ley 1116 de 2006 régimen para comerciantes, trae su definición en su artículo 4, así:

“(…) Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. (...)” (Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, 2006)

Y la Ley 1380 / 2010 sobre el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante establecía en el artículo 3° en los que definía los principios expresaba (...)Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al procedimiento de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación legal de créditos. (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Señálese que este principio de igualdad tiene raigambre constitucional, pues, en el artículo 13 de la Carta Política Colombiana se consagra la igualdad y se prohíbe el trato discriminatorio.

La jurisprudencia, ha expuesto respecto de este principio, y es que máxima *par conditio creditorum* es una locución latina que significa igual condición de crédito y es un principio de los procesos concursales que consiste en el tratamiento en igualdad de condiciones que se debe proporcionar a los acreedores que acuden a un proceso concursal. (Sentencia T-441, 2002)

De acuerdo con su finalidad, este principio busca la satisfacción proporcional de los derechos de los acreedores acorde a su monto, respetando la respectiva posición preferencial que tengan los mismos en virtud de la ley.

Este principio de igualdad se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de *crédito*, palabra que proviene del latín *creditus*, el cual es un sustantivo del verbo *credere* que significa *creer*.

Con lo anterior, se puede confirmar que el crédito está basado en la confianza, o, dicho de otra manera, en la fe que el acreedor deposita sobre el cumplimiento o satisfacción de la obligación a cargo del deudor. La Real Academia Española trae una acepción sobre el concepto de crédito que se encuentra relacionada con el concepto de confianza, aquella opinión que goza alguien de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga. (Real Academia Española, 2019)

De acuerdo a lo expuesto, se debe deducir que el principio de igualdad resguarda la confianza que se requiere entre comerciantes, pues es bajo dicha confianza que el acreedor accede a satisfacer las necesidades de crédito del deudor.

De igual forma, es bajo la confianza lo que permite que se desarrolle el crédito y a su vez el comercio en general, pues es claro que sin el crédito sería imposible el desarrollo de la actividad económica, el desarrollo de nuevas empresas, así como el desarrollo y crecimiento de las empresas ya constituidas. (Cuello Sampayo, 2018)

Ahora bien, el principio de igualdad no debe interpretarse de manera literal o general como aparentemente surge de una lectura inicial. Para entender mejor este concepto es importante referirnos a los planteamientos que traen los tratadistas PAMPILLO y MUNIVE, los cuales expresan que:

“El principio de igualdad de trato entre acreedores no implica que en el concurso mercantil deban tratarse por igual. Par *Conditio Creditorum* se basa en el axioma jurídico siguiente: mismas causas mismas consecuencias, iguales supuestos normativos, mismos efectos jurídicos. Resulta así, que la igualdad de trato entre los acreedores se determina por la situación jurídica en que se encuentra cada acreedor, esto es, por la actualización de la hipótesis normativa en que se coloque cada acreedor y se cumple trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”. (Obra Jurídica Enciclopédica-Derecho Concursal, 2012, pág. 15)

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que el legislador garantiza la igualdad de derechos de todos los acreedores concursales, pero también aplica el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, en el sentido que los acreedores que concurren al proceso tendrán diferentes tipos de prevalencia de derechos, frente a lo cual viene a desempeñar un papel importante la prelación de créditos. En ese sentido los acreedores que conforman una determinada clase de crédito serán tratados en igualdad de condiciones, mientras que acreedores de distintas clases de créditos serán tratados de manera diferente<sup>14</sup>. (Cuenca Casas, 2011)

En efecto, con relación a la prelación de créditos es la ley es la que determina el orden y la prelación en que deberán pagarse los créditos a cargo del deudor, ya sea dentro de un proceso de reorganización o dentro de un proceso de liquidación judicial.

En consecuencia, en el momento en el que se elabore el proyecto de calificación y graduación de créditos por parte del Promotor o el Liquidador, según sea el caso, se deberá tener en cuenta la prelación de créditos para realizar el pago de acreencias de acuerdo a lo señalado en el artículo 2495 y siguientes del Código Civil, y demás normas concordantes.

Frente al principio de igualdad, también es importante mencionar el concepto del Instituto Iberoamericano de derecho concursal, el cual, afirmó lo siguiente:

“Con ocasión de la apertura de un proceso concursal, los acreedores se sitúan en un esquema de comunidad de suerte, puesto que la satisfacción de sus acreencias va a depender del desarrollo del respectivo proceso, y no gozan de otro respaldo que la masa concursal. Es precisamente de la colectividad de intereses de donde surge el denominado principio de igualdad. Sea que el juicio concursal tienda a la recomposición del pasivo del deudor, mediante un acuerdo con sus acreedores, o a la liquidación de su patrimonio para pagar sus obligaciones, lo cierto es que se presume que los acreedores deberán soportar alguna pérdida, y lo más razonable es que soporten este hecho equitativamente, en proporción a sus respectivos créditos”. (Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, 2012)

**Buena fe:** En el Código General del Proceso se exige en el artículo 78 que las partes deben proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos. (2012) Significa que en el proceso de insolvencia las actuaciones a lo largo del procedimiento deben estar guiadas

---

<sup>14</sup> CUELLO SAMPAYO, Luis Carlos. “Los principios de “universalidad” e “igualdad” del régimen de insolvencia empresarial frente a la ley de garantías mobiliarias”. Ob cit. p. 15.

por el principio de buena fe, tanto del deudor como de los acreedores y demás sujetos intervinientes.

Este es un que no solo tiene exigencia en el derecho civil, pues en la Constitución de 1991, se reconoce como un valor intrínseco de la dignidad humana. Evidentemente, la buena fe es un elemento fundamental para la convivencia humana y la paz social.

Así, conforme al artículo 83 constitucional, la buena fe debe presidir toda actuación de las personas y los órganos públicos, por tanto, debe ser presumida, de tal forma que lámala fe debe demostrarse. (1991)

**Celeridad:** examina la brevedad en los términos previstos dentro del procedimiento a surtir en el proceso. En la formulación del Código General del Proceso, pues una de las finalidades perseguidas en los procedimientos que estableciese era alcanzar celeridad en la implantación de justicia, evitar dilaciones indebidas y lograr eficiencia y eficacia del proceso.

Evidentemente, en las situaciones de insolvencia hay una crisis de impago y que, por sanidad de la economía y la tranquilidad ciudadana, este procedimiento debe ser ágil. Puede observarse que los lapsos establecidos para los diversos trámites que se deben realizar en este procedimiento son breves.

**Transparencia:** en el Código General del Proceso se estipula que la buena fe debe presidir todas las actuaciones de los sujetos procesales y quienes intervengan en él. Con esto se busca que el deudor se comprometa a suministrar la información solicitada al juez de forma oportuna y transparente, así como los acreedores, y permitiendo el acceso a la información en cualquier momento del proceso.

**Publicación:** el principio de publicidad en el proceso es un derecho del justiciable, pero también, en consonancia con la transparencia en estos casos de insolvencia cobra especial importancia este principio, pues, dado la situación de impago y el procedimiento que busca una nueva oportunidad para la persona y que se mantenga la confianza pública en la institución de crédito, se hace necesario que se dé publicidad al procedimiento para que se informen quienes puedan tener interés y acudan a personarse en el procedimiento.

Esto debe hacerse al inicio del procedimiento de insolvencia, así como el resultado de su trámite, se deben divulgar oportunamente.

**Equilibrio:** en los procedimientos concursales busca proteger los derechos del deudor y acreedor para que puedan acceder en igual de condiciones al procedimiento de insolvencia. Es claro, que este equilibrio tiene que ver o se deriva del principio de igualdad y la igualdad de armas en el proceso.

**Simplicidad:** De acuerdo a la finalidad del procedimiento para tramitar la petición de aplicación del régimen de insolvencia para persona natural no comerciante, debe procurarse que el procedimiento sea simple, fácil, preciso, claro y breve, tanto en las etapas como en los trámites. El legislador tuvo ese cuidado en el diseño del procedimiento determinando un medio alternativo como es la conciliación, en la cual las partes pueden participar con agilidad y alcanzar acuerdos negociados

**Prevalencia de los derechos fundamentales:** durante el curso del procedimiento prevalecerán los derechos constitucionales fundamentales y el derecho sustancial sobre el proceso. Es evidente, conforme lo establece el artículo 14 del CGP el debido proceso debe estar presente en cualquier actuación establecida en el código. Por otra parte, la supremacía constitucional obliga a darle prevalencia a los derechos fundamentales.

## **2.6. Supuestos de insolvencia económica**

Cuando se coloca el término de supuesto, se hace referencia al antecedente que permite dar pie a que se desarrolle una situación jurídica, esto es, son las premisas en las que se basan para que se produzca una forma determinada por la ley. En este sentido, para que se produzca la consecuencia jurídica de una norma debe acontecer el supuesto de hecho o supuestos de hechos previstos en ella. En el caso de la insolvencia son los hechos que deben acontecer previamente para que se puede emprender el procedimiento de insolvencia previsto en la ley.

Efectivamente, es claro que dos son los supuestos fundamentales para que se proceda el procedimiento establecido en el Código General del Proceso en los casos del régimen de insolvencia en primer lugar, la persona a quien se aplica no debe ser

comerciante. Esto lo define el CGP en el artículo 532 al determinar a quién le será aplicable, lo que se ratifica en el artículo 538.

Por eso se establece como supuesto, pues no podrá aducirlo quien sea comerciante, de tal manera que esa cualidad de no ser comerciante se erige en supuesto implícito para la procedencia del procedimiento.

En segundo lugar, se tiene que la persona natural no comerciante se encuentre en la situación fáctica de cesación de pagos, tal como lo dispone el artículo 538 CGP.

En la doctrina se define *cesación de pagos*, se denomina suspensión de pagos, insolvencia o cesación de pagos (en inglés *debt moratorium*), a la situación concursal en la cual se encuentra una persona, o una familia, o una empresa, o una sociedad mercantil, cuando no puede pagar la totalidad de las deudas que tiene con sus acreedores por falta de liquidez o carencia de activos.

La doctrina argentina (Miguens) expresa que la cesación de pagos se da tanto en un sistema para-concursal (suspensión de pagos) como en un sistema concursal (quiebra), y se considera que existe en los siguientes casos:

- Cuando el deudor solicita la declaración de quiebra.
- Cuando el deudor solicita la suspensión de pagos y no procede, o bien, si se concede dicha suspensión ésta no se concreta en un convenio con los acreedores.
- Cuando el deudor no cumple las obligaciones adquiridas en un convenio hecho en la declaración de suspensión de pagos. (El concepto de estado de cesación de pagos en el derecho concursal argentino, 2012)

Se analiza que este término es más amplio con respecto a los otros utilizados para definir al fracaso empresarial, pues fundamentalmente la cesación de pagos es el hecho de no poder atender los compromisos vencidos con la tesorería disponible en un momento dado.

Sin embargo, actualmente existe una imposibilidad práctica para demostrar cuando la empresa efectivamente carece de capital financiero para atender a sus pasivos vencidos, sobre todo los de corto plazo. Además, aparte de esta imposibilidad para la determinación

de la quiebra concepto tradicional, desde el concepto actual de las finanzas empresariales no puede establecerse un concepto de quiebra únicamente sobre el concepto financiero de insolvencia.

La cesación de pagos se da tanto en un sistema para-concursal, es decir, de suspensión de pagos como en un sistema concursal, quiebra y se considera que existe en los siguientes casos:

- Cuando el deudor solicita la declaración de quiebra.
- Cuando el deudor solicita la suspensión de pagos y no procede, o bien, si se concede dicha suspensión ésta no se concreta en un convenio con los acreedores.
- Cuando el deudor no cumple las obligaciones adquiridas en un convenio hecho en la declaración de suspensión de pagos.

Este término es más amplio con respecto a los otros utilizados para definir al fracaso empresarial, pues fundamentalmente la cesación de pagos es el hecho de no poder atender los compromisos vencidos con la liquidez disponible en un momento dado. En el caso de las personas no comerciante la falta de liquidez puede provenir de causas externas ni imputables a ella, por ejemplo, crisis económica y consecuentemente desempleo.

La cesación de pagos jurídicamente está relacionada con el hecho de omitir o incumplir los pagos de obligaciones financieras. Cuando tal equilibrio se rompe, sea por falta de bienes realizables en cantidad suficiente, sea por la pérdida del crédito por parte de los terceros, el deudor cae en estado de cesación de pagos, insolvencia o estado de quiebra se conceptualizaba anteriormente en los ordenamientos jurídicos.

Se puede concluir que la falencia, económicamente considerada, consiste en la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones. Esta es la quiebra económica también llamada, impropriamente, quiebra de hecho. (Yadarola, 1934, pág. 436)

Para que tal estado patrimonial produzca efectos jurídicos y legales, se exigía en legislación anterior, debe mediar una declaración judicial de quiebra, que transforma la quiebra económica en quiebra de derecho.



Si bien esta resolución judicial no crea el estado de quiebra, -que desde el punto de vista económico es anterior a la misma e incluso su fundamento fáctico, es indispensable que ella se dicte para que exista la quiebra, desde el punto de vista jurídico y legal pues se limita a reconocer y declarar su existencia previa. La mayor parte de los autores rechaza la llamada quiebra virtual y los pocos que la admiten lo suelen hacer para referirse a las consecuencias penales de la quiebra económica comercial.

También este concepto de cesación de pagos reconocido con el estado patrimonial de impotencia para satisfacer las obligaciones de modo estable y generalizado, es fundamental para diferenciar ese estado y la inestabilidad puramente matemática consistente en ser el pasivo del deudor superior al activo.

Muchos autores identifican el estado de cesación de pagos con la insolvencia, es decir, con el desequilibrio aritmético, y también existen diversas legislaciones que requieren como presupuesto para la apertura concursal la comprobación del apuntado desequilibrio meramente aritmético, tales como por ejemplo para deudores civiles, personas morales o sucesiones y también para la insolvencia empresarial.

En conclusión este concepto es importante para la regulación de todos los efectos jurídicos del estado de cesación de pagos, especialmente en lo que se refiere a todas las consecuencias de derecho sustancial y procesal que exorbitan todo el derecho privado regulador de las situaciones *in bonis* del deudor, respecto de las obligaciones, contratos, derechos reales, privilegios, nulidades, inoponibilidades, responsabilidad civil o patrimonial y la general situación patrimonial y personal del deudor, etc.

El derecho de la insolvencia comunitario es un ámbito interesante para el examen cómo los distintos ordenamientos europeos determinan el momento y los presupuestos que deben satisfacerse para solicitar y/o decidir la declaración de un estado de crisis económica del deudor, sea diagnosticando o bien pronosticándose su fase más grave, esto es, la insolvencia. (Pérez Ragone & Martínez Benavides, 2015)

La legislación española en la Ley Concursal hace equivalente el término “insolvencia” con “cesación de pagos” en el artículo 2 numeral 2 se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. (Ley 22, 2003)

En Colombia estipula el artículo 538 del C.G.P., la situación o estado de cesación de pagos, fijando un conjunto de parámetros, que son alternativos, así:

a. Incumpla el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de 90 días;

Este inciso establece un lapso de mora en el cumplimiento de la satisfacción de las obligaciones, las cuales deben ser plurales.

b. Cursen en su contra una o más demandas de ejecución o de jurisdicción coactiva exigiendo el pago de alguna de sus obligaciones;

Establece si hay existencia de proceso judicial cuya pretensión sea la exigencia del cumplimiento de alguna obligación, la cual, sea vencida y exigible. Basta que sea una sola demanda.

c. El valor porcentual de las obligaciones con cesación de pagos o reclamadas judicial o coactivamente, representen no menos del 50% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, sin incluir para este cómputo las obligaciones alimentarias.

El legislador colombiano ha querido establecer un criterio económico de la cesación de pagos estableciendo un límite en la cual se puede inferir esa imposibilidad de cumplir, de manera que ha señalado que los dos incisos anteriores deben representar no menos del 50% del pasivo total, a su vez establece una serie de exclusiones de ese pasivo. Se advierte que esta exigencia del 50% del pasivo deja por fuera a otros deudores que pueden estar en situación de impago por causa de la crisis económica, bien por desempleo, u otra causa de fuerza mayor como enfermedad.

Cabe tener en cuenta que en la ley 1380/2010 se excluía -el pago de obligaciones alimentarias. Si bien en el artículo 538 CGP no se establece esta exclusión, puede inferirse del artículo 539 *eiusdem*.

Así pues, asumimos que esta disposición es bastante exigente para el deudor, ya que, por lo menos, debe estar en cesación de pagos de dos o más obligaciones respecto de dos o más acreedores, excluyendo las alimentarias y el valor porcentual de las mismas debe

representar no menos del 50% del total del pasivo; lo cual, limita el número de deudores que puedan acogerse al trámite.

## **2.7. Alternativas para la persona natural insolvente no comerciante**

Ley 1564 de 2012 (CGP), artículos 531 a 576) ofrece al deudor que sea persona natural no comerciante que, por cualquier causa, no pueda satisfacer sus pasivos como se había comprometido con sus acreedores, tres alternativas:

La primera es la llamada negociación de deudas. Se trata de solicitarle a un centro de conciliación especialmente facultado por el Ministerio de Justicia para estos efectos que cite a todos los acreedores del solicitante que concurran a una reunión presidida por un conciliador especializado en esta ley, con el objeto de que consideren y voten una propuesta de pago que se acomode a los ingresos del deudor, que se han visto sensiblemente mermados por pérdida de empleo, divorcio, enfermedad o muerte de quien sostenía el hogar, o cualquier otra causa, circunstancia que haya llevado al deudor a atrasarse en el pago de sus deudas por más de 90 días. No es posible imponer a los acreedores la fórmula propuesta por el deudor, pero la práctica muestra que, ante este tipo de situaciones, el sector financiero acepta sin problemas toda propuesta bien fundamentada.

Es en esta alternativa o etapa donde se cristaliza la finalidad del trámite de la insolvencia. Durante ella se llevan a cabo todas las actuaciones que tienen que ver con la negociación de la propuesta del deudor. La primera situación que cabe plantearse es si es posible llevar a cabo las audiencias de conciliación en los trámites de insolvencia de las personas naturales no comerciantes sin la presencia del deudor. Al respecto el Ministerio de Justicia ha expresado lo siguiente:

“Dicho lo anterior, si el deudor (-directo interesado-) no asiste en el momento propicio para llegar y aproximarse a un acuerdo con sus acreedores sin justificación alguna, la falta de voluntad y seriedad, se entendería fracasada la audiencia por desistimiento tácito del deudor y no existir la posibilidad de confluir las voluntades (-deudor/acreedor). Salvo que los acreedores dispongan una nueva fecha manifiestamente y se cite por parte del conciliador al deudor conforme las facultades y atribuciones del conciliador dadas en el artículo 537 de la citada Ley.” (Nieto, s.f.)

Se comparte la anterior postura, puesto que el directamente interesado en el trámite es el deudor y el hecho de que no concurra a la negociación con sus acreedores es una clara manifestación de su falta de interés en llegar a un acuerdo.

De otra parte, como no está previsto ir directamente a la liquidación patrimonial, lo que debe hacer el conciliador es declarar el fracaso de la negociación y enviar el trámite al Juez Municipal para que se surta esa etapa.

En cuanto al análisis de la etapa de negociación de deudas, ante todo se debe contar con una relación actualizada de las obligaciones a cargo del deudor discriminando cada una de ellas en cuanto a su origen, naturaleza y cuantía. Posteriormente se califican y gradúan los créditos para lo cual solo se tiene en cuenta el monto del capital de cada obligación. Para la calificación y graduación de los créditos se debe respetar el principio de igualdad el cual supone que primero se debe pagar las acreencias de la primera clase, las laborales, fiscales, alimentos, luego los de segunda clase los prendarios, siguen los de tercera clase los hipotecarios y por último los de quinta clase, las obligaciones quirografarias, o sea, las que no están respaldadas con una garantía real.

Si algún acreedor no está de acuerdo con la manera como se califica y gradúa su obligación o la de otro acreedor, se procede por parte del operador de la insolvencia a procurar la conciliación de la misma. Si ello no es posible, tendrá que remitirse la objeción al Juez Municipal para que la resuelva siguiendo el procedimiento establecido en el Código General del Proceso.

Es del caso señalar que en lo que tiene que ver con la relación de acreencias y la calificación y graduación de créditos ha ocurrido que los deudores presentan acreencias ficticias en procura de aumentar su pasivo y crear mayorías artificiales para de esta manera obtener una votación que les sea favorable para aprobar la fórmula de acuerdo propuesta a los acreedores. Todo esto basado en la bondad de la Ley que fundamenta el trámite en el principio de la buena fe. A mi modo de ver este principio no es absoluto y debe ser matizado con la consideración de la buena fe objetiva. No basta la simple afirmación del deudor sobre la existencia de una determinada deuda, sino que, de requerirse su demostración por parte de un acreedor o del mismo conciliador, debe demostrarse su existencia bajo el principio de la buena fe objetiva, lo cual implica

presentar pruebas de su existencia, bien sea documentales, contables o de cualquiera otra índole que acrediten su veracidad.

A este respecto la doctrina ha señalado:

“La buena fe objetiva tiene valor normativo, no solo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Juez para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando. Precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias”. (López Santamaria, 1998, pág. 291)

En este aspecto, se considera que debe existir una mayor atención al momento de la admisión del trámite tanto por los centros de conciliación como del conciliador, como lo determina el C.G.P., en el artículo 537 numeral 4º que establece la responsabilidad de verificar los supuestos de insolvencia y el suministro de toda la información que aporte el deudor. (2012)

En cuanto al plazo para las propuestas, hay que tener en cuenta que la ley establece un plazo máximo de cinco años, prorrogable cuando hay una obligación pactada a un plazo mayor o cuando un porcentaje al menos del 60% de las acreencias lo acepte, según lo prevé el artículo 553 numeral 10º del C.G.P.

La segunda alternativa está prevista para los casos en que el deudor previsorio no se ha atrasado en el pago de sus deudas (o lo ha hecho en menor medida), pero sabe que lo hará próximamente, porque ya se dieron las causas que ocasionarán la baja de ingresos que le impedirá cumplir con él.

En este caso, el deudor puede hacer un acuerdo privado con sus principales acreedores, para llevárselo a los demás a través del centro de conciliación especializado, donde, en audiencia, será convalidado, de manera que sus términos (los del acuerdo) apliquen a todos ellos. Se llama convalidación de acuerdo privado. En cuanto a su aprobación y términos, aplica todo lo dicho para la negociación de deudas. Este mecanismo tiene la ventaja de que, si el acuerdo privado inicial no se logra, es como si no hubiera pasado nada, es decir, no hay consecuencias positivas ni negativas, y el deudor, de igual forma, puede acudir a la negociación de deudas, si así lo decide.

Y el tercero, es la liquidación patrimonial, que es la consecuencia que se sigue de haber solicitado un acuerdo de negociación de deudas y no haberlo logrado, o de haberlo

incumplido irremediablemente, si lo logró. El propósito de la liquidación patrimonial es que se paguen las acreencias con los bienes del deudor.

Esta situación tiene estos efectos de que, si el deudor tiene bienes de apreciable valor, estos se les adjudicarán a sus acreedores, en el orden legal de pago, y lo que exceda del valor de las deudas le corresponderá a él.

Pero si sus bienes no cubren totalmente sus deudas, incluso si no tiene bienes de valor, sus deudas quedarán extinguidas, se convierten en obligaciones naturales, es decir, como si hubieran prescrito, y podrá arrancar de cero a hacer una nueva vida económica y crediticia. No como antes de esta ley, que el deudor que no pagaba efectivamente quedaba siendo deudor hasta su muerte.

La primera pregunta que surge es, ¿Qué pasa si el deudor no tiene bienes que sean objeto de liquidación? la ley prevé el denominado “descargue” que consiste en que las obligaciones del deudor se tornan en obligaciones naturales, con lo cual no son ejecutables por parte de los acreedores.

Puesto que, tales alternativas no excluyen en manera alguna la posibilidad, siempre presente, de que el deudor que no esté en situación demasiado crítica haga un acuerdo de pagos bilateral solamente con sus acreedores más importantes sin acudir a la ley de insolvencia, sino a las normas ordinarias que regulan las obligaciones y los contratos en el Código Civil y en el Código de Comercio.

## **Capítulo III: El proceso de insolvencia de persona natural no comerciante**

### **3.1. La regulación del proceso de insolvencia de persona natural no comerciante**

Se ha expuesto que en el Código General del Proceso se estableció el procedimiento especial de insolvencia para persona natural no comerciante, el cual sustituye lo estatuido en la Ley 1380/2010. Es un procedimiento especial y está regido por los valores principios y normas rectores que informan al proceso, en general, definido en el Código General del Proceso. Es claro que, estos valores y principios provienen del modelo de proceso precisado en la Constitución, lo cual, en forma genérica se conceptualiza como debido proceso.

El procedimiento especial de insolvencia previsto en el C.G.P., está pensado en el marco del Estado social de Derecho, con la finalidad de preservar la dignidad humana y propender a eliminar obstáculos que lo impidan y de esa forma mantener la supervivencia *civil*, en virtud de que el fallido en la sociedad capitalista prácticamente queda imposibilitado de obtener bienes y participar en el tráfico jurídico comercial. Este procedimiento facilita la posibilidad de acogerse con los acreedores, negociar los plazos y otros misceláneos o liquidar el patrimonio sin que ocurra su muerte *civil*. Este procedimiento, sin bien voluntario y estructurado como negociación, pasa, porque deben resguardarse los derechos y garantías que conforman el debido proceso.

#### **3.1.1. El debido proceso**

El debido proceso puede ser comprendido como una cláusula básica que concreta el ideal del Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho. Hay consenso en la doctrina respecto a que no se limitan solo al ámbito jurisdiccional, sino que resguarda todo el espacio de la actuación estatal, pero también los espacios de las organizaciones corporativas o asociativas. Se habla así de un principio transversal a la dinámica del Estado y sus instituciones, llegando a regir la propia vida de las organizaciones privadas. A veces se trata de la sujeción a determinados estándares o procedimientos, pero también hay otros contextos en los que el debido proceso se presenta como una exigencia de trato razonable.

Al tratarse de un principio más que de un conjunto de reglas precisas, el debido proceso se convierte pronto en un estándar que se dirige no solo a los *jugadores* sino, fundamentalmente, al *árbitro*, pero, en general a todos los operadores jurídicos.

El estudio de la jurisprudencia vinculada al debido proceso parte de examinar cómo la tutela procesal efectiva comprende el acceso, el desarrollo y la concreción de la justicia en los procesos jurisdiccionales. El debido proceso, como derecho de estructura compleja, como derecho continente, es estudiado desde sus diversas manifestaciones: el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley (juez natural), el acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad, la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido éste último como todo el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley penal favorable, la presunción de inocencia y sus consecuencias, la defensa técnica y material, el proceso público sin dilaciones injustificadas, el principio de contradicción, la imparcialidad del juez, a la doble instancia, el derecho a la motivación, el derecho a la pluralidad de instancia, el derecho de acceso a los recursos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a la cosa juzgada.

Así pues, el debido proceso es un valor democrático y constitucional, que se erige en principio jurídico procesal o sustantivo según el cual cualquier persona tiene derecho a cierta gama de garantías mínimas en resguardo de sus derechos como persona humana, las cuales tienden a asegurar el resultado justo y equitativo dentro de cada proceso efectuado en donde se haya reclamado un derecho, y a permitir a las personas tener la oportunidad de ser oídas y así hacer valer sus pretensiones frente a cualquier juez o autoridad administrativa, e incluso ante los personas particulares.

El debido proceso constituye un postulado básico del Estado Social de Derecho constitucional democrático, traducido en la facultad del ciudadano de exigir tanto en la actuación judicial como administrativa y a los particulares, el respeto irrestricto de las normas y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto de aplicación de la ley sustancial, las exigencias definidas en el artículo 29 de la Constitución, y preceptuando que el debido proceso es la máxima expresión de las



garantías fundamentales y que cualquier vulneración a las mismas pueden ser alegadas por vía de violación al debido proceso en un sentido amplio.

Expresa LORCA NAVARRETE que, en España, la LEC aclama que:

“justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales”, y más adelante agrega “bregar con el anhelo de una justicia efectiva vinculada inexorablemente con el deseo de plenitud de garantías procesales, supondría, sólo de entrada, decantarse por una opción no meramente instrumental sino efectiva de tutela judicial y que, además, supondría la confluencia de la tutela judicial efectiva, propia del *civil law*, con la del debido proceso de ley (*due process of law*), propio del *common law* por cuanto la «deuda» que se contrae en la aplicación según «ley» de las garantías procesales —debido=deuda contraída en la aplicación de las garantías procesales según la «ley» (*due process of law*)— supone para el *civil law* que «justicia civil efectiva» signifique según el art. 24.2 de la Constitución Española que «todos tienen derecho (...) a un proceso público (...) con todas las garantías”. (Lorca Navarrete, 2016)

En España el Derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, que, a través del proceso judicial, constituye el instrumento de defensa que el Estado pone en manos del ciudadano, para hacer efectivos sus derechos e intereses legítimos, obtener una resolución fundada en derecho y garantizar los derechos de los justiciables. En sentencia 37/2019, de 26 de marzo, dice que ello legitima activamente a la administración recurrente para impetrar la defensa de su limitado derecho a la tutela judicial efectiva, así como la defensa de su derecho a un proceso con todas las garantías. (Sentencia 37, 2019)

En España, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el libre acceso a los órganos jurisdiccionales para un proceso público y con todas las garantías, y así, la STC 13/1981 de 22 de abril en su FJ1º.

El derecho de acceso a la justicia en el marco europeo se configuró inicialmente como un principio del Derecho Comunitario Europeo, que en la actualidad se encuentra expresamente reconocido a toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados, lo cual, genera que tenga derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

El Tribunal Europeo destaca la estrecha relación entre la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 47 y el derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un recurso efectivo en el

artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y en este sentido, se pronunció el TJUE en el caso Sofiane Fahas, Consejo de la Unión Europea, T-49/07, 7 de diciembre de 2010, al declarar que

“El principio de la tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH y reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.” (Consejo de la Unión Europea, 2010)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del procedimiento prejudicial, ha creado un vínculo de unión entre la protección jurisdiccional nacional y europea, estableciendo jurisprudencia relativa a la tutela jurisdiccional efectiva mediante las cuestiones prejudiciales sobre la aplicación del Derecho europeo planteadas por los jueces nacionales.

Así, por ejemplo, en el Asunto Aziz (Asunto C-415/11), se planteó una cuestión prejudicial respecto de la legislación procesal civil española (arts. 681 a 698 LEC), ya que podría vulnerar la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el TJUE resolvió la cuestión planteada el 19 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona en base a que la legislación procesal civil española conculcaba el Derecho europeo y, en aplicación de la Directiva sobre protección de consumidores, permitió al Juez nacional suspender una ejecución hipotecaria y examinar las cláusulas del contrato firmado entre el consumidor y la entidad financiera, a fin de establecer si eran abusivas.

En América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el derecho a un debido proceso legal es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Gene Lacayo Vs. Nicaragua, 1997) el derecho de defensa procesal, es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro.

El tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos le da al debido proceso, está contemplado fundamentalmente en su artículo 8, el cual se debe relacionar con los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 7,5 el artículo 9,6 el artículo 10,7 el artículo 24,8 el artículo 25,9 y el 27,10 todos de la Convención Americana.

La Convención Americana desarrolla algunos principios del debido proceso que en ella se anotan o se coligen y que son consecuencia de los sistemas penales y procesales penales actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un establecer y definir garantías de protección del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social.

Los Estados partes en la Convención Americana tienen la obligación internacional de respetar dichos principios (artículo 1.1 de la Convención) por constituir normas autoejecutables; es decir, normas incorporadas al derecho interno. Por otra parte, en caso de que dichos Estados todavía no hayan establecido dichas garantías mínimas dentro de su legislación interna, tienen la obligación internacional de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de e[s]a Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” artículo 2.1 de la Convención Americana, citado en (Rodríguez Rescia, s.f.)

La Convención Americana en general, es para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que la Constitución es para un Estado democrático. Por lo tanto, es responsabilidad de los Estados Parte en ella que no sea una pura ficción ideológica o una norma programática o bien, una convención nominal. Surge así la necesidad de una jurisdicción interamericana de obligado acatamiento en que los Estados deben respetar los derechos humanos allí establecidos y de adecuar sus legislaciones internas, omisión que los convierte en potenciales violadores de obligaciones generales de carácter internacional<sup>15</sup>.

En Colombia, la CORTE CONSTITUCIONAL al ser el máximo intérprete constitucional y órgano guardián de la defensa de la Constitución, es la autorizada como

---

<sup>15</sup> Vid Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, enmendado por los Protocolos Adicionales N° 3, 5, 8, 11, mayo de 1963, 20/01/66 y 28/11/96

máximo ente para resguardar y conocer reclamos de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso. Entre muchas de sus sentencias, la CORTE CONSTITUCIONAL ha dado criterios, decisiones acerca de la aplicación y definición de lo que se puede considerar el derecho fundamental al debido proceso o proceso justo.

Pero entre tantas sentencias y fallos, esta Corte ha tenido conceptos uniformes acerca del debido proceso diciendo lo siguiente: “es una estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulta arbitraria”.

Asimismo, en sentencia T-458 del 24 de octubre de 1994 la Corte refirió que:

“el debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las relaciones judiciales, mediante el acatamiento del principio de juridicidad propio del Estado de derecho, y que excluye, por consiguiente, cualquier acción *contra legem* o *praeter legem*. En consecuencia, el debido proceso es un derecho fundamental, susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela, ya que las actuaciones de los servidores públicos que solo obedezcan a motivaciones internas, desconocen la primacía de los derechos inalienables de la persona, la protección constitucional de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial”. (Sentencia T-458, 1994)

Por otro lado, para el año 1995, la Corte se manifestó en la sentencia T-158 de la siguiente manera:

“El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: la primera que proceda de una inclinación por la justicia; segunda, que proceda de la autoridad competente; tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arregle prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, así mismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito.” (Sentencia T-158, 1995)

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, así como a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el

derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

“a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;

b) El derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, previamente establecido por la ley;

“c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; derecho a la postulación y alegatos, los derechos a la asistencia técnica dentro del proceso, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso”. (Sentencia C-980, 2010)

Los derechos del hombre, entendidos éstos en su doble dimensión individual, y social, son aquellos que le son propios a su esencia y naturaleza y que tienden al logro de la libertad y de la dignidad del ser humano. (Marín Gómez, 1983)

Esta definición haciendo referencia al aspecto individual del ser humano y a su aspecto social (alteridad), enuncia los derechos del hombre como derechos innatos a éste, con una tonalidad teleológica o finalista constituida por la libertad y la dignidad del ser humano. Es así que, se estima que los derechos fundamentales del hombre son los factores indispensables para el desenvolvimiento de la personalidad de éste y por ende del progreso material y cultural de la sociedad a que pertenece.

Independientemente de la teoría que sustente (iusnaturalista, jurídica, etc.) los derechos fundamentales se erigen en el muro de protección de la persona humana. Es de la naturaleza del ser humano la defensa de su persona, en un principio (haciendo referencia a su evolución), con el uso de la fuerza como mecanismo de defensa y hoy como único ser dotado de inteligencia (racionalidad) y de un lenguaje articulado a través de normas que garantizan tanto la defensa de su persona en su doble aspecto (físico y psíquico), así como la defensa de los derechos que le atañen a él (el derecho a defender sus derechos). El derecho es quien rige las relaciones sociales, llevando a los distintos ordenamientos jurídicos a presentar una jerarquía normativa que preconiza la aplicación de ciertos deberes y derechos que van a conformar una esfera protectora del individuo sometido a esa figura del Estado que debe garantizar el efectivo cumplimiento de dichas disposiciones.

Es en garantía de la libertad que ha sido consagrado en la normativa imperante en cada Estado el derecho a la defensa, como un derecho fundamental, ligado inseparablemente al debido proceso y que permite garantizar la realización de otros derechos. Lo que conlleva a que el derecho defensa arranque del artículo 44 constitucional, pues, éste estatuye la libertad como derecho inviolable, regulando las hipótesis de privación de libertad, de condena y la consagración del derecho de comunicación. El derecho de defensa es fundamental e imprescindible en un debido proceso, ya que el debido proceso involucra la plenitud del ejercicio del derecho a la defensa.

El derecho de defensa es un derecho fundamental de la persona humana, que se encuentra indisolublemente unido a la garantía del debido proceso. Además, permite proteger otros derechos como la libertad, seguridad, certeza, etc., que, de no ser por esta facultad, otorgada a las partes, sería muy difícil materializarlos. Como tal derecho fundamental es irrenunciable e inalienable. Si se produjese en cualquier caso que una parte renunciara al derecho de defensa, en cualquier momento lo puede ejercer sin que le sea exigida formalidad para superar la renuncia, simplemente se considera aquella como no válida. Tampoco, puede ser sustraído o traspasado a terceras personas.

Debe tenerse en cuenta, conforme a la teoría constitucional moderna que la dimensión subjetiva tradicional, de considerar al derecho de defensa como derecho subjetivo, no la agota, puesto que al mismo tiempo la defensa procesal tiene un perfil objetivo o institucional, que lleva a considerarla como un verdadero requisito para la validez de un proceso, es decir, como una garantía de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido. (Carroca Pérez, 1998, pág. 22)

El derecho de defensa integra también el derecho a pruebas. Este derecho tiene diversas dimensiones, que no se reduce a oponer medios probatorios o a impugnar los que obran en su contra. Se manifiesta en: derecho a que el proceso se abra a pruebas, en el sentido de que el proceso debe tener lapsos específicos para la actividad probatoria, consecuentemente a esta apertura las partes deben tener derecho a ofertar pruebas, de manera libre, salvo las limitaciones restringidas que la ley establece; ahora bien, no basta ofertar sino que los medios propuestos sean admitidos y tramitados conforme a la ley, en igualdad de armas; una vez admitidos deben ser practicados en audiencia pública y contradictoria, en cuanto a lo público es posible en ciertas situaciones que haya alguna restricción establecida por la ley, lo cual debe ser decidido por el juez en forma motivada; la prueba practicada debe ser valorada con forma las reglas definidas en la ley y deben expresarse en forma razonada porque se admiten o porque se rechazan, así como fijar las razones que determinan los hechos y, finalmente, derecho a impugnar la prueba ilícita y la valoración de la prueba cuando se hayan quebrantado las reglas de valoración.

Respecto a la prueba ilícita, es menester referir que para analizar este aspecto se tiene que partir de las normas constitucionales.

El artículo 1 constitucional consagra como fines del estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad. Por otra parte, en el artículo 6 *eiusdem*, el Estado garantiza a toda persona el ejercicio de sus derechos y en el 29 se estatuye el debido proceso y en lo específico de pruebas, dispone que “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”. Los órganos del poder público están obligados a respetar y garantizar los derechos de la persona humana (artículo 6) y, también, está el estado obligado a investigar y sancionar los casos de violación de los derechos humanos cometidos por las autoridades (Brewer Carías, s.f.), conforme al artículo 29 *eiusdem*. Vale recordar que en la Constitución colombiana se tiene una protección objetiva que se plasma en el artículo 86 constitucional. Por corolario de esas premisas constitucionales la prueba tiene que provenir en el respeto de la persona y sus derechos.

Puede decirse que prueba lícita es aquella obtenida mediante el debido proceso y con respeto a la persona. Por contrario argumento la prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos de la persona y la ley. PARRA QUIJANO expresa que:

“No existe uniformidad ni en la terminología ni en el contenido de lo que debe entenderse por prueba ilícita”. En todo caso, dice el autor in comento que la prueba ilícita es la que viola derechos fundamentales y que esa violación se puede haber causado para lograr la fuente de la prueba o el medio probatorio. La prueba obtenida mediante la violación del debido proceso es nula (artículo 29 constitucional). (Parra Quijano, 2001, pág. 19)

Es una norma de carácter sustancial lo que implica una protección general. Conforme a PARRA QUIJANO (pág. 21) no hay duda que la norma constitucional es de carácter sustancial y como consecuencia se está refiriendo a todos los casos en que se violen los derechos reconocidos a las personas, en todos los casos, independientemente del proceso específico.

Es importante distinguir que las normas aplicables a las pruebas tienen dos rangos: a) una que devienen del sistema procesal, por ejemplo: las relativas a la experticia, a la declaración de testigos, etc.; las cuales pueden ser violadas y generar ilicitud, por ejemplo, que en la pericia el juez no fije la oportunidad para proceder al nombramiento de los expertos en caso de pericia judicial, lo que procede es la nulidad y se puede fijar fecha conforme a la ley y repetir el acto o no podrá apreciarla en la definitiva por haberse



violado una norma procesal; b) En cambio existen normas sustanciales que en caso de ser transgredidas, generan de inmediato la nulidad, es de pleno derecho, basta que se prueba la forma ilícita para que opere esa nulidad, tales como: amenazas o hechos contra la integridad física, psíquica o moral (artículo 12 constitucional.), tortura o maltratos físicos (ordinales); coacción en la confesión (art. 33); violación del hogar doméstico (art. 28); violación de las comunicaciones privadas (art. 15); en fin cuando haya violación de los derechos fundamentales.

PELLEGRINI GRINOVER define la prueba ilícita así: por prueba ilícita, en sentido estricto, se indicará por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados en la Constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad. Citado en (Parra Quijano, 2001, pág. 22).

Las reglas del debido proceso imponen que la limitación de un derecho fundamental, por ejemplo, allanamiento de domicilio, así como la inclusión de su resultado en el proceso debe hacerse cumpliendo los requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria. No obstante, debe observarse que los vicios de quebrantamiento constitucional o normas sustanciales se manifiestan principalmente en la obtención de pruebas –rara ocasión en la introducción al proceso-; mientras que, por lo general, los defectos de normas procesales o de legalidad ordinaria se manifiesta en la incorporación al proceso, pudiendo subsanar o convalidar la irregularidad y admitirla para que surta su eficacia probatoria.

Y, por otro lado, el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. (Sentencia C-341, 2014)

Es por eso que, debe indicarse que los tratados y convenciones antes indicados señalan la importancia del proceso como garantía irrenunciable para sostener y argumentar los derechos. Pero este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso que, para responder al fin garantista que propone, cumpla al menos, dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue

en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales. Ambos principios: eficacia y rapidez, han de trabajar en armonía. (Gozaini, 2005, pág. 19)

El proceso debe desenvolverse debida y libremente de forma rápida y ágil; en donde no se interpongan obstáculos para alcanzar el fin del mismo, el cual es resolver la controversia planteada. Este principio se relaciona íntimamente con la celeridad procesal. Si el proceso se desarrolla con una tardanza excesiva e irrazonable, puede considerarse lesionado el derecho a un proceso expedito y sin dilaciones indebidas. Pero, también, puede ocurrir el exceso de celeridad y se salten formalidades o lapsos esenciales para el derecho de defensa o para satisfacer el debido proceso.

Además, es importante también el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo, y deben ser autónomos en sus decisiones. (Gozaini, 2005)

Se puede agregar lo que con gran sentido decía FERRAJOLI respecto de la concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho, y al mismo tiempo de la relación entre las que se llamado “*democracia política (o formal)*” y “*democracia sustancial*”, que se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Nuestra Constitución consagra la división de poderes. Las ramas del Poder Público tienen una serie de funciones propias, es decir, que cada órgano por mandato expreso de la Constitución y las leyes, tienen asignadas diferentes competencias. (Ferrajoli, 1992, pág. 13)

Asimismo, el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Sentencia C-341, 2014)

Es claro que, la doctrina de la CORTE CONSTITUCIONAL acoge el desarrollo que se ha dado al deber de imparcialidad del juez. La imparcialidad, al decir de

GOLDSCHMIDT que consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual. (2019) El funcionario público, tanto en el ámbito judicial como administrativo, debe tener presente que el proceso se dirige a garantizar los derechos de todas las personas. De este modo, la decisión sobre una causa debe fundamentarse, siempre y exclusivamente, con relación a los hechos alejados y probados en autos, de acuerdo con las exigencias del derecho.

La imparcialidad se predica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Desde el punto de vista *objetivo* el sentido constitucional asegura que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por ejemplo, emitir opinión anticipada, haber sido instructor (Fiscal), juez de control de causa penal, es decir, por haber tenido una previa intervención en otra instancia del proceso. Por tanto, en caso de existir ese contacto el juez tiene la obligación de inhibición y las partes el derecho de recusación. En cuanto a la *imparcialidad subjetiva* se analiza desde la relación entre las partes y los jueces o magistrados, relación que va desde la familiaridad hasta la enemistad, incluso el interés que se tenga en la causa.

Los jueces deben actuar alejados de toda presión exterior como halagos, amenazas, influencias o manipulaciones. En cada proceso individualizado, siempre tiene que mantener un criterio objetivo de la situación, no debe dejar llevarse por prejuicios o hacer pronunciamientos anticipados.

### **3.1.2. Procedimiento especial**

El procedimiento de insolvencia está ubicado en el Libro Tercero de Procesos, Sección Tercera Proceso de Liquidación, Título Cuarto. “insolvencia de persona natural no comerciante. Por lo que, se señala que es un procedimiento especial.

La especialidad de los procesos civiles viene determinada porque existen determinadas características en estos procesos que los diferencian de los procesos ordinarios, estas

especialidades vienen determinadas por los derechos que se tratan. Los procesos civiles especiales son los que se usan para estos casos, en los que se desarrollan como objeto pretensiones que deben ser especialmente tratadas.

Los procesos civiles especiales lo son porque, tratan sobre materias que se deben tramitar de una forma específica, concreta, prevista en la Ley, ya que por su contenido y los derechos de los que se trata en ese proceso, es necesario llevar a cabo el proceso con unos pasos específicos.

Este procedimiento es especial en virtud de su configuración y el empleo de diversos entes que no tienen investidura jurisdiccional. En cuanto a su configuración establece un procedimiento para tramitar la insolvencia, sustrayéndolo del proceso ordinario de concurso de acreedores que estaba anteriormente, manejándolo de forma diferente al proceso del comerciante, también lo sustrae de los procesos ejecutivos y de los procesos ordinarios de condena. Así pues, El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante es un conjunto de herramientas que el Código General del Proceso dispone para atender la crisis del deudor persona natural no comerciante y permitir su reincorporación al mercado.

En la estructuración de este proceso el Código General del Proceso ofrece dos tipos fundamentales de herramientas: los procedimientos de recuperación y el procedimiento de liquidación. (Pájaro Moreno, 2013)

En primer lugar, los procedimientos de recuperación son escenarios de negociación y de pago en que el deudor persona natural no comerciante tendrá la posibilidad de llegar a acuerdos con todos sus acreedores sobre la forma en que debe cumplir con sus obligaciones. A esta clase pertenecen los procedimientos de negociación de deudas y de convalidación de acuerdos privados. El propósito de este tipo de procedimientos es el de renegociar la totalidad de los créditos del deudor, para lograr un acuerdo con sus acreedores, en el que se tenga en cuenta la situación de crisis y la mejor manera de salir de ella. El acuerdo al que se llegue dispondrá nuevos términos y condiciones para que el deudor atienda las obligaciones a su cargo.

Se considera que este tipo de procedimiento en la cual se configura como una negociación, en cierto sentido yuxtapone los conceptos de negociación y conciliación. Asumimos la tesis de que hay una diferencia fundamental entre negociación y conciliación, puesto que la primera es una negociación directa, porque solo intervienen las partes en conflicto, excluye la intervención de terceros. La negociación es un procedimiento bipersonal porque solo participan las partes negociadoras. En cambio, la conciliación es una negociación asistida, porque además de las partes interviene un tercero llamado conciliador. La conciliación es un procedimiento tri-personal, por que participa además de las partes conciliantes un tercero llamado conciliador, quien las asiste, para que encuentre la solución a su conflicto.

2. En caso de no ser posible una salida negociada de la crisis, el procedimiento de liquidación patrimonial dispone la adjudicación de los bienes del deudor a sus acreedores, hasta donde lo permita su patrimonio. Esta salida corresponde a un verdadero *borrón y cuenta nueva*, que permitirá que el deudor pueda dejar la crisis en el pasado y tener un nuevo inicio para reincorporarse al mercado.

En esta situación la persona natural no comerciante cuando liquida se pagará las deudas hasta el límite de su patrimonio, de suerte que, si no alcanza el patrimonio para solventar la totalidad de las deudas, la persona no quedará como deudora y podrá empezar de nuevo un giro y de esa forma no tendrá *muerte civil* y podrá libremente desarrollar su actividad y por ende su personalidad.

Con relación a la competencia la asigna a los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor, exigiéndose que estén expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho; además las notarías del lugar de domicilio del deudor, lo harán a través de sus notarios y conciliadores inscritos en las listas conformadas para el efecto de acuerdo con el reglamento. Con relación a las controversias previstas en este título conocerá, en única instancia, el juez civil municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el procedimiento de negociación de deudas o validación del acuerdo.

Así, respecto al procedimiento de liquidación patrimonial el juez civil municipal será el competente para conocer.

### 3.2. Competencia

Para comprender el concepto de competencia judicial, en especial, conforme a la asignación que se hace a conciliadores y notarios en los artículos 533 y 534 del CGP, resulta necesario aludir, aunque sea someramente, al término *Jurisdicción*, en el cual encuentra causa y sentido aquélla. Es habitualmente conocido que las comunidades humanas, a partir de un determinado momento de su evolución, se organizan políticamente y atribuyen a ciertos órganos la función de resolver los conflictos surgidos entre los integrantes de la comunidad y entre aquéllos y ésta, eliminando así el uso privado de la fuerza. En el Estado Moderno, tal y como hoy lo concebimos en la actualidad, se inviste de jurisdicción a determinados órganos públicos, los Juzgados y Tribunales, a los que se les confiere en régimen de monopolio el ejercicio de la potestad jurisdiccional, entendiendo por tal la función consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El ordenamiento jurídico, en el artículo 116 dice “La CORTE CONSTITUCIONAL, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar” (1991).

En España, el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978 dispone que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". (Reino de España, 1978)

Pero mientras que la jurisdicción, entendida como la potestad jurisdiccional encomendada exclusivamente a Juzgados y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es única, en el sentido de que no se carece de ella, y, como regla de principio, todos los órganos jurisdiccionales estarían investidos de tan digna función, su ejercicio en el caso concreto por parte de los órganos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas de procedimiento, nos pone en conexión con la idea más próxima, cercana y tangible de competencia judicial. La competencia judicial equivale a la medida

de jurisdicción que tiene un Juzgado o Tribunal para conocer un asunto o conjunto de asuntos con preferencia a otro u otros.

No obstante, debe decirse en el caso colombiano que en el mismo artículo 116 citado excepcionalmente “la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, también establece que Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. (Constitución Política de Colombia, 1991)

La atribución de la competencia a una determinada clase de órgano jurisdiccional en detrimento de otro, también investido de jurisdicción, o a otro órgano no investido de jurisdicción, solamente puede llevarse a cabo por una norma previamente establecida, conforme a la autorización establecida en la Constitución en el artículo 116.

La doctrina distingue competencia objetiva, subjetiva, territorial y funcional, (Rivera Morales, 2011). La competencia objetiva es la atribución del conocimiento de un determinado tipo de asunto a una clase de órgano judicial, por ejemplo, al Juzgado de Primera Instancia o al Juzgado Civil Municipal en detrimento de otra clase de órgano judicial perteneciente al mismo orden jurisdiccional. La genérica atribución de un conjunto de asuntos a un órgano integrante de la planta judicial se establece por la ley, en función de criterios cuantitativos (el valor o cuantía de la pretensión) o cualitativos (la naturaleza de la materia). La competencia objetiva en el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante viene establecida en el Código General del Proceso en el artículo 533 que asigna Competencia para conocer de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos a los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor y a las notarías del lugar de domicilio del deudor, y en el artículo 534 determina competencia de la jurisdicción ordinaria civil al juez civil municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el procedimiento de negociación de deudas o validación del acuerdo.

Las normas de competencia territorial son aquellas que permiten atribuir el conocimiento de un proceso a un órgano jurisdiccional de una determinada

circunscripción o circuito, es decir, permiten determinar qué órgano jurisdiccional concreto es el competente para conocer de un determinado asunto, dentro de los de la misma clase o nivel. Así las cosas, la competencia territorial de la jurisdicción civil es la que determina el órgano jurisdiccional competente por razón de su sede entre aquellos de la misma clase existentes en el territorio nacional y que poseen competencia objetiva en el caso. Esto es, la competencia territorial es la que atribuye el conocimiento de un determinado asunto a un órgano judicial determinado con preferencia a los de su misma clase, (por ejemplo, a los Juzgados de Primera Instancia de Bogotá entre todos los Juzgados de Primera Instancia existentes en toda Colombia). La asignación de competencia al Juzgado de un determinado territorio en disminución de otro se ocasiona, normalmente, por razones de vinculación, conexidad o proximidad de la materia litigiosa o del domicilio del accionante u actor con el territorio en el que ese Juzgado o Tribunal ejerce su jurisdicción.

Hay que indicar que en distinción con las reglas de competencia objetiva y funcional cuya naturaleza es indisponible en todo caso, las referentes a la competencia territorial son, en buena parte, dispositivas o prorrogables, no obstante, en el caso de insolvencia de persona natural no comerciante, las disposiciones regulatorias asignan la competencia funcional, objetiva y territorial, de suerte que no es disponible, ya que está fijada claramente por esas disposiciones.

Por último, la competencia funcional es la que determina el Juzgado o Tribunal al que corresponde conocer de cada acto, etapa o fase del proceso. Este criterio permite saber qué Juzgado o Tribunal es competente para conocer cada una de las etapas o fases del proceso, las incidencias que se suscitaran, así como llevar a efecto las providencias y autos que dictare, con especial referencia a la ejecución de la sentencia o convenio o transacción que aprobara. La competencia funcional en el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante viene establecida en el artículo 534 del CGP. Nótese que incluso le da al Juez Municipal competencia para conocer del procedimiento de liquidación patrimonial.



De la lectura del Código General del Proceso en su artículo 534 se desprende que *la competencia* puede apreciarse de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal municipal en única instancia, obviamente, las partes pueden realizar la denuncia.

### **3.2.1. Centros de conciliación**

La norma rectora que atribuye competencia a los centros de conciliación es el artículo 533. Estableciendo la norma que los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante se pueden realizar en los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

El artículo 11 del Decreto 2677 de 2012, el cual se encuentra compilado en el Decreto 1069 de 2015, se refiere a los Conciliadores habilitados para conocer de los procedimientos de insolvencia y señala, específicamente en cuanto a los centros de conciliación y los conciliadores para conocer de los procedimientos de insolvencia: Por un lado, los conciliadores en derecho que hubieren cursado y aprobado el Programa de Formación previsto en el presente decreto y hayan sido inscritos en la lista conformada para el efecto por el Centro de Conciliación o el notario, según sea el caso. Y por otro, los promotores inscritos en las listas de la Superintendencia de Sociedades para el Régimen de Insolvencia Empresarial que hayan sido inscritos en la lista conformada para el efecto por el Centro de Conciliación o el notario, según sea el caso.

El Gobierno de Colombia mediante Decreto 2677 de 2012 (Diciembre 21) reglamenta algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los Procedimientos de Insolvencia de la Persona Natural no Comerciante, considerando que

“Que el 12 de julio de 2012 el Presidente de la República sancionó el Código General del Proceso, que a través del Título IV de la Sección Tercera del Libro Tercero otorga competencia a los conciliadores y a los notarios para conocer de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos privados de la persona natural no comerciante. Que el artículo 533 del Código General del Proceso difiere al reglamento la forma en que deben integrarse las listas de conciliadores de los centros de conciliación y de las Notarías, para conocer de los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante”. (Decreto 2677, 2012)

Define como objeto (art 1º) del reglamento definir los requisitos con los que deben cumplir los operadores de la insolvencia para conocer de los procedimientos de

negociación de deudas y convalidación de acuerdos privados de los que trata el Título IV de la Sección Tercera del Libro Tercero del Código General del Proceso, los requisitos que deben llenar las entidades que busquen obtener aval para formar conciliadores en insolvencia, las tarifas que pueden cobrarse por conocer de tales procedimientos, la forma de integrar las listas de conciliadores en insolvencia y liquidadores que actuarán en los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante, el tratamiento de los bienes del deudor constituidos como patrimonio de familia inembargable o afectados a vivienda familiar en los procedimientos de insolvencia, y otras disposiciones referidas a la debida ejecución del referido Título.

En el artículo 3° establece un conjunto de definiciones relativas a los centros de conciliación, conforme a las normas del C.G.P. que regulan el instituto de la insolvencia de persona natural no comerciante, en los siguientes términos:

Se entenderá por:

“Aval: Es el reconocimiento que otorga el Ministerio de Justicia y del Derecho a las entidades que busquen impartir el Programa de formación de conciliadores en insolvencia, de que trata el artículo 7° del presente decreto.

Centros de Conciliación: Son los centros de conciliación gratuitos y remunerados expresamente autorizados para conocer de los Procedimientos de Insolvencia, según lo establecido en el artículo 533 del Código General del Proceso.

Centros de Conciliación Gratuitos: Son los centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas que deben prestar sus servicios de manera gratuita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 535 del Código General del Proceso.

Centros de Conciliación Remunerados: Son los centros de conciliación privados, autorizados para cobrar por sus servicios de acuerdo con los artículos 535 y 536 del Código General del Proceso.

Entidad Avalada: Es la institución de educación superior, entidad pública, cámara de comercio, entidad sin ánimo de lucro que asocie a notarios, organización no gubernamental de la sociedad civil especializada en justicia, derecho procesal o insolvencia, que cuenta con el aval del Ministerio de Justicia y del Derecho para capacitar conciliadores a través de Programas de Formación en Insolvencia.

Entidad Promotora: Entidad pública, persona jurídica sin ánimo de lucro o universidad con consultorio jurídico, que, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, cuenta con centro de conciliación.

Juez: Es el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el Procedimiento de Insolvencia, competente para conocer de las controversias jurisdiccionales que se susciten con ocasión de este último, de acuerdo con los artículos 17 numeral 9, 28 numeral 8 y 534 del Código General del Proceso.

Operadores de la insolvencia: Son operadores de la insolvencia de la persona natural no comerciante los conciliadores inscritos en las listas de los centros de conciliación y de las Notarías, los notarios y los liquidadores, quienes ejercerán su función con independencia, imparcialidad absoluta y total idoneidad, en los términos previstos en el Título IV de la Sección Tercera del Libro Tercero del Código General del Proceso y en el presente decreto.

Notaría: Es la institución integrada por el notario y los conciliadores inscritos en la lista que conforme para el efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 533 del Código General del Proceso.

Programa de Formación en Insolvencia: Es el plan de estudios que deben cursar y aprobar quienes vayan a desempeñarse como conciliadores en insolvencia de la persona natural no comerciante, según lo dispuesto en el artículo 8 y siguientes del presente decreto.

Reglamento Interno: Es el reglamento que deben establecer los centros de conciliación para su funcionamiento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 numeral 1 de la Ley 640 de 2001.” (Decreto 2677, 2012)

De acuerdo a las definiciones que precisa el reglamento en el citado artículo 3°, se puede apreciar que existen diversos tipos de centro de conciliación, e incluso entidades que pueden tener centro de conciliación como las universidades. Es importante ver que esta previsión permite que la diversidad de tipos de centro aportaría mayor acceso al justiciable que se encuentre en situación de insolvencia siendo no comerciante.

En el reglamento que se comenta se regula la competencia de los diferentes tipos de centros, así:

Dispone el artículo 4°, que los Centros de Conciliación solo podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia cuando cuenten con autorización por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho. (Decreto 2677, 2012) Instituye el requisito para actuar en estos procedimientos de autorización expresa del Ministerio de Justicia y Derecho, no establece límites en cuanto a la cuantía, según el artículo 6. Si cumplen con los requisitos para ser autorizados.

Mientras que el artículo 5° si define para los Centros de Conciliación Gratuitos de los consultorios jurídicos y de las entidades públicas que solo podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia cuando el monto total del capital de los créditos a cargo del solicitante no supere los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv). (Decreto 2677, 2012)

Sin embargo, podrán conocer de dichos procedimientos sin límite de cuantía cuando en el municipio no existan Notarías ni Centros de Conciliación Remunerados, o cuando

los que hubiere no contaren con la autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho para conocer de los Procedimientos de Insolvencia, en los términos del presente decreto. Los estudiantes conciliadores de los centros de conciliación de los consultorios jurídicos solo pueden conocer de los Procedimientos de Insolvencia en los eventos en que el total del capital de los pasivos no supere los cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Ahora bien, hay un límite de cuantía para el conocimiento de los centros de conciliación gratuitos, pero en los remunerados no hay límite. El artículo 6° estipula que podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia sin límite de cuantía, siempre y cuando cuenten con la autorización expresa del Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme a los requisitos establecido en el reglamento.

Indudablemente, que el Estado debe velar porque aquellos órganos que coadyuvan en la administración de justicia sean idóneos, transparentes y que sean garantes de los valores y garantías constitucionales para un proceso justo. En este sentido el Estado colombiano, en mandato de lo dispuesto en el CGP reglamenta cuales son los requisitos que deben satisfacer los centros de conciliación para prestar el servicio de conciliadores en los procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante. Efectivamente, en el artículo 7° se define estos parámetros de la siguiente manera:

“Los Centros de Conciliación interesados en recibir autorización para conocer de los Procedimientos de Insolvencia deberán presentar ante el Ministerio de Justicia y del Derecho una solicitud en tal sentido suscrita por el representante legal de la Entidad Promotora del centro y reunir los siguientes requisitos:

a) Haber obtenido del Ministerio de Justicia y del Derecho autorización para su funcionamiento como centro de conciliación, como mínimo, tres (3) años antes de la radicación de la solicitud, y que dicha autorización no haya sido revocada;

Es una exigencia razonable, por un lado, debe haber sido autorizado por el Ministerio de Justicia y Derecho, lo que implica que ha satisfecho las exigencias para actuar en conciliación en general, por otra parte, el tiempo, que haya transcurrido como mínimo tres (3) años de funcionamiento, lo que implica que ha acumulado experiencia en el manejo de la conciliación, pero que además ha cumplido con las exigencias legales, pues, no le ha sido revocada la autorización.

b) Haber operado durante los tres (3) años anteriores a la radicación de la solicitud, y haber tramitado a lo largo de ellos no menos de cincuenta (50) casos de conciliación, según reporte generado por el Sistema de Información de la Conciliación;

En este ordinal, se hace notorio que además del elemento temporal, hay la exigencia de la experiencia concreta de tratamiento conciliatorio de no menos de cincuenta casos. Se busca

experiencia, pero también eficacia y rectitud en el manejo de la institución conciliatoria. Obviamente, el número es arbitrario, pero es el parámetro de casos tratados que toma el reglamentador para alcanzar su objetivo propuesto de experiencia y manejo correcto de la institución de la conciliación.

c) No haber sido sancionado por el Ministerio de Justicia y del Derecho en los últimos tres (3) años;

Esta exigencia complementa la anterior, pues no basta el lapso temporal y la cantidad de casos tratados, sino que debe haber rectitud en su manejo, por ello hay el requerimiento de no haber sido sancionado en los últimos tres años.

d) Demostrar que cuenta con salas de audiencias para conciliación con una capacidad mínima de diez (10) personas.” (Decreto 2677, 2012)

Este es un requerimiento material, es adecuado, pues el espacio de celebración de conciliación debe contar con un ambiente físico apropiado para que la gente se sienta segura, confiable y sin tensiones. No obstante, se debe manifestar que, con el desarrollo de las tecnologías de información, en general, con la revolución microelectrónica, se ha venido desarrollando la celebración de mediación y conciliación electrónica, lo que requiere una plataforma apropiada que brinde seguridad y confidencialidad a las partes. Cuestión que debería ser revisada por el Estado colombiano.

Seguidamente, el artículo prevé:

“e) Presentar una propuesta de modificación o adición a su Reglamento Interno, que incluya el procedimiento y los requisitos para integrar la lista de conciliadores en insolvencia de la persona natural no comerciante, en los términos establecidos en el Decreto 2677 de 2012.

Este es un requerimiento de adaptación de los centros de conciliación a la exigencia establecidas en la ley y en el reglamento.

Realizada la solicitud en un plazo de sesenta días (60) calendario, siguientes a su presentación, debe decidir el Ministerio de Justicia y del Derecho, sobre la solicitud, sin embargo, si no están completa la documentación, en ese lapso podrá requerir al centro de conciliación o a la entidad promotora para que complete o adicione la documentación presentada con la solicitud.

Es obligación de los Centros de Conciliación y los notarios establecer, implementar y mantener un procedimiento para conformar las listas de conciliadores en insolvencia.

El Ministerio de Justicia y del Derecho deberá verificar que el reglamento interno de los Centros de Conciliación cumpla con los requisitos establecidos en el presente Decreto 2677 de 2012, para la integración de las listas de conciliadores en insolvencia.

Los Centros de Conciliación velarán por que los integrantes de las listas cuenten con las habilidades necesarias para el desempeño de las funciones que se les encomienden. Cuenten con el título profesional en derecho, administración de empresas, economía, contaduría pública o ingeniería. Y hayan aprobado el Programa de Formación en Insolvencia.” (Decreto 2677, 2012)

Se percibe que el Decreto sobre los conciliadores exige idoneidad, y establece que titulados pueden ejercer esa función, lo cual, parece limitativo, pues hay otras profesiones que tienen capacidad para actuar como conciliadores, por ejemplo, la profesión de psicología, educadores en mención orientación, etc. También es necesario que el conciliador haya aprobado el curso de formación en insolvencia, cuestión que nos parece de vital importancia para el desempeño eficiente en este procedimiento.

### **3.2.2. Notarías públicas**

Acorde al artículo 533 del CGP las notarías tienen competencia para conocer de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante. El decreto 2677 de 2012 reglamenta la competencia de las Notarías, en el artículo 8, las Notarías podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia a través de los notarios, sin necesidad de autorización previa, o de los conciliadores inscritos en la lista que aquellos hayan constituido para el efecto. (Decreto 2677, 2012)

Obsérvese, que hay dos opciones en el procedimiento ante notarias, uno, que lo lleve directamente el notario, los cuales no requieren la autorización previa del Ministerio de Justicia y Derecho, se asume que la investidura de notario lo capacita para actuar como director del procedimiento de conciliación, la otra opción, es mediante los conciliadores que estén en las listas, estos deben ser autorizados previamente.

Cuando el notario conforme la lista de conciliadores en insolvencia para atender este tipo de procedimientos, los conciliadores que la integren deberán reunir los mismos requisitos de formación e idoneidad previstos para los conciliadores inscritos en los Centros de Conciliación, de acuerdo con el Decreto citado.

Los notarios determinarán las listas de conciliadores en insolvencia con un número plural de integrantes que no exceda de treinta (30). Entre las personas que hayan cursado y aprobado el Programa de Formación en Insolvencia de que trata el Decreto o entre los promotores inscritos en las listas de la Superintendencia de Sociedades.

En cuanto al procedimiento es muy fácil ampararse al beneficio, no se requiere demanda, ni abogados, ni trámites en juzgados. La ley da facultad a los notarios para

autorizar el trámite de este instrumento de insolvencia y también para nombrar conciliadores avalados y previamente capacitados en caso de que se considere necesario.

La Ley de insolvencia facilita un procedimiento que antiguamente se hacía a través de jueces y no era tan especializado porque no estaba dirigido a personas en quiebra. Hoy, con el desarrollo del nuevo Código General del Proceso, las personas naturales cuentan con 870 despachos notariales en Colombia, así en todo el país donde se puede adelantar el trámite.

Ante las notarías se puede realizar el proceso de negociación de deudas mediante solicitud o el procedimiento de convalidación de acuerdos. Cualquiera de estos procedimientos puede ser realizado directamente por el notario o bien por los conciliadores de la lista de la notaría. La solicitud del trámite de negociación de deudas puede ser presentada por el mismo deudor o a través de un apoderado judicial, siguiendo el procedimiento de negociación de deudas señalado en el artículo 538 del CGP.

Se indica que para todos los casos la regla general es que cualquier trámite relacionado con insolvencia de persona natural no comerciante, la competencia territorial es el del domicilio del deudor y si por alguna causa no existan en el municipio de domicilio centros de conciliación y notarías, el deudor puede iniciar el trámite en cualquier otro lugar dentro del círculo judicial para el caso de querer acudir a una centro de conciliación o del círculo notarial si lo que quiere es acudir a una notaría.

La persona que desee acceder al beneficio en primer lugar debe informar a sus acreedores de su situación de insolvencia, es decir, expresarles que no tienen la forma de pagar sus deudas; luego el deudor formulará de sus posibilidades de pago con el objetivo de un refinanciamiento. Posteriormente, se acuerdan los acreedores a redactar un acta que especifique cómo se saldará la deuda, dicho documento (preacuerdo) se llevará a la Notaría donde se socializa y se formaliza indicando cuáles son las deudas a cubrir, las razones del incumplimiento, el patrimonio de respaldo, etc.

Lo importante es que el deudor lleve una propuesta de pago real o de lo contrario el acuerdo no es viable. El notario es un intermediario en el proceso para alcanzar la conciliación, pero también puede ocurrir que no se llegue a un acuerdo.

Si no hay acuerdo la deuda quedaría entonces en competencia de un juez. En caso contrario, si se llega a un acuerdo, se firma un acta de conciliación y se hace un seguimiento a las partes para que cumplan lo pactado. De no ser así, nuevamente el caso iría ante un juez mediante una demanda por incumplimiento.

### **3.2.3. Órgano jurisdiccional para resolver controversias del procedimiento**

Es claro, que si bien los centros de conciliación y las notarías el legislador les asigna competencia para conocer el procedimiento de insolvencia de negociación de deudas y convalidación de acuerdos es una competencia restringida que no tiene poder de decisión sobre las controversias o contradicciones que se presente en el transcurso del procedimiento. Por ello, el legislador ha determinado que en caso de esas controversias la competencia sea de la jurisdicción ordinaria civil en el órgano del juez civil municipal del domicilio del deudor o en la sede que se lleva a cabo el procedimiento.

En el CGP se establece en el artículo 534 (vid. También art. 19 *eiusdem*) lo siguiente: “De las controversias previstas en este título conocerá, en única instancia, el juez civil municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el procedimiento de negociación de deudas o validación del acuerdo”. (Código General del Proceso, 2012)

La ley derogada 1380/2010, establecía en el artículo Conocerá, en única instancia de las controversias contenciosas previstas en esta Ley, el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor, a través del proceso verbal sumario en los siguientes casos:

- “a. Cuando así lo disponga la presente ley por presentarse situaciones en desarrollo del procedimiento de insolvencia que superen las atribuciones o la competencia conferida legalmente al conciliador.
- b. Cuando el acuerdo de pagos que resulte del procedimiento de insolvencia sea impugnado. Los jueces civiles deberán dar prelación a los procedimientos de insolvencia que les sean dados a conocer, sobre los demás procesos que en materia civil les competen.” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Es más adecuada la forma como se regulaba la intervención del juez municipal en el procedimiento de insolvencia en la ley derogada, pues confería mayor claridad. Es por eso que, es pertinente observar cómo se podía determinar esa intervención con mayor precisión. Las situaciones contempladas en la ley de insolvencia que imponen la intervención del juez, son:

- “1. El incidente de Revisión (art. 13). Cuando el conciliador o cualquiera de los acreedores advierta que el deudor omitió relacionar bienes u obligaciones.
- 2. Las restricciones a la solicitud de trámite de negociación de deudas en los eventos indicados en el artículo 19 de la presente ley.



3. Decisión sobre objeciones no conciliadas (art. 23).” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

El juez, a solicitud del conciliador, declarará fracasado el trámite de negociación de deudas una vez verifique que se cumple alguna de las siguientes causales:

“a. Si se demuestra que dentro de los seis meses anteriores a la aceptación de la solicitud el deudor gravó o transfirió a cualquier título bienes sujetos a registro, a juicio de un perito en detrimento de la prenda general de los acreedores, y

b. Si se demuestra que el deudor fingió una separación de bienes de su cónyuge o traspasó a cualquier otra persona la titularidad de uno o varios de sus bienes que representen más del 10% del total de sus activos con antelación a la fecha de la solicitud del trámite de negociación de deudas, con el fin de insolventarse.” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Se aprecia que, se debe entender que este numeral tenía aplicación también cuando el deudor fingió la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Desafortunadamente, no previó la ley la situación que se presenta y que impide el trámite de negociación de deudas por el conciliador.

“c. Cuando el deudor afirma en la solicitud, que desconoce el domicilio, lugar de habitación o trabajo de alguno de sus acreedores, o cuando no se logra citarlos personalmente debido a que la dirección no existe o el citado no reside en ese lugar, ya que en estos eventos debe procederse al emplazamiento de quien deba comparecer al trámite y designarle un curador, actuación que no puede realizar el conciliador, y que debería ser otro evento de intervención del juez;

d. Cuando el acuerdo de pagos que resulte del procedimiento de insolvencia sea impugnado por las causales consagradas en el artículo 29 de la presente ley 1380/2010, y

e. Se debe incluir en este evento la solicitud de declaratoria de incumplimiento del acuerdo cuando existan diferencias en torno a las causas que generaron dicho incumplimiento.” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Los jueces civiles deberán dar prelación a los procedimientos de insolvencia que les sean dados a conocer, sobre los demás procesos civiles.

Establecía la ley derogada referida que el Juez Civil Municipal que conozca la primera de las controversias que se susciten en el trámite previsto en la ley de insolvencia, conocerá de manera privativa de todas las controversias que se presenten durante el trámite o ejecución del acuerdo.

El Ministerio Público podrá hacerse presente a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, debiéndolo hacer en los casos en que se discutan obligaciones de jurisdicción coactiva o reclamación de alimentos.

Desafortunadamente esta disposición no soluciona el problema, ya que la facultad que se le concede al juez es la de declarar fracasado el trámite o incumplido el acuerdo, después de tramitar un proceso verbal sumario, decisión que puede adoptar el conciliador en los casos enunciados en la norma, sin necesidad de intervención judicial.

Por el contrario, lo que va a generar esta disposición es congestión de los despachos judiciales, además de entorpecer el proceso de negociación, ya que el conciliador queda supeditado a lo que decida el juez y en muchos casos la decisión la va a proferir el juez cuando el término para adelantar el trámite de negociación se encuentre vencido, lo que impedirá su continuación por parte del conciliador.

Finalmente, dispone el artículo 534 CGP que el juez civil municipal también será competente para conocer del procedimiento de liquidación patrimonial. (Código General del Proceso, 2012)

Indudablemente, que el proceso de liquidación supone un conjunto de actos, como: subastas, adjudicaciones, revocatorias de daciones o contratos, suspensión de procesos, etc. Por otra parte, para la atención de las obligaciones deben seguirse las reglas del concurso. Así que para todos estos actos se requiere que el órgano este investido de jurisdicción ordinaria. De manera *lege ferenda*, en consonancia con la Constitución es posible que estas facultades sean otorgadas a los conciliadores ya los notarios.

En el CGP en el párrafo único del artículo 534 se mantiene como forma de prelación el conocimiento por primera vez que haya tenido el juez municipal, así lo señala: Párrafo. El juez que conozca la primera de las controversias que se susciten en el trámite previsto en esta ley, conocerá de manera privativa de todas las demás controversias que se presenten durante el trámite o ejecución del acuerdo. En estos eventos no habrá lugar a reparto. (Código General del Proceso, 2012)

Como se observa, dispone acertadamente, el párrafo transcrito, que no habrá lugar a distribución de causa, pues tiene la prelación el juez que haya conocido la primera de

las controversias en ese procedimiento. Esta norma concentra el procedimiento en un órgano para evitar duplicidades y decisiones contradictorias.

### **3.3. Sujetos y órganos de los procedimientos de insolvencia**

Sujetos procesales son aquellos que en el proceso civil ante órganos jurisdiccionales están facultados para realizar actos procesales independientemente de la posición que ocupen dentro del proceso. Así pues, son sujetos procesales todos los intervinientes en el proceso, todos los que hacen el proceso: El juez, el actor, el opositor, el tercero (cuando existe), los que intervienen en incidencias, los actores populares, el ministerio público, y también, todo aquel que por ministerio de la ley puede intervenir en un proceso.

La doctrina diferencia entre quienes tienen la calidad de parte, terceros e intervinientes. El concepto de sujeto procesal es omnicompreensivo de todos ellos. Por lo que, se examinarán cada una de estas figuras.

#### **3.3.1. Las partes**

El término parte es un vocablo de origen latino *pars, partis* que significa porción de un todo; dentro del proceso, que es el todo, la parte será la porción del proceso, esta palabra alude a los elementos subjetivos (sujetos) que deben concurrir ante el órgano jurisdiccional para que se diga el derecho respecto a ellos en la cuestión principal.

Se define, en forma general, como parte procesal aquel o aquellos sujetos jurídicos que procuran, o frente a los que se pretende, una tutela jurisdiccional concreta y que, interesados por el pronunciamiento Judicial correspondiente, aceptan completamente los derechos, cargas, y responsabilidades inherentes al proceso. El concepto de parte es una noción estrictamente procesal o adjetiva, aplicable únicamente al proceso de la función jurisdiccional, y con referencia exclusiva al mismo.

Un proceso civil no podría existir sin el estímulo o petición de quien insta el mismo, esto es el demandante (principio dispositivo). En su situación activa de ejercicio de una pretensión, se puede encontrar una persona física o jurídica (incluso excepcionalmente un ente sin personalidad jurídica), o una pluralidad de ellas (ej. litisconsorcio activo) que son quienes ejercitan los derechos subjetivos que quieren se vean reconocidos.

Frente a ella habrá también alguien (demandado) que será el destinatario de la pretensión de la parte demandante.

Debe tenerse presente que la posición de los sujetos en el proceso no tiene por qué corresponderse necesariamente con la relación jurídica material antecedente que plantea la llamada cuestión de fondo, y que se encuentra estrechamente relacionada con la conceptualización sustantiva de la legitimación.

Escribe DEVIS ECHANDÍA (1962) que son partes principales:

“todas las que sostienen una posición personal o independiente en la Litis, dentro del proceso, como los demandantes y demandados, el denunciado en el pleito, los acreedores citados para hacer valer sus créditos, el Ministerio Público cuando la ley exige su intervención en defensa de la sociedad o de incapaces, y los terceros intervinientes (...)”. (Tratado de Derecho Procesal Civil)

En sentido amplio se distinguen unas partes, que son personas naturales o jurídica, de carácter privado, en el sentido que no guardan conexión con la Administración o el Estado, en contraste a otras públicas, que actúan forzosamente en el curso del proceso, pero que forman parte del órgano jurisdiccional, cuales son el Juez o el secretario del tribunal.

El proceso se concibe como un complejo de relaciones que se dan entre los diversos sujetos que intervienen, el órgano y la ley.

En cuanto a las partes, COUTURE citando a Wach expone: “No se trata solamente de relaciones de partes a juez y de juez a partes, sin nexo o ligamen de las partes entre sí. Por el contrario, existen vínculos entre las partes que vienen, en cierto modo, a cerrar el triángulo.” (1978, pág. 135)

Parece evidente afirmar que, la parte en un proceso, es cada una de las personas naturales o jurídicas que intervienen en defensa de sus derechos y procura de tutela en forma válida en el curso del mismo. Sin embargo, es necesario clarificar otros conceptos.

En la doctrina se afirma que:

“Son partes aquel (o aquellos) sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional mediante demanda, sea en interés personal o de otro y aquel (o aquellos) frente a los que se solicita aquella tutela y quien interviene luego de modo permanente y no transitorio ni incidental que se verán afectadas por la resolución judicial. Así serán considerados partes legítimas

quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.” (Monroy Cabra, 2001, pág. 292)

Se debe también considerar el número de personas que ocupen una misma posición en el proceso, pues puede ocurrir la existencia de un litisconsorcio: activo, si varias personas ocupan la posición demandante, y pasivo si ocupan de demandada. Claro que el Litis consorcio puede ser forzoso o voluntario. El requisito esencial es que estas personas vengán unidas porque el ejercicio de las acciones que se ventilan, provenga de un mismo título o causa de pedir.

En el procedimiento de insolvencia hay pluralidad de partes pasivas, pues son varios los acreedores, pero no son de ninguna manera Litis consortes. La presencia de pluralidad de partes no conforma en este procedimiento la figura del Litis consorcio. No hay conexión de las causas, sino que simplemente hay un concurso o concurrencia de personas prevista por la ley como procedimiento especial en una situación fáctica y jurídica determinada y que han sido señaladas como acreedores por el deudor solicitante del procedimiento, y que les une solo el interés de salvaguardar sus intereses ante una parte común y que la ley prevé que debe hacerse bajo ese procedimiento. El procedimiento de insolvencia es un procedimiento especial que se ha previsto para que el deudor en situación de cese de pagos, pueda acudir para negociar sus deudas y poder continuar su vida civil sin acoso de acreedores. No es un proceso declarativo ni de condena en el cual no se emite sentencia.

### **3.3.2. Capacidad**

No obstante, para ser parte en el proceso se requiere que la parte tenga capacidad procesal. Esta capacidad para ser parte constituye un presupuesto procesal, de carácter absoluto e insubsanable, del que depende la válida constitución de la relación jurídica procesal, cuya naturaleza de orden público, determina que su falta sea apreciable de oficio en cualquier momento procesal (vid arts. 53 y 54 del CGP).

Tradicionalmente se ha determinado un paralelismo entre la capacidad civil y la capacidad procesal. Hoy día se ha superado ese paralelismo. En todo caso se verifican algunos conceptos.

Se entiende como capacidad jurídica de una persona natural o jurídica la aptitud para ser titular de derechos y asumir obligaciones.

Se denomina capacidad de obrar como la medida de la aptitud para ejercer los derechos y cumplir los deberes, comprende la capacidad contractual, capacidad procesal.

De manera que la capacidad para ser parte es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la capacidad procesal es el libre ejercicio de los derechos en un litigio y realizar actos procesales. Así pues, para intervenir en el juicio es preciso contar con la capacidad procesal, esto es la aptitud de intervenir en el proceso de forma activa o bien, pasiva. La capacidad de ser parte procesal se constituye en un presupuesto procesal de carácter absoluto e insubsanable, del que depende la válida constitución de la relación jurídica procesal, como es norma de orden público, el juez puede apreciarla en cualquier momento del proceso.

El CGP siguiendo la doctrina moderna prescinde del paralelismo tradicional y establece:

“Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. Los patrimonios autónomos.
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley.

Toda persona natural tiene capacidad para ser parte en el proceso desde el nacimiento hasta la muerte, aun él que estar por nacer.

Las personas jurídicas acreditan su existencia conforme a la ley sustancial. Hay personas jurídicas de Derecho público, como La Nación, Los Departamentos, los municipios y otros reconocidos por la ley. Y hay las personas jurídicas de Derecho privado, como: las sociedades mercantiles, asociaciones sin fines de lucro.” (Código General del Proceso, 2012)

De las personas privadas que es de las que hay que predicar la capacidad para ser parte, antes expuesta, se distinguen las que ocupan una posición activa, esto es de ejercicio de una pretensión, de aquellas que son reclamadas para que verifiquen una prestación de hacer, no hacer, emitir una declaración de voluntad o entregar alguna cosa, y que se encuentran en una situación pasiva. De entre los primeros, por ejemplo, el demandante, y entre los segundos, el demandado.

### 3.3.3. Legitimación

El tema de legitimación ha sido uno de los conceptos jurídicos más controvertidos y más borrosos del Derecho procesal. La legitimación es un concepto que define la posibilidad de acceder a los Tribunales y las condiciones y circunstancias que permiten hacerlo, en función de la relación que se tiene con el objeto del procedimiento. Consiste en un derecho a la jurisdicción y a la acción ante los Tribunales sobre un determinado derecho, por lo que puede decirse que es la facultad de promover e intervenir en un proceso concreto como parte activa o pasiva.

En tal sentido guarda estrecha relación con la idea de capacidad, pero se diferencia de ella en que mientras la capacidad define las condiciones generales para intervenir en el proceso, la legitimación determina las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona. No constituye un presupuesto del derecho al proceso, sino un requisito de la acción que se ejercita en el proceso, que deriva de la titularidad de la acción que se reclama, pues, en definitiva, la legitimación se determina por esa titularidad. (Montero Aroca, 2007)

La legitimación proviene de la relación del sujeto del proceso con el derecho material que se ejercita en él. De ahí que se trate de una cuestión que afecta al fondo del asunto debatido en el juicio y traspase la frontera de las condiciones procesales para actuar en él. Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional española ha dicho en algunas ocasiones:

"La condición de parte que aquí se debate es la material o "ad causam", no la procesal, aunque la primera determine la segunda y la legitime. Esta legitimación, en definitiva, viene prefigurada por la atribución a la persona del derecho material discutido; por su titularidad, sea directa o indirecta, sea convencional o legal, mediante la cual se incluye en el ámbito de su patrimonio la cosa o el derecho discutido". (Sentencia 135, 1986)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, rec. 213/2000, ofrece una definición completa de la legitimación:

"consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar" y exige "una adecuación entre la

titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido", según las SSTs 31-3-97 y 28-12-01 que se citan en la misma". (Sentencia 213, 2007)

A veces suele confundirse los términos de legitimación *ad causam* y legitimación *ad procesum*. Ambos términos integran la denominación que tradicionalmente se ha dado a las dos manifestaciones de la legitimación, que se mantiene en la actualidad.

Simplificando su sentido, puede decirse que la *legitimación ad causam* es la facultad que corresponde al sujeto activar un proceso por la relación material que ostenta con el derecho que se ejercita, bien por ser titular del mismo, bien por estar habilitado para ejercitar el ajeno. La legitimación *ad procesum*, es la condición que debe reunir el sujeto anterior para ser parte en un determinado proceso. La parte no solo tiene que ser titular del derecho (*legitimatío ad causam*), sino que, además, tiene que encontrarse en condiciones de poder ejercerlo (*legitimatío ad procesum*).

En ese sentido, la legitimación tiene una cierta similitud con la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.

En su tiempo DEVIS ECHANDÍA contradujo la concepción de Couture sobre los conceptos de *legitimatío ad causam* (derecho sustancial) y *legitimatío ad procesum* (legitimación en el proceso). Indicaba DEVIS ECHANDÍA que puede haber debida legitimación para obrar y la sentencia ser de mérito o de fondo, pero desfavorable, por no ser el demandante el verdadero titular del derecho material, o no serlo el demandado de la obligación correlativa, o no existir ese derecho (Devis Echandia, 1962, pág. 635).

DEVIS ECHANDÍA define la legitimación así:

“En lo que respecta al demandante, la legitimación en la causa es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (proceso contenciosos), o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (proceso voluntarios). Y por lo que al demandante se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda (procesos contenciosos, ejecutivos, de condena, declarativos o de declaración constitutiva)”. (Devis Echandia, 1962)

Ahora bien, en el proceso al requerirse la bilateralidad aparecen los dos sujetos activo y pasivo. Por lo que, la legitimación puede ser:

a) Activa, la que se refiere al actor o demandante del proceso.



b) Pasiva, la que se predica del demandado.

De ambas modalidades la que tiene especial interés es la activa, porque su ausencia puede determinar la desestimación de las pretensiones deducidas en el proceso. Quien ha de procurar ostentar la titularidad o la relación con el derecho que le autoriza a reclamarlo es el actor, pues si no tuviera esa cualidad, se desestimaría su pretensión. Mientras que la pasiva es secundaria, porque si el demandado carece de ella, porque no ostenta respecto al derecho que se acciona la situación jurídica que predica la demanda, se producirá su absolución, por no corresponderle jurídicamente realizar la prestación que se reclama en el proceso, al no estar dirigida la acción contra el obligado a cumplirla.

MONTERO AROCA<sup>16</sup>, con relación a las clases de legitimación, escribe que cuando se trata de “la ordinaria se contesta que está legitimado quien afirma su titularidad del derecho subjetivo material y pasivamente aquel al que se le imputa la obligación”. (2007) Expone que hay legitimación extraordinaria “cuando hay que cumplir con unos supuestos para su interposición sin necesidad de hacer las afirmaciones de titularidad. Afirma que en los procesos de ejecución es difícil encontrar una conceptualización clara en el Derecho Procesal. El problema es que se parte del supuesto de que la legitimación viene determinada en el título ejecutivo, hasta el extremo de que el mismo concepto de parte se refiere a la condición de aparecer en el título ejecutivo como titular del derecho o de la obligación, de modo que el título determina sin más a los legitimados activa y pasivamente (el título es la *causa petendi*). Por tanto, en los juicios ejecutivos se está ante una legitimación extraordinaria en virtud de la ley

En España en la Ley Concursal en el artículo 3, se trata sobre la legitimación

“1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.” (Ley 22, 2003)

Este artículo prevé una excepción, cual es que no concede legitimación al “acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido

---

<sup>16</sup> MONTERO AROCA, Juan. (2009) Tratado de Ejecuciones Hipotecarias. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 471-473.

el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento”. (Ley 22, 2003)

Los otros numerales que contiene el artículo 3 no aludimos porque se refiere a personas jurídicas o en caso de herencias, lo cual no se puede comparar con el procedimiento de insolvencia para persona natural no comerciante establecido en Colombia.

Se observa que la Ley Concursal española ha optado por la reducción de los órganos del concurso de acreedores, de suerte que, solo el juez y la administración concursal son órganos necesarios, frente a la eventual convocatoria de la junta de acreedores. A su vez, la estructura del procedimiento tiene implicaciones en relación con los sujetos intervinientes, lo que conlleva la dificultad de determinar no sólo el régimen jurídico de los sujetos que intervienen en el concurso, sino también, la calificación que merezca cada una de las actuaciones de un mismo sujeto porque distinta es su consideración legal. Los ejemplos más significativos a este respecto son la actuación de los acreedores y de la administración concursal. E igualmente, la singular fisonomía del procedimiento de concurso condiciona el régimen de personación y de actuación de las partes procesales, que podrá comprender el procedimiento en su conjunto, o en otro caso, ceñirse a concretas secciones o actuaciones de aquél.

Así las cosas, indudablemente que para establecer claramente el problema de los sujetos procesales debe hacerse la delimitación del concepto de parte procesal y el análisis de la fisonomía propia del concurso frente al procedimiento civil, en todo caso, hay que precisar en lo previsto en el CGP que en el procedimiento se tienen dos situaciones: la negociación de deudas o convalidación de acuerdos, y la liquidación patrimonial. Tomando en consideración los factores que singularizan el régimen de las partes en el concurso tradicional, debe distinguirse entre el carácter necesario o contingente de la intervención de las partes en el concurso.

En el procedimiento de insolvencia, en forma general, es aplicable a las personas naturales no comerciantes. Esto nos coloca que la persona legitimada en este procedimiento para pedir el régimen de insolvencia, como parte activa, es la persona natural no comerciante. Hay dos condiciones en esta previsión. Ser persona natural y no tener la condición de comerciante. En todo caso, debe distinguirse su legitimación en las

diferentes fases de la insolvencia: en negociación de deudas, convalidación de acuerdos y liquidación patrimonial.

En el caso de la negociación de deudas el legitimado activo es el deudor no comerciante que cumpla la condición de *cesación de pagos*. Esto implica que el deudor para proceder a hacer la solicitud de negociación de pagos debe estar en esa condición de cesación de pagos. En este sentido, su legitimación está condicionada a ese estado, obviamente si no se encuentra en la previsión del artículo 538 CGP no tendrá legitimación para hacer la solicitud.

El procedimiento de insolvencia para personas naturales no comerciantes, aplica tanto para quien es deudor, como para quien es fiador o codeudor.

#### **3.3.4. Representación procesal**

En primer lugar, hay que expresar que las personas naturales con capacidad, acorde con el artículo 54 del CGP, pueden comparecer en juicio, está ligado directamente a los derechos fundamentales: de ser oído y de derecho de defensa, dice la norma “Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso”. Las personas que no tengan capacidad deben tener representación, la misma norma dispone “Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales”. Los artículos 55 al 59 regulan lo relativo a la representación procesal. (Código General del Proceso, 2012)

La representación consiste en un fenómeno de carácter jurídico en virtud del cual una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de este, autorizado para ello por el interesado (representación voluntaria) o por la ley (representación legal).

Ahora bien, en función del derecho de defensa las partes tienen derecho a asistencia técnica, efectivamente, el CGP, consagra este derecho en el artículo 73 que dispone las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. (2012)

En el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, acorde con el artículo 539 CGP la solicitud de insolvencia puede ser presentada también por el representante o apoderado judicial, la norma dice “La solicitud de trámite de negociación de deudas podrá ser presentada directamente por el deudor o a través de apoderado judicial”. (2012) Esto reafirma que en este procedimiento puede contar o no el deudor, de acuerdo a su voluntad, con asesor jurídico o no.

Se supone que los conciliadores y el notario son sujetos imparciales que intermedian entre las partes para soluciones conforme a derecho y sin privilegiar a ninguna parte y salvaguardando las garantías y derechos procesales. Si bien en realidad el procedimiento no prevé que haya asistencia jurídica obligatoria, pero tampoco la prohíbe, con la norma citada 539 se puede sostener que no lo deja claramente establecido, sino que lo autoriza, pero dada la naturaleza de este procedimiento deja la libertad a las partes para la asistencia jurídica.

Pareciera discutible que los autos de acuerdos de negociación de deudas o validación de acuerdos en los cuales no esté presente asesor jurídico del deudor podrían ser impugnados. Observando la norma rectora sobre la asistencia jurídica en el CGP el artículo 73 que establece que “Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa”. (2012)

Pues como se percibe la norma contempla la excepción que trae el citado artículo 539 *eiusdem*. Además, se considera que no, pues se trata de una negociación deudas en el cual el deudor busca nuevos plazos y mejores condiciones, en donde en realidad no hay que hacer uso de las técnicas jurídicas. En cambio, en el caso de liquidación patrimonial, allí si se aprecia que debe haber un asesoramiento jurídico obligatorio, pues implica un conocimiento técnico en diversas fases de la liquidación patrimonial.

### **3.4. Gratuidad del procedimiento**

En el Estado Social de Derecho se ha proclamado el acceso de justicia como derecho fundamental, por tanto, para todos, por lo que se ha buscado la manera de establecer la

justicia gratuita. Numerosos ordenamientos han acogido la gratuidad como un derecho que les corresponde a los justiciables<sup>17</sup>.

En diversas constituciones afirman la justicia gratuita (Ejemplo, Vid. Art. 26 CRBV) la garantía de acceso a la justicia podría quedar vacía de contenido si quienes carecen de recursos económicos no pueden acceder al sistema de justicia, de ello deriva, por tanto la proclamación de que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por un proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su entorno familiar; es por ello, que nadie puede ser privado del acceso la justicia por falta de recursos económicos, ya que una de las principales obligaciones del Estado es la de proveer con sus medios los canales y sistemas para que cada persona pueda dirimir sus conflictos jurídicos y esclarecer sus pretensiones sin que esto implique para él un costo total, que se convierta en un imposible su derecho de acceso a la justicia y que se menoscabe su Derecho de Defensa.

Señala USECHE (2000) “el alto costo que ha implicado para las partes formular sus pretensiones en la vía jurisdiccional, indudablemente ha constituido una barrera o traba en el acceso a la justicia”; con la consagración constitucional la actuación de los órganos jurisdiccionales es gratis y no podrán los jueces cobrar tarifas de ninguna especie. No obstante, no está claro los costos de los auxiliares.

Es, pues, un derecho que por mandato constitucional poseen los ciudadanos de acceder a la justicia, sin que se les imponga un pago por la utilización de los servicios judiciales. Esta gratuidad garantiza al individuo el ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso, ya que le permite actuar dentro del proceso en igualdad de condiciones ante los que se encuentran económicamente por encima de él.

---

<sup>17</sup> La justicia es gratuita en tanto que el justiciable no debe pagar o hacer ninguna erogación en cuanto al servicio mismo de justicia. No obstante, debe advertirse que la gratuidad de la justicia tiene diversos matices, por ejemplo, debe ser total en los procesos que nacen de las acciones públicas, salvo la posible condena por temeridad en la acción. Hay gratuidad total, también, en los procesos penales y laborales, en los civiles en casos de amparo de pobreza. No debe olvidarse que hay normas, que obligan a la condena en costas. También, está el caso de los árbitros que son juzgadores no profesionales y son remunerados por las partes.

Acorde con lo establecido en la Constitución se encuentra el Código General del Proceso que establece en su artículo 151 amparo de pobreza que no es más que el beneficio de la justicia gratuita así:

“Artículo 151. Procedencia. Se concederá el amparo de pobreza a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso.” (Código General del Proceso, 2012)

El tratadista EMILIO CALVO BACA señala:

“La justicia gratuita es concedida a las personas que carecen de las condiciones económicas para sufragar los gastos del proceso, honorarios de abogados, emolumentos a los funcionarios judiciales, timbres fiscales, papel sellado, derecho de registro, y otros, en general, para satisfacer los aranceles de la administración de justicia, por lo tanto, es un beneficio a favor de los jurídicamente pobres, que están privados de recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que demanda la justicia esperada.” (Calvo Baca , 1986, pág. 123)

En el proceso colombiano se regula este trámite de pobreza, en el cual puede presentarse la solicitud antes de incoar la demanda, pero también puede formularse la solicitud durante el proceso. En efecto, en el CGP el artículo 152. Determina que el amparo podrá solicitarse por el presunto demandante antes de la presentación de la demanda, o por cualquiera de las partes durante el curso del proceso.

Exige la norma que el solicitante deberá afirmar bajo juramento que se encuentra en las condiciones previstas en el artículo precedente, es decir, en condiciones de insuficiencia o de carencia de recursos para atender el proceso, y si se trata de demandante que actúe por medio de apoderado, deberá formular al mismo tiempo la demanda en escrito separado.

Cuando se trate de demandado o persona citada o emplazada para que concurra al proceso, que actúe por medio de apoderado, y el término para contestar la demanda o comparecer no haya vencido, el solicitante deberá presentar, simultáneamente la contestación de aquélla, el escrito de intervención y la solicitud de amparo; si fuere el caso de designarle apoderado, el término para contestar la demanda o para comparecer se suspenderá hasta cuando éste acepte el encargo.

En cuanto al trámite, este se regula en el artículo 153, así: Cuando se presente junto con la demanda, la solicitud de amparo se resolverá en el auto admisorio de la demanda.

En la providencia en que se deniegue el amparo se impondrá al solicitante multa de un salario mínimo mensual (1 smlmv).

Finalmente, el artículo 154 determina los efectos que conlleva en el proceso en beneficio de quien se le haya concedido, estableciendo

“El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas.

El auto de concesión de amparo de pobreza deberá fijar el defensor del beneficiado. De manera que, señala la norma que “En la providencia que conceda el amparo el juez designará el apoderado que represente en el proceso al amparado, en la forma prevista para los curadores *ad litem*, salvo que aquél lo haya designado por su cuenta”. (Código General del Proceso, 2012)

Es claro que estas normas rectoras orientan todo el proceso, esto es, cualquier procedimiento que se halle en el CGP debe ser sometido esas disposiciones en caso de estar alguna de las partes en condición de carencia de recursos para sustentar un proceso. No obstante, el legislador previo, por la misma naturaleza del proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, que lleva implícito que hay carencia de recursos, estableció una forma especial de gratuidad en el artículo 535, el cual estipula:

“Los procedimientos de negociación de deudas y de convalidación de acuerdo ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos. Los notarios y los centros de conciliación privados podrán cobrar por sus servicios.

Las expensas que se causen dentro de dichos procedimientos deberán ser asumidas por la parte solicitante, de conformidad con lo previsto en las reglas generales del presente código.

En el evento en que las expensas no sean canceladas, se entenderá desistida la solicitud”. (Código General del Proceso, 2012)

Se suma esta norma la reglamentación de competencia que contiene el artículo 5° del Decreto 2677/2012, que coloca un límite de cuantía a la competencia de los centros de conciliación gratuita.

Así, se aprecia, en interpretación conforme a la Constitución, que en cualquiera de los casos del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante prevista en el CGP puede hacer uso del amparo de pobreza. Aquel no es limitativo a procesos declarativos, es norma orientadora para todo tipo de procedimiento.

Considerando la hipótesis que una persona ha sido demandada por deuda que le ha sido imposible pagar y antes de contestar la demanda pide el amparo de pobreza, es concedido por el juez. Vea que es una deuda en ese proceso gozara del amparo de pobreza. Ahora bien, ¿para quién está concebido el procedimiento de insolvencia? Justamente, para la persona natural no comerciante que, por razones de cualquier naturaleza, no de mala fe, está sobre-endeudado y no puede cumplir sus obligaciones, obviamente, con mayor razón en esa situación puede acudir a ampararse en lo establecido en el CGP como amparo de pobreza.

Esta argumentación tiene su asidero incluso en el CGP, en su artículo 536, que regula la remuneración de los Centros de Conciliación y sus conciliadores, refiriendo que:

“El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas que podrán cobrar los centros de conciliación y las notarías para tramitar de los procedimientos de negociación de deudas y de convalidación de acuerdo. Dichas tarifas no pueden constituir una barrera de acceso al procedimiento aquí previsto, deben ser acordes con la situación de insolvencia de la persona natural y no deben impedir a los centros de conciliación privados prestar el servicio”. (2012)

Establece claramente el legislador que la *tarifas* no pueden ser una barrera de acceso al procedimiento de insolvencia con relación a de negociación de deudas y de convalidación de acuerdo. Esto apoya la idea que el deudor puede acudir al amparo de pobreza en caso que considere conveniente por carecer de recursos para enfrentar el procedimiento.

### **3.5. Control y registro de conciliadores**

Conforme a la competencia que el legislador asigna en el CGP para tramitar el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante en el artículo 533, se contempla que

“Conocerán de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho para adelantar este tipo de procedimientos...”. (2012) El CGP exige que haya un control y registro de conciliadores, en especial para su formación y remuneración.



En el Reglamento aprobado por Decreto 2677 de 2012 (diciembre 21) por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los Procedimientos de Insolvencia de la Persona Natural no Comerciante, en el artículo 3° define que es un Centro de Conciliación y hace su distinción entre gratuitos y remunerados, así.

“Centros de Conciliación: Son los centros de conciliación gratuitos y remunerados expresamente autorizados para conocer de los Procedimientos de Insolvencia, según lo establecido en el artículo 533 del Código General del Proceso.

Centros de Conciliación Gratuitos: Son los centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas que deben prestar sus servicios de manera gratuita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 535 del Código General del Proceso.

Centros de Conciliación Remunerados: Son los centros de conciliación privados, autorizados para cobrar por sus servicios de acuerdo con los artículos 535 y 536 del Código General del Proceso.”

El artículo 7° del citado Reglamento regula los requisitos que se deben exigir a los centros de Conciliación.

Artículo 7°. Requisitos para que los Centros de Conciliación obtengan la autorización por parte de Ministerio de Justicia y del Derecho para conocer de los Procedimientos de Insolvencia.” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Los Centros de Conciliación interesados en recibir autorización para conocer de los Procedimientos de Insolvencia deberán presentar ante el Ministerio de Justicia y del Derecho una solicitud en tal sentido suscrita por el representante legal de la Entidad Promotora del centro y reunir los siguientes requisitos:

a) Haber obtenido del Ministerio de Justicia y del Derecho autorización para su funcionamiento como centro de conciliación, como mínimo, tres (3) años antes de la radicación de la solicitud, y que dicha autorización no haya sido revocada;

b) Haber operado durante los tres (3) años anteriores a la radicación de la solicitud, y haber tramitado a lo largo de ellos no menos de cincuenta (50) casos de conciliación, según reporte generado por el Sistema de Información de la Conciliación;

c) No haber sido sancionado por el Ministerio de Justicia y del Derecho en los últimos tres (3) años;

d) Demostrar que cuenta con salas de audiencias para conciliación con una capacidad mínima de diez (10) personas;

e) Presentar una propuesta de modificación o adición a su Reglamento Interno, que incluya el procedimiento y los requisitos para integrar la lista de conciliadores en insolvencia de la persona natural no comerciante, en los términos establecidos en el presente decreto.

El Ministerio de Justicia y del Derecho decidirá sobre la solicitud dentro de los sesenta (60) días calendario, siguientes a su presentación, dentro de los cuales podrá requerir al centro

de conciliación o a la entidad promotora para que complete o adicione la documentación presentada con la solicitud. Los tres (3) años de experiencia y los cincuenta casos (50) de haber realizado la función de conciliación demuestra el acumulo de experiencia. Además, que su función de conciliación se ha hecho conforme a la ley, actuando de buena fe y con lealtad, lo que se demuestra con no haber recibido sanciones por el Ministerio de Justicia y Derecho en los últimos tres años.” (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Evidentemente, el aspecto de infraestructura es importante, exigiéndose una sala de audiencia con capacidad para 10 personas para que pueda existir un ambiente cómodo que facilite el proceso conciliatorio.

Se ha indicado que son racionales esas exigencias y que son cónsonas con la Ley de Mediación y, en especial, con la misión que deben desempeñar en el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante.

En cuanto al control es evidente, dado que se trata de un órgano que cumplirá funciones de administración de justicia, el cual debe tener un trámite riguroso para garantizar al justiciable que son órganos imparciales, idóneos y conocen sus funciones y la manera de actuar en esos procedimientos. El Ministerio de Justicia y Derecho, por tanto, controlará la idoneidad en el sentido que los conciliadores cumplan con la profesión exigida por la ley, y que hayan realizado la capacitación exigida por el Decreto Reglamentario.

El Decreto reglamentario en su artículo 12 regula como se conforman los listados de conciliadores en insolvencia.

“Artículo 12. Integración de las listas de conciliadores en insolvencia. Los Centros de Conciliación y los notarios deben establecer, implementar y mantener un procedimiento para conformar las listas de conciliadores en insolvencia.

El Ministerio de Justicia y del Derecho verificará que el reglamento interno de los Centros de Conciliación cumpla con los requisitos establecidos en el presente decreto para la integración de las listas de conciliadores en insolvencia.

Los notarios determinarán las listas de conciliadores en insolvencia con un número plural de integrantes que no exceda de treinta (30), entre las personas que hayan cursado y aprobado el Programa de Formación en Insolvencia de que trata el presente decreto o entre los promotores inscritos en las listas de la Superintendencia de Sociedades.

Los Centros de Conciliación velarán por que los integrantes de las listas cuenten con las habilidades necesarias para el desempeño de las funciones que se les encomienden, cuenten con el título profesional en derecho, administración de empresas, economía, contaduría pública o ingeniería y hayan aprobado el Programa de Formación en Insolvencia. Los notarios y centros de conciliación deberán revisar y actualizar las listas de conciliadores cada dos (2) años o cuando lo estimen necesario, para lo cual podrá realizarse la capacitación que se considere necesaria y tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 del presente decreto.” (Decreto 2677, 2012)

Puede percibirse que hay una especie de doble control, por un lado, se exige a los Centros de Conciliación velen porque sus integrantes cumplan con los requisitos o condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico; pero, por otro lado, el Ministerio de Justicia y del Derecho verificará si los centros cumplen las exigencias y si su reglamento interno asume las directivas del decreto en cuanto a la integración de las listas de conciliadores.

### **3.6. Capacitación de los conciliadores**

Evidentemente, que la formación del experto conciliador es una cuestión central para garantizar la excelencia en la actividad del conciliador, pudiéndose afirmar que en esa perspectiva es una actividad profesional. Esto significa que para su ejercicio debe tener un conjunto competencias y habilidades, que integran su cualificación profesional.

La formación del conciliador es precisamente lo que lo cualifica y le da competencia para ejercer la actividad conciliadora, está conformada por un gran abanico de conocimientos y desarrollo de sus capacidades en el ámbito personal, profesional o académico, lo cual se adquiere por diferentes vías y en todos los niveles, especialmente en programas estructurados por profesionales con experiencia práctica y teórica.

Debe establecerse un estándar objetivo de calidad en toda formación de los expertos conciliadores para evaluar y asegurar que los expertos disponen de una formación adecuada que les habilita para actuar con profesionalidad (cumpliendo sus funciones y responsabilidades) y con pleno respeto de los principios de la conciliación. Los conciliadores en su formación deben estar dotados de habilidades y destrezas acordes con la dinámica de la realidad de la sociedad de la información, lo que acarrea, estar en sintonía con el avance de la tecnología y técnica, por lo que debe incluir formación básica con el entorno electrónico y cultural, y la comunicación asíncrona.

Se aprecia que la profesionalidad y formación tienen un carácter de obligación general, pues es garantía que, efectivamente, se desarrolle la conciliación en el marco del respeto de los principios del ordenamiento jurídico y los particulares de la conciliación. Una auténtica profesionalidad y formación es garantía para las partes, en el sentido de que

habrá imparcialidad y que el procedimiento se conducirá adecuadamente para cumplir su finalidad.

### **3.6.1. ¿Quién es el conciliador?**

La Ley 446 de 1998, ni en las modificaciones, define la figura del conciliador, pues apenas indica en el artículo 64° que en la conciliación hay la intervención de un conciliador. Se dice en esta norma la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismo la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Ley 446, 1998)

La doctrina define al conciliador estipulando *conciliador*: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una conciliación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la conciliación. (Guía Institucional de conciliación civil, 2007)

La clave de esta definición está en la exigencia de competencia, en el sentido de capacidad para mediar. Cónsono con esto se señala que, en los considerandos de la ley 1380/2010 se hacen dos recomendaciones acerca del conciliador: a) sobre la formación de los conciliadores, y b) el control de calidad relativos a la prestación de servicios de conciliación.

El conciliador tiene que estar capacitado para saber hacer y estar frente a los clientes y al conflicto desde un paradigma cultural distinto, su rol implica renunciar a hacer juicios de valor o suponer que tiene la solución al conflicto de sus clientes. El lugar del conciliador es aquel en que en mejor forma puede ayudar a que la gente se apropie activamente de su conflicto, para hacer con él lo que estimen más oportuno.

Para ello, debe colocarse en el mismo plano de sus clientes, ir a la cultura y al lenguaje de ellos y no a la inversa; renunciar al poder profesional del saber la respuesta, para que sean ellos los que la indaguen y la busquen, renunciar a dar asesoramiento profesional para que sean ellos los que la deban buscar fuera de la conciliación, para que al volver

allí con la información el conciliador siga siendo equidistante funcionalmente con ellos (que no neutral).

Deberá renunciar a hacer juicios de valor en relación sobre las comunicaciones de los clientes, centrandose su hacer en crear con sus clientes las condiciones para que estos puedan trabajar. Organizará la información que los clientes suministran y hará las preguntas necesarias para que se cuestionen si realmente disponen de toda la información, evitando las contradicciones entre sus manifestaciones a lo largo de todo el proceso, estableciendo conjuntamente con ellos unas reglas de juego útiles para ellos (que no son para todos iguales), procurando que no tomen las partes decisiones sin la información suficiente.

El conciliador deberá utilizar múltiples técnicas, muchas de las cuales provienen de las ciencias empresariales, psicología, intervención social y del derecho, por indicar algunas. Pero no hay que confundir utilizar ciertas técnicas de una profesión con mezclar los objetivos con los que se utilizan, que esto es lo que diferencia unas disciplinas de las otras. Es obvio que es necesario saber algo (mucho menos de lo que habitualmente se estima) de economía, psicología, derecho, sociología, antropología, pero esto no significa que se deba ser profesional en cada una de estas áreas del saber.

En gran parte de las legislaciones, como en España en las Leyes Autonómicas sobre mediación (s.f.) se exigen requisitos mínimos para ejercer como conciliador, tales como estar en posesión de una titulación universitaria determinada y una formación específica teórico-práctica en conciliación. Visiblemente los requisitos de formación que exige la normativa para ser conciliador, no deben extrañar, ya que el conciliador debe conocer y aplicar una serie de técnicas, entre ellas la negociación, y tener conocimientos tanto jurídicos como psicológicos para poder manejar el conflicto y vigilar que no se vulnere derecho alguno.

El conciliador debe estar avalado o acreditado que posee conocimientos, destrezas y competencias comunes, en sus principios comunes de la conciliación, pero también deberá poseer conocimientos, destrezas y competencias específicos, según el contexto de especialización que desarrolle. El conciliador debe dominar nociones básicas de esos diferentes campos de conocimiento para que pueda comprender las muchas situaciones

que se presentan en el conflicto, es decir, todo lo que esté en juego, tanto desde el punto de vista jurídico, psicológico y social como desde el punto de vista religioso, emocional, cultural y otros. Teniendo estas nociones, el conciliador deberá saber reconocer sus propios límites, buscando profesionales especializados para hacer un trabajo interdisciplinar si fuera el caso -buscar la ayuda del equipo de conciliadores, como permite la Ley de Castilla y León- o derivar a las partes a otros profesionales -por ejemplo, a un terapeuta-, e incluso, interrumpir el proceso de conciliación si se considerara necesario, siempre por causas justificadas. El conciliador debe ser esa tercera persona que coordina el proceso de conciliación, quien dicta las reglas del juego a la hora de realizar la conciliación.

Cabe señalar que la conciliación se puede utilizar prácticamente en todos aquellos espacios en los que existe un conflicto. Existe un catálogo de mediaciones ya conocidas y trabajadas como son: Mediación Familiar, Mediación Empresarial o Laboral, Mediación Escolar, Mediación Comunitaria, Mediación intercultural. De cada una de ellas surge un tipo de conciliador con perfil claramente definido por la actuación que debe cumplir en la conciliación del área específica de su desempeño. Por lo general, cada uno de estos tipos debe acreditarse y registrarse en el registro correspondiente, en todo caso debe pensarse que la regulación del Registro de Conciliadores e Instituciones de Conciliación constituye un factor para infundir confianza y seguridad jurídica, en la medida que la inscripción facilita la publicidad del conciliador y habilita la condición de conciliador.

La importancia de determinar los tipos de conciliadores, es con el fin de delimitar su formación, área profesional y titulación. Así, por ejemplo, en España, el mediador concursal debe reunir de forma concurrente los requisitos establecidos para ser mediador en asuntos civiles y mercantiles y los que la Ley Concursal exige en su artículo 27.1 para ser administrador concursal. Así, pues conforme al tipo de conciliador habrá unas exigencias de ley o prácticas, con el fin de que la conciliación resulte un procedimiento eficaz.

Un aspecto fundamental en el rol del conciliador es el de tratar de acercar a las partes para que ellos formen sus propios acuerdos, cuestión que requiere cierta formación en psicología, sociología y relaciones humanas. (Martín Diz, 2012)

Este rol de facilitador supone una serie de aspectos de práctica y conocimiento, por ejemplo: empatía, percepción de lenguaje agresivo indirecto, elevar la conciencia de las partes para que prospere entendimiento, gestionar para minimizar los perjuicios psicológicos, etc. En fin, el conciliador es un profesional neutral e imparcial que ayuda a encontrar una solución negociada, que se plasma en el acuerdo de conciliación, por tanto, debe ser una persona con una formación adecuada que lo habilite para ejercer esa actividad profesional de conciliador.

### **3.6.2. La formación en el “Reglamento de los Centros de Conciliación”**

En Colombia se dictó el DECRETO 2677 de 2012, de 21 de diciembre, en el cual se desarrollan determinados aspectos de la conciliación, de acuerdo a sus considerandos:

“Que de conformidad con el artículo 91 de la Ley 446 de 1998, la formación de los conciliadores recae en las entidades avaladas para tal fin por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Que de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 640 de 2001, “el Gobierno Nacional expedirá el reglamento en el que se exijan requisitos que permitan acreditar idoneidad y experiencia de los conciliadores en el área en que vayan a actuar”.

Que el 12 de julio de 2012 el Presidente de la República sancionó el Código General del Proceso, que a través del Título IV de la Sección Tercera del Libro Tercero otorga competencia a los conciliadores y a los notarios para conocer de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos privados de la persona natural no comerciante”. (Decreto 2677, 2012)

En este epígrafe se estudian los diferentes aspectos relacionados con el estatuto del conciliador en cuanto a sus condiciones para ejercer y la formación requerida, conforme aparecen reglamentados en el citado Decreto.

El conciliador es elemento esencial en el proceso de conciliación, así lo reconocen la Ley y el Decreto citados, de manera que la calidad de este proceso dependerá en gran parte de la cualificación de los conciliadores (García-Villaluenga & Bolaños, 2006). El conciliador debe ser una persona cualificada académica y profesionalmente.

Dispone la Ley 640 de 2001 (enero 5) que el conciliador, en cuanto a su formación, debe satisfacer dos aspectos: a) Estar en posesión de título de abogado o de formación

profesional superior para ser ayudante, y b) Contar con formación específica para ejercer la conciliación. Dice la citada ley en el artículo 5º, que:

“El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados. Los estudiantes de último año de Psicología, Trabajo Social, Psicopedagogía y Comunicación Social, podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación y en las oficinas de las autoridades facultadas para conciliar, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrarán convenios con las respectivas facultades y con las autoridades correspondientes”. (Ley 640, 2001)

El primer requisito acerca del título de abogado cuando actúe en derecho nos parece un acierto del legislador pues entiende que la labor conciliadora en ese campo requiere un experto, no obstante, se advierte de que la ley deja por fuera otras profesiones que pueden ejercer esta actividad<sup>18</sup>. La exigencia de que el conciliador cuente con un título de grado universitario no es, a ningún efecto, suficiente para atribuir capacitación al conciliador, ya que anticipadamente deberían de tener la formación básica en conciliación, además del grado universitario correspondiente. (García-Villaluenga & Bolaños, 2006)

Opina Talavera Hernández que “En todo caso debería buscarse la mayor especialización posible”. (Talavera Hernández, s.f.)

Normalmente, se tiende a confundir la profesión de conciliador con otras profesiones afines, como la abogacía, la psicología, la psiquiatría, orientadores sociales y sociología, es claro que deben diferenciarse. (Vidal Teixido & Munné Catarina, 2013) Cada una de estas disciplinas tienen sus métodos propios, la conciliación tiene un carácter multidisciplinario. Esto no excluye que el conciliador pueda tener formación en cualquiera de esos campos, entendiendo que estas pueden ayudar a la comprensión y solución del conflicto. Hay que saber que el conflicto puede ser multidisciplinario, por ejemplo, en familia un conflicto puede tener raíces fisiológicas o psicológicas.

En cuanto, al segundo requisito, acerca de contar con formación para ejercer la conciliación, se debe examinarlo en un contexto dinámico tal como lo prevé la ley. En

---

<sup>18</sup> En otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, en algunos Estados de Estados Unidos de Norteamérica, hay la exigencia de la formación en mediación, pero no hay exigencia de titulación universitaria.



efecto, en el artículo 19 del Decreto 2677/2012 se prevé que haya una formación inicial y una continua. Una primera, que lo habilite para ejercer la profesión de conciliador, la ley no determina en qué consiste esa formación inicial. Se considera que, el legislador inicialmente ha dejado abierto ese campo para que la formación del conciliador vaya a tono con la dinámica de la estructura socio-económica, tomando en importancia los avances que ocurran en la técnica, tecnología y ciencia, que evidentemente puedan afectar el contexto del conflicto

Con relación a la formación específica debe estar congruente con el campo o área de ejercicio de la conciliación, especialmente en el tema del crédito, insolvencia, obligaciones generales, plazos, etc. Si bien debe haber una formación básica sobre las técnicas de conciliación, debe haber una especificidad acorde al campo de actividad en que se desenvuelva la conciliación. Así, pues conforme al tipo de conciliador habrá unas exigencias de ley o prácticas, con el fin de que la conciliación sea realizada por persona competente y resulte un procedimiento eficaz<sup>19</sup>.

En cuanto a la responsabilidad del conciliador está regulado en el artículo 9 del decreto, con relación a la lista del notario. Es evidente que la aceptación de la conciliación obliga a los conciliadores a cumplir fielmente el encargo porque están actuando como administradores de justicia, esto es, que la conciliación “se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente”. (Ley 640, 2001)

Su relación con la formación es evidente, pues, resulta que, si el conciliador no tiene formación adecuada para atender el conflicto y conducir a las partes a un acuerdo, la conciliación puede devenir en ineficaz por su falta de competencia. El conciliador es responsable de la calidad del acuerdo, pero no es garante de que las partes alcancen o no a un acuerdo. Bajo este sentido, si el conciliador no está formado, por tanto, es incompetente funcional, lógicamente no será idóneo para adelantar el proceso

---

<sup>19</sup>En Galicia (*Ley 4/2001, de 31 de Mayo*) se exige al mediador experiencia profesional y formación específica, en todo caso deben ser expertos en actuaciones psico-socio-familiares (art. 5). El Reglamento se encarga de concretar en tener la titulación de derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o en educación social y haber desarrollado, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación para la inscripción, actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar (art. 3. *Decreto 159/2003, de 31 de enero*, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.).

conciliador. Cuestión que es de su estricta responsabilidad, pues cada quien valora su formación y competencia para tramitar un asunto.

### **3.6.3. Conocimientos, técnicas y habilidades básicas en la formación del conciliador**

Existe gran inquietud en cuanto a la instrucción y el adiestramiento en la conciliación. Hay quien cree que la conciliación es una nueva profesión que exige un *curriculum* de graduados con aprobación y presupuestos académicos para reingresar. Otros piensan que se trata de una competencia en la práctica, o una serie de habilidades que deben agregarse a través de la continua instrucción a una base profesional existente, como leyes, consultoría, o administración, que a nuestro entender es el que ha adoptado el legislador español (LMACM artículo 11.2)<sup>20</sup>. Otros más, arguyen que la conciliación no necesita ser una práctica profesional, y que puede ofrecer sea través de personal no profesional con vínculos hacia el tema o el ambiente de la desavenencia (forma adoptada en algunos Estados de USA).

Un programa de capacitación, por supuesto también el aprendizaje, sobre la conciliación comprende dos elementos: el primero, es el aspecto positivo de entender la función de la conciliación, y cuáles son las necesidades que deben cubrirse en cada etapa. En esta perspectiva debe entenderse que la conciliación es “un sistema de negociación asistida, en el que un tercero imparcial y neutro, el conciliador, tiene el papel de facilitar la negociación entre las partes” (García Villaluenga, s.f.), es decir el conciliador asiste a

---

<sup>20</sup> GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, ob. cit. pp. 737-738. Manifiesta que en Europa ha existido interés por la formación “Sin duda, esta cuestión es de gran trascendencia en la eficacia de la mediación, lo que ha determinado que históricamente haya sido constante la preocupación de Gobiernos e instituciones sobre cuál ha de ser la capacitación del mediador. así, los distintos países de la unión europea han venido plasmando, en mayor o menor medida, los criterios de formación en la normativa interna. En Austria, la Ley sobre mediación en asuntos jurídicos civiles de 2003, define la mediación centrándose en la voluntariedad de las partes y en la «intervención del mediador», que ha de estar formado «técnicamente» y actuar desde la neutralidad. Bélgica, a tenor de la Ley de 21 de febrero de 2005, modificadora del código Judicial en los ámbitos de mediación, exige determinados requisitos para ser habilitados como mediadores por la comisión Federal de mediación y, en todo caso, se han de someter a una formación continuada cuyo programa será visado por la comisión Federal de mediación. En Italia, el Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversia civili e commerciali.* (10G0050), de transposición de la Directiva 52/2008, hace referencia expresa a la formación de mediadores. Por su parte, otros países como Francia, Inglaterra y Gales, Alemania o Portugal, tienen una larga experiencia formativa en estos contextos.

las partes y busca que cada uno determine su propio interés y entienda el de la otra parte, logrando un basamento racional de posiciones, para producirlas e intercambiarlas en el desarrollo del procedimiento. La conciliación proporciona un método para que las personas en conflicto ejerzan su propia voluntad y los convierte en representantes activos en la decisión de sus disputas.

El segundo, es una disociación de hábitos y suposiciones, suscitada por la profesión original del conciliador y los sesgos propios de la persona en su contexto social. Este paso requiere un cambio en el mapa interno que nos orienta hacia nuestro destino ideológico. Por ejemplo, se ha señalado que el mapa ideológico de los abogados incluyen los supuestos de que las partes son adversarios, y que las divergencias se resuelven mediante la aplicación adecuada de reglas legales. (Leonard, 1987) Prácticamente no asoman que todas las partes pueden beneficiarse a través de una solución creativa con la cual cada uno está de acuerdo; y que la situación de conflicto entre ellos es única, particular, y por lo tanto no debe regirse por cualquier principio general, a excepción del grado en que las partes lo acepten.

El nivel y la mezcla de habilidades de quienes fungen o deseen ser conciliadores, necesariamente va a variar, al igual que la pericia de los conciliadores experimentados. La fuerza en una habilidad puede compensar la debilidad en otras, y no existe conciliador que domine de manera uniforme todas las posibles herramientas de la conciliación. Un profesional en salud mental que entra a la conciliación puede contar con técnicas bien desarrolladas para abordar aspectos de ira, así como habilidades para escuchar, clínicamente perfeccionadas.

Un abogado que entra a la práctica de la conciliación puede no haber desarrollado estas habilidades, pero debe tener una capacidad igualmente importante para aislar los problemas, poner a prueba la realidad, evaluar las necesidades, y orientar las negociaciones. Los educadores deben tener habilidades adecuadas para compartir información y generar motivaciones; los administradores tienen práctica para esclarecer, planear, y delinear presupuestos. Cada serie de experiencias y aptitudes trae consigo habilidades útiles para la conciliación, junto con facultades no desarrolladas que también pueden ser útiles. (Folberg & Taylor, 1996)

El componente de aumento de capacidades de la capacitación de conciliación debe permitir flexibilidad, de manera que cada persona pueda concentrarse en el desarrollo de habilidades que no se habían vigorizado en sus antecedentes y su trayectoria en su campo profesional universitario. Un terapeuta experimentado no necesita reaprender habilidades en cuanto a escuchar activamente y parafrasear. Un abogado sabe la forma de plantear preguntas para obtener información y probar la información. Aunque un *curriculum* de conciliación puede tener elementos comunes, independientemente de los antecedentes profesionales o la experiencia previa, la capacitación actual debe estar afinada para complementar las habilidades existentes. Apuntó RISKIN, una capacitación de conciliación podría fomentar las facultades emocionales de un abogado, y desarrollar aún más las capacidades cognoscitivas de un terapeuta. (1987)

La exigencia que haya un título profesional universitario previo, obviamente implica que le conciliador tenga una ventaja inicial en ciertas habilidades, y algunos pueden tener una facilidad bien desarrollada para las habilidades de conciliación, dichas habilidades, pero deben aplicarse en un enfoque dinámico para que la conciliación sea exitosa.

Señalan FOLBERG Y TAYLOR que:

“un abogado experimentado puede ser hábil para desarrollar afinidad y obtener la confianza de un cliente. Sin embargo, el mismo abogado puede verse obligado a aplicar dicha habilidad en forma diferente, al atender a dos o más partes con intereses conflictivos. Un clérigo adepto en ayudar a los demás a evaluar opciones y tomar decisiones, puede verse obligado a aplicar dichas habilidades de una manera menos moralista de lo que sería adecuado en un ambiente de consultoría pastoral. Para la mayoría de quienes se convierten en conciliadores, la conciliación requiere una combinación de aplicaciones nuevas para habilidades antiguas, y el dominio de competencia adicionales. Nuevamente, la capacitación que utiliza un enfoque de equipo interdisciplinario de manera natural reúne diferentes orientaciones y habilidades para el beneficio mutuo de cada participante de la capacitación.” (Folberg & Taylor, 1996)

Así, a pesar de esas variadas orientaciones, no parece haber discrepancia sobre la necesidad que existe de alguna forma de instrucción o capacitación para quienes actúan como conciliadores. El consenso sobre la necesidad de instrucción de conciliación y capacitación no soluciona asuntos acerca de los presupuestos, el *curriculum*, y la naturaleza del estudio; si debería ser conceptual o conforme a experiencia, académica o práctica. En relación con dichas consideraciones están los aspectos de si los programas de capacitación de un día son adecuados, si un curso de varios años de estudio sería

necesario, y si existe la necesidad de supervisión y revisión de caso, inicial o continua. El ordenamiento jurídico español ha apostado por un tipo de curso mínimo de 100 horas y por la revisión inicial (acreditación y registro) y seguimiento de formación continua.

En este marco general el ordenamiento español en la ley (citado art. 11.2) parte de que haya una instrucción previa de nivel profesional universitario y poseer formación específica en conciliación adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

En Perú, si bien la Ley 26872 menciona como requisito para ser conciliador el haber recibido capacitación en técnicas de negociación y medios alternativos de resolución de conflictos, esta norma únicamente señala en el punto de la capacitación —artículo 25— que la responsabilidad de la capacitación corresponderá a los centros de conciliación en los cuales se encuentren inscritos los conciliadores<sup>21</sup>. Del texto pareciera que los centros de conciliación son los acreditados para la capacitación de conciliadores, pero en realidad existe el Reglamento de la Ley 26872, D. Supremo 001-98-JUS, establece que “El Ministerio de Justicia podrá autorizar mediante Resolución Ministerial a entidades de derecho privado o público, entre ellas, Universidades, Colegios Profesionales en general, Instituciones especializadas y Centros de Conciliación con el objeto que capaciten conciliadores...”. (Ley 26872, 1998)

El Decreto 2677/2012 (art. 13) se establecen unos lineamientos generales en cuanto a los conocimientos o habilidades que debe poseer la figura del conciliador, conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de conciliación, comprendiendo, “como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la

---

<sup>21</sup> Ley de Conciliación 26872: Artículo 20°.- Funciones. - El conciliador es la persona, capacitada y acreditada que cumple labores en un Centro de Conciliación, propicia el proceso de comunicación entre las partes y eventualmente propone fórmulas conciliatorias no obligatorias.

Artículo 22°.- Requisitos de los Conciliadores. - Para ser conciliador se requiere estar acreditado en un Centro de Conciliación y capacitado en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos.

Artículo 25°.- Capacitación de los Conciliadores. - Los Centros de Conciliación son responsables por la capacitación de los conciliadores y de que éstos cumplan con los principios establecidos en el artículo 2° de la presente ley.

conciliación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos”. (2012)

Se debe asumir que el enunciado es demasiado genérico o abierto, no se especifica el peso o la importancia que han de tener cada una de las materias relacionadas, además de no hacerse referencia, por ejemplo, a los distintos ámbitos en los que ha de desarrollarse la conciliación en virtud de lo dispuesto en la propia Ley.

La *American Arbitration Asociación* (AAA) comenzó a establecer criterios y ofrecer capacitación para aplicar la conciliación, la conciliación y el arbitraje, e igual la *American Bar Association* (ABA), quienes establecieron un conjunto de habilidades y técnicas necesarias para el ejercicio de la conciliación (More , 1982), entre otras las siguientes: Habilidades de escuchar, Habilidades de creación de confianza y afinidad, Habilidades de evaluación de intereses y necesidades, Habilidades para facultar, Habilidades de sensibilidad, Habilidades para replanteamiento y reformulación, Habilidades para poner a prueba la realidad, Habilidades de negociación, Habilidades para compartir información, Habilidades para permanecer neutral, Habilidades para romper patrones y estereotipos, Habilidades respecto a sentido del humor, Habilidades para establecer metas, Habilidades para identificar de puntos para orden del día, y habilidades para establecer un orden, Habilidades de planeación de estrategias, Habilidades para diseñar planes temporales, Habilidades para uso de abogados y otros profesionales, Habilidades para identificar conflictos y analizar, Habilidades para redactar acuerdos y Habilidades para fomentar credibilidad.

En cuanto a las técnicas se sugerían las siguientes: Técnicas de manejo del conflicto, Técnicas de recompensa y afirmación, Técnicas para entrevistas a niños, Técnicas para incluir a otras partes, Técnicas de autoconciencia, Técnicas para interrumpir un estancamiento y Técnicas para tratar la ira.

Esas experiencias de AAA y ABA son valiosas y deben ser tomadas en cuenta y desarrolladas en los programas de formación. En nuestro criterio, la formación del conciliador, conforme al Real Decreto, debe incluir como tronco común un conjunto de materias propias procedentes de la psicología, la sociología y el derecho, como son las relativas al estudio de los conflictos, la estructura de las relaciones de poder, las técnicas

de comunicación y negociación, los fundamentos de derecho negocial, los fundamentos de criminología y el régimen jurídico de la conciliación, sin olvidar materias propias de derecho de familia, penal, civil y procesal, en el supuesto de que la procedencia profesional de la persona que va a mediar no sea la jurídica. En España ÁLVAREZ SACRISTÁN (2008) discrimina el contenido de la formación, conforme a la norma del Real Decreto, en los siguientes aspectos: 1) jurídicos, 2) psicológicos, 3) éticos, 4) técnicas de comunicación, 5) negociación y 6) técnicas de solución de conflictos, en mi criterio debe añadirse el aspecto socio-económico de la racionalidad de los sistemas. Dado los lineamientos generales del Decreto en Colombia, trataremos de examinar esos aspectos.

Por lo que, en Colombia, existe un gran vacío normativo en la Ley de Conciliación y su reglamento en cuanto a los centros de conciliación, en cuanto a qué calificaciones o requisitos debe tener una persona para ser capacitador de los cursos de formación y capacitación de conciliadores y sobre los detalles administrativos y metodológicos que deben satisfacer los cursos de capacitación.

Por lo tanto, los capacitadores deberían satisfacer un proceso de acreditación —al igual que los conciliadores— previa demostración de sus habilidades de capacitación en conciliación. Es más, debería exigírseles la conducción, dentro de un período de un año, de cierto número de audiencias de conciliación para que la docencia vaya de la mano con la práctica conciliatoria.

### **3.6.3.1. Jurídicos**

Es sabido que las relaciones sociales se sustentan casi siempre en normas jurídicas, o bien que lo jurídico, en forma general, regula las relaciones sociales, por lo que no pueden sortearse en una relación de bilateralidad en una relación determinada, cuestión que debe conocer el conciliador, mejor si lo sabe por su propia titulación universitaria. No es extraño que el Derecho esté absolutamente presente en todos los aspectos de la vida social; por una parte, todo conflicto se basa en la titularidad o posesión de derechos.

A su vez, la idea de conciliación está presente en toda la Legislación, además la conciliación tiene claras relaciones con la idea de Justicia (Puy Muñoz, 2007), ya que se

ha ido configurando como medio alternativo de la justicia jurisdiccional, es más en diversos ordenamientos jurídicos así se reconoce constitucionalmente. (Constitución Política Venezolana, 1999)

No se debe incurrir en el error de identificarla conciliación enteramente con un enfoque simplemente normativo. El fin de la conciliación no es sustituir a la Administración de Justicia y desarrollar una especie de “ordenamiento de resolución de conflictos”, sino para complementar el sistema (acceso a la justicia) y dar una solución mucho más apropiada y ventajosa para las partes, incluso con elementos personalizados, pero de forma paralela y alternativa, como complemento, sobre todo en supuestos de hecho en los que la importancia de la autonomía de las partes es mayor que la del derecho imperativo. (Otero Pila & Sarasola Fernández, 2010)

Ahora bien, el conciliador debe garantizar los principios, derechos y garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, estos son de exigencia inmediata en cualquier procedimiento. Por otra parte, el conciliador debe garantizar los principios generales de la conciliación.

En primer lugar, deben ser salvaguardados los elementos básicos del debido proceso: de igualdad de armas, imparcialidad, transparencia, derecho de defensa, contradicción, información, legalidad y libertad, estos principios deben ser informadores de la actuación del conciliador y de la programación o plan de la conciliación. En segundo lugar, es indiscutible que el conciliador debe cumplir y asegurar que se respeten los principios generales de la conciliación, los propios de las partes, entre ellos: la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad como principios inherentes al conciliador, además se le señalan unos deberes, como: buena fe, facilitar la comunicación entre las partes, dar adecuada información, dirigir la conciliación sin limitar el protagonismo de las partes, ayudar al reconocimiento mutuo, asegurar la igualdad de las partes, garantizar la seguridad del medio –confidencialidad- ( En España vid arts. 7º, 8º, 9º, 12º, 13º y 14 LMACM), todos estos son aspectos jurídicos de la conciliación, que indudablemente debe ser de conocimiento y manejo del conciliador.

El conciliador ha de tener conocimientos jurídicos, especializados, dado que debe tener en consideración los límites que suponen las normas de derecho en el campo específico



de su actuación (especialmente cuando actúa en insolvencia de derecho mercantil, derecho concursal, etc.) a los acuerdos que las partes mediadas puedan acordar. Aunque no se debe olvidar que una de las características del proceso de conciliación es la flexibilidad que poco tiene que ver con la rigidez del marco normativo-jurídico, pero obviamente esto no excluye que hay límites establecidos por la ley y debe respetarse el principio de legalidad, cuando no hay autorización por ella misma para realizar acuerdos o pactos entre los particulares.

Si alguno de los acuerdos parece que vulnera el orden público, el conciliador debe ayudar a las partes a examinar y comprender cuáles son las necesidades y si las soluciones que se proponen son viables. Si el conciliador observa que alguna de esas necesidades está quedando sin cubrir deberá hacérselo saber a las partes, por si fuera necesario un asesoramiento al respecto. Como apunta L. GARCÍA GARCÍA:

"(...) si se trata de acuerdos que por su creatividad se apartan de los criterios jurisdiccionales, el conciliador, con vistas a la homologación judicial, deberá detallar cuidadosa y explícitamente las razones en que se fundamenta tal decisión, a fin de que el juez pueda valorar las circunstancias que las partes han tomado en consideración para llegar al acuerdo". (García García, 2003)

Los conciliadores tienen el deber de dar información jurídica sobre el sometimiento a la legalidad, por ejemplo, cuando exista un procedimiento judicial pendiente, el conciliador deberá pedir a las partes que, a través de sus abogados informen al juzgado y, si fuere necesario, que soliciten la suspensión del mismo mientras se desarrolla el proceso de conciliación<sup>22</sup>,

Aun cuando el conciliador no tiene potestad decisoria, frente al convenio que arriben las partes, cuestión derivada de sus obligaciones con las partes, tiene el deber de informarles si considera que es ilegal, contraviene normas y es contrario a derecho. Véase que el artículo 537 del CGP disponen en el numeral 8° entre las facultades del conciliador propiciar que el acuerdo de pagos cumpla con los requisitos de celebración y contenido exigidos en el código y formular las propuestas de arreglo que en ese sentido estime

---

<sup>22</sup>En los países como Uruguay, Argentina y otros Iberoamericanos, en los cuales es requisito de procedibilidad la mediación no existirá *litispendiente*, en otro en donde es intrajudicial como en Venezuela, si hay la posibilidad, pues las partes pueden estar autocomponiendo el litigio con el mecanismo de la mediación, en cuyo caso deberá participarse el tribunal en donde este la causa y solicitar su paralización por un tiempo determinado.

necesarias, dejando constancia de ello en el acta respectiva. (Código General del Proceso, 2012)

Por otra parte, el conciliador de acuerdo al parágrafo único del artículo 537 CGP se le impone como deber el que de velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles protegidos constitucionalmente.

Estos son elementos básicos que del campo jurídico deben conocer los conciliadores. Así, para el titulado en derecho no tiene mayor transcendencia, pero para otras profesiones es necesario formarlos en tales aspectos básicos, ya que debe conocerlos para su intervención eficaz e idónea en la conciliación. En cualquier caso, es necesario considerar que cualquier análisis sobre la conciliación como fenómeno de solución de conflictos ha de realizarse desde un prisma interdisciplinar. Independientemente de su componente jurídico, tienen influencia notoria otras disciplinas. (De la Hoz Rodríguez, 2010)

### **3.6.3.2. Psicológicos**

La conciliación como una manera de gestionar los conflictos que surgen entre las personas. Evidentemente, las partes o sus representantes son personas, en la conciliación incuestionablemente se trata con personas, el conciliador debe de tener un conocimiento del comportamiento de *psique* humana y de las posturas emocionales de las partes. En las funciones del conciliador están las de facilitar la comunicación entre las partes y desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes. Evidentemente, que en toda relación humana están presentes los factores emocionales, y afloran con mayor intensidad en los conflictos, por ello, el conocimiento sobre estos factores emocionales juega un papel muy importante en la gestión de conciliación. (Bernal Samper, 2006)

Debe conocerse que la actividad emocional se produce en todo el proceso, bien por la situación conflictiva objetiva, bien por las cogniciones que se tienen respecto al conflicto, bien en función de las tareas específicas que se ponen en marcha para resolver los conflictos.

Uno de los cometidos principales del conciliador es trabajar con las emociones y manejar las emociones que se producen cuando las personas, que están en conflicto, para ayudarles a conseguir acuerdos extrajudiciales. El conciliador tiene como función principal generar un ambiente entre los contendientes que haga propicio el acuerdo entre ellos y se supere el conflicto.

El conocimiento del funcionamiento de las emociones es fundamental para la gestión de los conflictos y el conciliador debe poseer ese conocimiento al igual que lo tiene de las relaciones interpersonales y del conflicto. Es así que, la conciliación tiene un carácter innegable de voluntariedad, de suerte que las partes acuden a ella con cierta expectativa. De manera que el conciliador debe brindar confianza y adquirir credibilidad mediante su competencia profesional, creando un ambiente físico y emocional en el que las partes se encuentren seguras y tranquilas para iniciar el proceso. El conciliador debe desplegar sus habilidades, como: la de crear ambiente, trabajar con las relaciones interpersonales, manejar los conflictos, ejercer habilidades de comunicación y resolver problemas que por factores emocionales obstruyan el proceso de arribar a acuerdos.

Lo primero que deben de aprender los conciliadores es, que cuando dos o más personas entran en conflicto, no se comportan de forma racional y normalmente se dejan llevar por factores emocionales que los empujan hacia posiciones cada vez más rígidas. (Percaz Four-Pome, 2010) Ya Aristóteles definía la emoción como una condición según la cual el individuo se transforma hasta tal punto que se queda con el juicio afectado. Otro de los filósofos clásicos, Séneca, consideraba las emociones como algo que puede convertir la razón en esclava.

Los aspectos emocionales pueden conducir a una escalada del conflicto, de suerte que el conciliador debe conducir el proceso de forma eficaz y competente, para que no se convierta en conflicto mayor. Una de las tareas que debe de realizar el conciliador, para que las partes finalmente puedan llegar a una solución mutuamente acordada, es brindarles confianza, imparcialidad y estimularles y proporcionarles el ambiente adecuado para acercar como personas y aproximar sus posiciones. Esta labor no es fácil, ya que casi todos los conflictos implican daños materiales y morales, adentrando en juego

factores como la amenaza de las propias creencias y valores, pérdida de derechos que la persona cree legítimos o el detrimento de bienes económicos, entre muchos otros.

Desde esta perspectiva, no es de extrañar que la mayoría de los conflictos tengan un fuerte componente emocional. Las partes en disputa con frecuencia mantienen sus posiciones rígidas y son inflexibles durante largos periodos de tiempo. Sin un cambio de actitud, que los mueva hacia posiciones más flexibles que les permita acercar posturas, las partes permanecerán atrincheradas en su forma de percibir el conflicto y éste no se resolverá. (Gongora, 2016)

Los aportes de la Psicología a la conciliación son valiosos, en tanto que el manejo de esas herramientas posibilita potenciar rasgos individuales positivos como son las fortalezas del carácter, los talentos, los intereses y los valores, y puede ser empleado en todas las fases del proceso de conciliación ya que resulta un método enormemente valioso y eficaz en la resolución de disputas.

Así pues, la importancia del conocimiento de las emociones para la acción conciliadora, así como el ejercicio de ciertas habilidades de empatía, escucha activa, comunicación, relaciones interpersonales y manejo del conflicto son habilidades que tienen íntima relación con la psicología por lo que en la capacitación del conciliador debe entrenarse en estos aspectos. La habilidad para manejar las emociones es una de las herramientas más poderosas con las que cuenta un conciliador para lograr el objetivo de ayudar a las personas a resolver sus diferencias.

### **3.6.3.3. Éticos**

Hay muchas concepciones acerca de la ética, incluso se le considera como equivalente a la moral, aclarar alguna visión no es objeto de este trabajo. En estas líneas se va a manejar el término ética en otro sentido, uno más vulgar o común, aquél al que se discurre como el conjunto de principios o valores que el hombre hace propios y que inspiran o gobiernan sus acciones o conductas. En el Diccionario de uso del español, como segunda acepción del término ética nos dice: “Conjunto de principios y reglas morales que regulan el comportamiento y las relaciones humanas”. (Seone Osa, s.f.)

La ética está en el “interior” de cada persona, es consecuencia de su propia elección, derivada de su reflexión y experiencias. (Guisán, 1995) Puede, en todo o en parte, coincidir con las normas morales de la sociedad en la que vive del grupo o grupos en los que está integrado. Es la propia persona la que otorga poder a estos valores o principios, y la renuncia a los mismos no dará lugar a sanción exterior, sí, en muchas ocasiones, a conflictos interiores.

Deslindados estos dos conceptos, en la dinámica que interesa a estas deliberaciones, se declina al margen la moral, o a las normas morales de nuestra sociedad y grupos informales y formales de los que somos parte, para penetrar en otro concepto, este sí muy vinculado a la profesión de conciliación (y a muchas otras profesiones), que es la deontología. La deontología se discurre como una rama de la ética. (Suárez Villegas, 2001)

Es un conjunto ordenado de deberes y obligaciones que tienen los profesionales, no en general, sino en el desempeño de su concreta profesión. Estas normas exigibles a los profesionales en el desarrollo de su labor nacen del propio gremio y es éste el que se encarga de recopilarlos en un Código, y a su vez es el propio gremio, a través de sus mecanismos, corporación el que instaura y practica el sistema de control de esas normas y asigna las sanciones que su infracción o contravención genere.

Por ejemplo, existe un Código de Conducta Europeo para Mediadores. Las primeras palabras de este Código son las siguientes: “El presente Código de conducta establece una serie de principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad”. En la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el artículo 4 dice:

“Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de conciliación a dichos códigos, así como otros mecanismos de control de calidad de la prestación de servicios de la mediación”. (Consejo de la Unión Europea)

En España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el artículo 12 indica, entre otros aspectos, que: El Ministerio de Justicia y las

Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, deberán fomentar y requerir la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquellos y las instituciones de mediación a tales códigos. Como puede observarse hay una exigencia a la conducta ética de los mediadores. Se piensa que, estas experiencias normativas pueden ser aplicables a la conciliación, máxime cuando incluso sector de doctrina hacen como equivalente la conciliación y la mediación.

Según lo que se ha dicho hasta ahora, la ética de los conciliadores sería el conjunto de principios o valores que el conciliador adopta, por sí mismo, y para sí, como elementos rectores de su función y actividad, ya que la responsabilidad de sus actuaciones u omisiones concretadas como normas en el correspondiente Código deontológico sólo le afectarán en caso de no haber actuado en conformidad con esas normas deontológicas que las instituciones aprueben y a las cuales está sometido necesariamente. (Seone Osa, s.f.)

La conciliación debe de respetar los principios de la ética y de la moral, pues nada peor para un acuerdo que establecerse burlando los principios básico del comportamiento humano presidido por la moral, pues no puede llegarse a ningún acuerdo que vaya en contra de la moral; como ya decía Aristóteles la virtud moral nace más particularmente del hábito y de las costumbres (Alvarez Sacristan, 2014), lo que debe de estar presente en la conciliación.

En España, la ley (LMACM) establece un conjunto de principios éticos, que figuran como deberes<sup>23</sup> del mediador, los cuales son: garantizar la voluntariedad, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Es menester valorar que, dado el rol de la mediación y conciliación como medios alternos de solución de conflictos muy similares, estos principios son aplicables al conciliador y éste tiene que adoptarlos en su conducta interior y manifestarlos en su práctica.

Indudablemente que en la conciliación hay comunicación, por lo que puede insertarse en ella la concepción de la ética comunicativa en el sentido que el conciliador debe

---

<sup>23</sup> Como una especie de concepción de la basada en los deberes. Vid. SUÁREZ VILLEGAS, Juan C (2001). Principios de ética profesional. Ob. cit., p. 35.

colocar a los mediados en comunicación como un camino para alcanzar un acuerdo. (Cortina, 1995)

En la conciliación es obvio que toda comunicación aspira al acuerdo, al entendimiento y a la evitación o a la superación del conflicto. Bajo esta perspectiva la ética del conciliador sería la de propiciar un acercamiento entre los contendientes, colocarlos en comunicación y facilitarla, para que alcancen un acuerdo y superen el conflicto, obviamente, respetando los principios y normas que rigen la conciliación.

#### **3.6.3.4. Técnicas de comunicación**

Dentro del reino animal y desde los tiempos más primitivos, el ser humano es el que ha desarrollado las formas más elaboradas de comunicación. Diversas son las maneras de intercambiar mensajes con su entorno que se han producido a través del tiempo como: señales de humo, el sonido de los tambores, la mímica y el lenguaje oral entre otros. Resulta sumamente complejo imaginar cómo sería la vida si no se tuviera comunicación con nuestros semejantes. ¿De qué forma se pensaría? ¿Cómo se transmitirían las experiencias?

La comunicación está influida por **los valores** y éstos están basados en nuestras creencias, definen quiénes somos y guían las decisiones que se toman. Será difícil que la comunicación se lleve suavemente a no ser que esta diferencia de valores sea identificada y que cada persona esté abierta a apreciar y comprender los valores del otro y cómo estos valores afectan a la conducta.

En este sentido la comunicación es el proceso de acercarnos al otro o de separarnos de ese otro, de conectarnos o de desconectarnos, de fallar o de acertar en el intercambio de ideas, pensamiento y sentimientos. Puede sucederse entre dos o más personas. Es un proceso bilateral, un circuito en el cual interactúan los individuos a través de un conjunto de signos y símbolos convencionales. A menudo la experiencia de comunicarnos o de simplemente estar con el otro, se sobrecarga con desacuerdos, malos entendidos, confusión, rabia e inclusive caos, pues se pierde la paciencia y deseamos separarnos. Algunas veces como personas solemos separarnos físicamente del otro, pero nuestros pensamientos no se separan.

Como conciliadores es importante observar las miradas recíprocas de las personas que participan en el proceso ya que tal observación nos aportará mucha información, por ejemplo, la falta de orientación de la mirada puede significar desconexión, distanciamiento y/o actividad interna de la persona, por lo que tendremos que actuar para conseguir su conexión y acercamiento. La mirada intensa señala que los canales de comunicación están abiertos y que existe la obligación de comunicarse.

La comunicación como dominio consensual nos permite interactuar con los demás en infinidad de situaciones compartiendo el mismo lenguaje o del mismo sistema de signos (gestos, sonidos, posturas corporales) para poder designar objetos, acciones o acontecimientos que configuren un escenario común. A esta lógica no es ajeno el proceso de conciliación que se caracteriza por ser un espacio comunicativo mediante el cual las partes tienen la posibilidad de terminar con un conflicto que produjo divergencias y poder arribar a un acuerdo que satisfaga sus intereses y necesidades.

Luego de lo anteriormente manifestado ¿cuál sería la importancia de la comunicación en el proceso de conciliación? En primer lugar, permite a las partes manifestar sus intereses y necesidades y transmitirlos personalmente en reuniones conjuntas o indirectamente a través del conciliador y en segundo lugar al adoptar diversas estrategias de intervención, conforme el proceso se va desarrollando, el conciliador tiene la posibilidad de poder acercarse a las partes y ayudar a resolver el conflicto mediante el descubrimiento conjunto de los verdaderos temas que dieron origen al desacuerdo. Véase, a manera de ejemplo, que el artículo 537 CGP en sus numerales 5° y 7°, incitan la comunicación, pues establecen: “5. Solicitar la información que considere necesaria para la adecuada orientación del procedimiento de negociación de deudas” y 7. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en la propuesta de negociación presentada por el deudor”. (2012)

Empezar por las narrativas de las partes es fundamental debido a que las mismas le permiten al conciliador, aunque sea de manera parcial y somera, a tener una idea del mapa de percepciones que despliega cada de las personas que concurren al proceso de conciliación mediante el despliegue de historias, conflictos o situaciones de diversa complejidad. Para encauzar el conflicto, el conciliador tiene que tratar de superar las



barreras de comunicación que existan entre los sujetos contendientes, entre ellas: a) bloqueos emocionales: Temor, actitud defensiva, b) marcos de referencia distintos: Cuando se observa, la realidad desde perspectivas diferentes, c) vocabulario escaso: Limitado número de palabras, y d) falta de habilidad para aprovechar la personalidad: Es importante tener en cuenta cómo se expresan las ideas utilizando gestos, sonrisa y calidad de voz.

El conciliador debe saber que el conocimiento general de la comunicación no garantiza que uno sea capaz de comunicarse bien. Para poder realizar una buena comunicación en la conciliación, el conciliador necesita aprender a traducir esos conocimientos que tiene de la comunicación en comportamientos específicos que producirán cambios duraderos. (García Hervás, 2015)

Por esta razón, necesita familiarizarse con las técnicas y habilidades de comunicación. Al mismo tiempo aumentar el conocimiento sobre los valores que están en la base de la comunicación de las otras personas con las que se quiere o se necesita comunicarse y comunicarlos.

En general, una pobre comunicación suele estar presente en la raíz del conflicto (García Hervás, 2015).

La comunicación es un elemento importante en la gestión de los conflictos por diversas razones, entre los que se quieren señalar las siguientes: 1) Una comunicación clara es una herramienta necesaria para entender a los otros y a los problemas que pueden llevar a conflictos, 2) Una comunicación poco clara puede ser la misma causa del conflicto. 3) La comunicación nos podrá ayudar a entender las diferencias en valores culturales e ideológicos que causan o complican muchos conflictos.

El conciliador debe conocer y manejar que los estilos de comunicación son diversos, pues existen tantos estilos como gente intentando comunicarse. La proximidad al hablar con otro, el tono y el volumen de la voz, las palabras que se usan, son aspectos del estilo personal comunicativo. Aunque unos estilos muy parecidos no garantizan un intercambio fácil, una similitud en dichos estilos hace más cómodo para dos personas el centrarse en el contenido de cualquier discusión.

Algunas claves para una comunicación eficaz en la conciliación son las siguientes: mostrar respeto hacia los otros; expresar nuestras opiniones como personales; mostrar empatía; aceptar el malestar; escuchar abiertamente y respetar los límites; evitar expresiones de juicio.

En fin, en la formación del conciliador sobre la comunicación serán aquellos conocimientos que deben de proporcionarse al conciliador que no puede encerrarse en su saber jurídico sin poseer los conocimientos precisos para su comunicación con las partes.

### **3.6.3.5. Negociación**

Para muchas personas la negociación y la conciliación son lo mismo, anteriormente se señaló (2016) que, aun que pueden ser técnicas complementarias, la forma de actuar y los resultados de cada una son muy diferentes. La negociación y la conciliación son procesos de resolución de conflictos en los que las partes acuden de manera voluntaria.

El principio fundamental de la negociación es saber qué se puede hacer para solucionar el problema. La negociación busca que las dos partes ganen a través de resultados que sean beneficiosos para todas las partes implicadas. En la negociación las partes se ponen en contacto y usan un diálogo directo para conseguir un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Es probablemente en esa intención de que todas las partes ganen (negociación cooperativa)<sup>24</sup> en lo que más se acerque la negociación a la conciliación. (Conforti, 2013)

En la conciliación, las partes también se ponen en contacto, pero esta vez con un tercero imparcial, para que les ayude a definir el problema, comprender los intereses de cada uno e intentar lograr un acuerdo satisfactorio para las partes. En esta técnica de resolución de conflictos, los especialistas en conciliación tratan de ayudar a los implicados para que se entiendan y así poder fortalecer las relaciones humanas rotas o deterioradas.

---

<sup>24</sup> En la realidad hay diversas formas o tipos de negociación: competitiva, individualista y cooperativa. En las dos primeras prevalece el interés personal y se basa en la ida ganador-perdedor, la tercera, se aúnan esfuerzos para beneficio mutuo.

El conciliador ha de tener ciertas habilidades de la negociación, en especial de la denominada cooperativa o integrativa, conocer el arte de negociar, en especial como se da el intercambio de ideas e información con el propósito de establecer reglas de interrelación entre las partes. También, el conciliador deberá tener presente que en la medida que el número de las partes y el número de personas que integran cada parte aumenta, resolver un conflicto tiende a ser más complicado, debido a que el número de personas que deben quedar relativamente satisfechas con el resultado es mayor. En este sentido sus habilidades de negociación deben estar presentes para sortear diversos intereses y posiciones.

El conciliador debe tener claro que sus aportes de conocimientos de negociación deben estar dirigidos a establecer un proceso de comunicación, para circunscribir el comportamiento de ambas partes, para llegar a un acuerdo ganar-ganar.

#### **3.6.3.6. Técnicas de solución de conflictos**

Por definición de su finalidad, todo el contenido de la formación del conciliador tiene como fin que el conflicto que tratado en el proceso de conciliación se resuelva a través de las técnicas en que se basa la formación.

La conflictividad es connatural a todas las agrupaciones humanas. Ninguna sociedad ha estado libre de ella y ninguna ha tenido éxito en su intento por conjurarla de manera definitiva. Tal fracaso se explica porque sus causas, en última instancia, están enraizadas en la naturaleza humana. (Oro Tapia, 2006) El conflicto —como posibilidad— es ineludible e inherente a cualquier tipo de agrupación.

Tradicionalmente se ha definido el conflicto como el desajuste de la conducta a la norma y la contravención a la reciprocidad contractual, excluyendo así el inmenso campo de la conflictividad social que requiere y demanda también tratamiento resolutorio. En el pensamiento jurídico tradicional sin embargo esta visión del conflicto ha sido reducida al hecho de una contravención, a una inadecuación de una conducta a las disposiciones de una norma heterónoma o a los pactos de una convención de carácter contractual. Dado entonces que se presenta al conflicto como un desacato de allí se generan algunas importantes consecuencias para su tratamiento:

“a) El conflicto y su solución siempre es visto como un problema individual, particular, fragmentado y reducido en su conocimiento y solución a un caso a caso también individual. b) Con lo anterior se vacía de temporalidad y materialidad al conflicto. c) Como puede apreciarse se falsea el concepto espacio temporal del hecho y el derecho, ya que se establece que el tiempo original de la acción debe congelarse y mantenerse hasta el infinito y no se atiende a los cambios en las materialidades de los sujetos intervinientes. d) Por lo mismo se reduce la finalidad del derecho de ser un medio de regulación actual a una forma de control de la realidad a los valores legales o pactados inicialmente. e) Si la formalidad legal y/o contractual original consideraba abstractamente iguales a las partes, al desconocerse los estados posteriores esa igualdad supuesta se abre a la desigualdad formalizada. f) Todo el poder y las posibilidades del derecho entonces se dirigen únicamente a ese fin conservador y se pierde todo su potencial de análisis, trabajo y construcción de nuevas realidades actualizadas” (Rivera Morales, 2016)

Es necesario entonces hacer una distinción entre conflicto legal y/o normativo y conflicto jurídico. El primero se reduce a una inadecuación de conducta a una imputación dictada o pactada. El conflicto jurídico en cambio es más amplio y requiere una visión más compleja y completa. El conflicto jurídico entonces no se produce por que exista una situación de incumplimiento de una norma, sino porque la vulneración es no a una norma sino a las personas, a los sujetos mismos, en su realidad y en su materialidad.

Quizá, es preciso ver que en las relaciones sociales de tráfico jurídico se plantea es un conflicto jurídico, y el conciliador debe concebirlo bajo esa manera. Por tanto, ese conflicto jurídico no debe plantearse como una discusión abstracta acerca de conceptos en juego o de normas y sus imputaciones que se cumplen o no, sino en una esfera de realidad y materialidad que requiere analizar situaciones concretas, contextos, actores, puntos de tensión, etc. Las discusiones conceptuales son pues posteriores, y sirven para efectuar un análisis de las condiciones de validez normativa, de justicia y de legitimidad que se presentan en la situación en estudio, para determinar si existen herramientas normativas que permitan resolverlo u obstaculiza su resolución, o si es necesario ampliar el horizonte de esa resolución, o si en definitiva las garantías que se encuentran positivizadas requieren hacerse efectivas o si incluso ellas se encuentran insatisfechas, además de las necesidades humanas fundamentales violentadas.

Hay que buscar las razones del conflicto. Según varios estudios, los conflictos son derivados de la competitividad, la intolerancia, la escasa comunicación, la mala expresión de los sentimientos y el autoritarismo. Por ello, autores como GUTIÉRREZ y RESTREPO (2016) optan por una resolución de conflictos donde se debe tener presente

las siguientes cualidades: la cooperación, la comunicación, la tolerancia y la expresión emocional.

Saber que técnica de resolución de conflictos utilizar está sujeta a cuatro cuestiones a las que el conciliador debe dar respuesta antes de seleccionarla: ¿quién forma parte del problema?; ¿es el momento oportuno para solventarlo?; ¿qué técnica de resolución de conflictos se va a utilizar?; y ¿la resolución se hará en público o privado?

El conciliador debe saber que la técnica de la resolución de conflictos comienza con la reflexión del conflicto. Un análisis de conflicto ayuda a los actores a volver a revisar sus perspectivas, las cuales a menudo se encuentran fuertemente influenciadas por emociones, malentendidos, suposiciones y desconfianza. En las situaciones de conflicto, la emoción puede sobreponerse fácilmente a la lógica y a la razón. Por lo tanto, es importante hacer una distinción entre las opiniones y los hechos. (Fisher & Brown, 1988). Los conflictos atañen a las percepciones y significados que la gente atribuye a los acontecimientos, políticas e instituciones.

Equilibrar las emociones y la razón. Por ello, en primer lugar, la persona conciliadora tendrá que hacer que ambas partes den respuesta a las siguientes cuestiones: ¿Por qué nos estamos enfadando?, ¿qué molestia tengo?, ¿cómo se ha reaccionado ante la situación?

El conciliador debe plantear como estrategia el conocimiento objetivo del conflicto, sin juicios de valor, es importante que haga referencia, solo y exclusivamente, a la problemática sin mencionar situaciones anteriores o posteriores. Esta estrategia en la resolución del conflicto implica una metodología donde ambas partes puede gestionar su problemática, la cual no es caracterizada como positiva ni negativa, sino neutra, teniendo presente la búsqueda de una solución eficaz y oportuna al momento.

Un análisis de conflicto ayuda a: aclarar y establecer prioridades acerca de la gama de asuntos que necesitan ser abordados; identificar los impactos que tiene el conflicto; identificar las causas fundamentales y los factores que contribuyen al conflicto a fin de determinar cuáles son las respuestas apropiadas; determinar cuáles son las motivaciones e incentivos que tienen los actores, mediante la comprensión de sus intereses, necesidades y opiniones acerca del conflicto; evaluar la naturaleza de las relaciones que existen entre

los actores, incluyendo su voluntad y habilidad para negociar entre sí; identificar la información que existe acerca del conflicto y cuál información ulterior es necesaria; evaluar la capacidad de las instituciones de gestión de conflictos existentes o las prácticas para tratar el conflicto; establecer nexos y comprensión entre los actores, cuando sea posible

El conciliador debe desarrollar varios pasos estratégicos que contribuyen a la resolución de conflictos:

1. **Tranquilidad:** Se utiliza para apaciguar a ambas partes, generando un canal de comunicación que permita obtener confianza y se puedan analizar los distintos caminos a recorrer para buscar la solución al problema. De esta forma, se reducen tensiones y se estabiliza la calma en el contexto. Es importante destacar que, si ambas partes no están tranquilas y disponibles para realizar la resolución de conflictos, es inapropiado continuar con el proceso.

2. **Calmar:** El conciliador pregunta a los afectados por las emociones que han surgido en el conflicto y por el sentimiento que los ha llevado al enfrentamiento. Es necesario que expresen lo que sienten y como está viviendo el momento.

3. **Soluciones colaborativas:** El conciliador deberá analizar el punto inicial y central del conflicto, acercándolo al pensamiento común que tienen ambas partes. De esta forma, se pretende que ambas partes vean que tienen en común y facilitar el camino para que ambos encuentren la solución.

4. **Empatizar:** Las dos partes deben adquirir empatía y aceptar el acuerdo establecido, asumiendo sus errores.

5. **Compensación:** Cuando las partes asumen su error, se debe dar pie a compensar los daños causados en la otra persona mientras se ha desarrollado el conflicto. Cuando una de las dos partes se opone a este paso, se observa que los anteriores han mostrado un error. En este caso, el conciliador deberá dar la solución.

Claramente, el conciliador debe estar formado en el manejo de técnicas de operativas para tratar el conflicto, especialmente, sobre las estrategias que se deben emplear para facilitar la comunicación y acercamiento entre los contendientes para que alcancen un acuerdo.

### **3.6.3.7. Racionalidad socioeconómica de los sistemas**

Las necesidades de una formación del conciliador sobre las racionalidades estructurales se fundamentan en que un conflicto jurídico no es un caso de desajuste conceptual, sino una situación material que puede y debe observarse en él mismo, en su “terreno” y no en teorías, estas solo son instrumentos para un mejor análisis. Es claro que, un conflicto no ocurre en abstracto, tiene lugar siempre en un espacio físico concreto, más o menos determinable según las demás características y elementos que lo constituyen, pero siempre determinable. Es decir, tiene lugares y límites físicos o simbólicos que es posible establecer. Se produce en un lugar y tiempo concreto no es un abstracto, sino una situación. Evidentemente, además tiene una cierta relación con el conjunto de normas que regulan o dejan de regular su situación, que sirven de marco normativo a las decisiones que pueden tomarse sobre él. (Rivera Morales, Social and structural aspects in the training of mediator, 2016)

El conciliador debe saber que los actores de un conflicto no son iguales entre sí ni tienen los mismos objetivos ni son de por sí coincidentes. Por eso, en un conflicto algunos serán más relevantes que otros y tendrán un lugar más decisivo o más cercano al hecho o a los mecanismos de soluciones. Igualmente, que los actores siempre poseen intereses, necesidades y poderes distintos cada uno, lo que implica que para poder actuar deben *pensarse* cualitativa y cuantitativamente. Entre las distintas posiciones de poder de los actores y de los intereses que ellos poseen o manifiestan, se tejen puntos de fricción destinados a mantener una situación que favorece a uno o desfavorece a otros. En esas intersecciones es donde se dibuja el conflicto.

No se trata de que el conciliador sea un sociólogo, o economista, o político, sino que tenga una formación estructural socioeconómica que le permita interpretar las racionalidades de los sujetos y sus posiciones en un conflicto determinado.

Se afirma que no hay una racionalidad sino más bien racionalidades. La racionalidad no adopta una forma única, sino que se puede hablar de una racionalidad económica, filosófica, científica, jurídica, militar, técnica, religiosa. Se usa el calificativo racional para muchas cosas: decisión racional, discurso racional.

En el fondo no es más que la práctica de toda actividad humana que persigue *economizar* sus medios para lograr la máxima satisfacción. Esta racionalidad se manifiesta en cada relación humana en la cual exista un interés o realización de un valor. Ej.: empresario, comprador.

En el campo de lo social las racionalidades se van estableciendo como forma natural de desempeño social, consolidando un sistema de valores que sea proclive a lograr la satisfacción individual y social de las necesidades. Así, la racionalidad, en sentido amplio, apunta a las formas de acción, deliberación y argumentación a partir de intereses y de valores (por parte de un sujeto individual, institucional o colectivo).

El conciliador en un conflicto tiene que ubicarse en un entorno, examinando la racionalidad de los sujetos que conforman el conflicto, tomando en consideración que, en la interrelación, bajo esa dimensión individual-social del ser humano, se ha ido generando una interdependencia entre sistema y entorno. Un conflicto es un choque de expectativas dentro de una racionalidad y un contexto determinado.

En este sentido, se sustenta que el conciliador debe tener conocimiento de la realidad estructural, lo que significa que debe tener una formación sociopolítica que le posibilite identificar las maneras y modos de actuación de los sujetos sociales. El conciliador debe conocer que las racionalidades están presentes en los individuos conforme a la ubicación de estos sujetos en la estructura sociopolítica-económica. La necesidad de una formación del conciliador sobre las racionalidades estructurales se fundamenta en que un conflicto jurídico no es un caso de desajuste conceptual, sino una situación material que puede y debe observarse en él mismo, en su *terreno*.



### **3.7. Divulgación del procedimiento de insolvencia para persona natural no comerciante**

Están previstos, como se ha expuesto anteriormente, en el CGP dos procedimientos en Centro de Conciliación o Notarías, cuales son: de negociación de deudas y de validación de acuerdos. El procedimiento se inicia con la solicitud del deudor insolvente, quien, en su escrito, bajo fe de juramento tiene que señalar sus acreencias, obviamente, sus acreedores, tal como lo establece el artículo 539 del CGP en su numeral 3: “Una relación completa y actualizada de todos los acreedores, ...”. (Código General del Proceso, 2012) Esto supone que los acreedores con los que se celebre el procedimiento son los relacionados en el escrito del deudor solicitante. No hay una previsión en las normas de llamado general a concurrir a los acreedores mediante carteles públicos.

Para los efectos de la concurrencia de las partes, el deudor se supone a derecho, concretamente los acreedores, establece el artículo 537, entre las facultades del conciliador: “1. Citar al deudor y a sus acreedores de conformidad con lo dispuesto en este título. 2. Citar por escrito a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.”. La citación es enunciada en forma general y no precisan estas normas como debe hacerse, lo que significa que deben acudirse a las normas generales sobre citación que contiene el Código General del Proceso.

Se trata de actos de comunicación en el proceso, que son aquellos por medio de los cuales se pone en conocimiento de las partes o de terceros que han de intervenir en el proceso todo tipo de incidencia o actuaciones a los efectos de provocar una determinada actividad, de garantizar la posibilidad de la misma y de preservar los principios de ser oído, publicidad procesal y contradictorio. Para los efectos que nos interesa dos son los actos comunicativos aplicables aquí: los emplazamientos y las citaciones.

El emplazamiento, siguiendo el Diccionario de la Lengua Española, es definido como dar a alguien un tiempo determinado para la ejecución de algo.

Siguiendo lo dispuesto en el Código General del Proceso el emplazamiento es el acto de comunicación del tribunal que sirve para personarse y para actuar dentro de un proceso, cuando se ignora el lugar para la notificación personal.

“Artículo 293. Emplazamiento para notificación personal. Cuando el demandante o el interesado en una notificación personal manifiesten que ignora el lugar donde puede ser citado el demandado o quien deba ser notificado personalmente, se procederá al emplazamiento en la forma prevista en este código. (vid. Entre otros: Arts. 85.4, 108, 307, 355.7, 375.6, 483.1). (Código General del Proceso, 2012)

En cuanto a la citación, viene definida por el Diccionario de la Lengua Española como la acción de citar, y a la citación la define como el acto de avisar a alguien señalándole día, hora y lugar para tratar de algún negocio. En el CGP, acoge esta noción, entre otras normas se tienen: 100.10, 101, 160, 183, 187, 188, 198, 217.

Entonces, se advierte que existe una norma rectora en el CGP que establece que los tribunales pueden usar las tecnologías de la información para los diversos actos del tribunal, concretamente en el artículo 103, que determina lo siguiente: “En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.” (2012)

Por otra parte, el CGP establece claramente como debe ser el emplazamiento en el artículo 108, incluso en sus párrafos la norma prevé el uso de las tecnologías de información.

“Artículo 108. Emplazamiento. Cuando se ordene el emplazamiento a personas determinadas o indeterminadas, se procederá mediante la inclusión del nombre del sujeto emplazado, las partes, la clase del proceso y el juzgado que lo requiere, en un listado que se publicará por una sola vez en un medio escrito de amplia circulación nacional o local, o en cualquier otro medio masivo de comunicación, a criterio del juez, para lo cual indicará al menos dos (2) medios de comunicación.

Ordenado el emplazamiento, la parte interesada dispondrá su publicación a través de uno los medios expresamente señalados por el juez.

Si el juez ordena la publicación en un medio escrito ésta se hará el domingo; en los demás casos, podrá hacerse cualquier día entre las seis (6) de la mañana y las once (11) de la noche”. (Código General del Proceso, 2012)

Comentario: Es claro que en el emplazamiento debe llevar información esencial para respetar el derecho de información procesal a las partes. También se prevé que, si no hay citación personal, debe hacerse el emplazamiento mediante cartel en medio de comunicación. La norma establece que a criterio seleccionara, al menos, dos medios, para que el interesado escoja entre ellos.

“El interesado allegará al proceso copia informal de la página respectiva donde se hubiere publicado el listado y si la publicación se hubiere realizado en un medio diferente del escrito, allegará constancia sobre su emisión o transmisión, suscrita por el administrador o funcionario.

Efectuada la publicación de que tratan los incisos anteriores, la parte interesada remitirá una comunicación al Registro Nacional de Personas Emplazadas incluyendo el nombre del sujeto emplazado, su número de identificación, si se conoce, las partes del proceso, su naturaleza y el juzgado que lo requiere.

El Registro Nacional de Personas Emplazadas publicará la información remitida y el emplazamiento se entenderá surtido quince (15) días después de publicada la información de dicho registro.” (Código General del Proceso, 2012)

Comentario: Por razones de seguridad jurídica y salvaguarda del derecho a ser oído, la publicación de medios del emplazamiento debe ser registrada en el Tribunal, pero además en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, actividades que corresponden a la parte interesada, en el caso de los procedimientos de insolvencia al deudor insolvente solicitante.

“Parágrafo primero. El Consejo Superior de la Judicatura llevará el Registro Nacional de Personas Emplazadas y determinará la forma de darle publicidad. El Consejo Superior de la Judicatura garantizará el acceso al Registro Nacional de Personas Emplazadas a través de Internet y establecerá una base de datos que deberá permitir la consulta de la información del registro, por lo menos, durante un (1) año contado a partir de la publicación del emplazamiento.

El Consejo Superior de la Judicatura podrá disponer que este registro se publique de manera unificada con el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Pertenencia, el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Sucesión y las demás bases de datos que por ley o reglamento le corresponda administrar.

Parágrafo segundo. La publicación debe comprender la permanencia del contenido del emplazamiento en la página web del respectivo medio de comunicación, durante el término del emplazamiento.” (Código General del Proceso, 2012)

Comentario: En estos parágrafos el legislador del CGP ha querido manifestar una vez la necesidad de emplear las tecnologías de información (internet y página WEB).

## Capítulo IV: Conciliación en el procedimiento de insolvencia

### 4.1. Generalidades sobre la conciliación

La conciliación es un medio alternativo de solución de conflictos. Suele confundirse este instituto con negociación y mediación, teniéndolos como términos equivalentes. Lo que sucede es que se tiene una definición global de medios alternos de solución de conflictos, refiriéndose a todos los mecanismos y/o instrumentos que posibilitan a las partes la solución de sus conflictos sin tener que acudir a los órganos judiciales (Álvarez, 1999).

Se advierte que, en la literatura sobre este tema, se encuentran diversas denominaciones, por ejemplo, técnicas de alternativas de resolución de conflictos (TARC), Mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos (MESC), mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) y la más común en inglés *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Es preciso deslindar la conciliación y establecer sus características y su funcionamiento.

En Europa, vale aclarar, ha ido apostando a mayor participación de los medios o mecanismos alternativos de solución de conflictos. La normativa comunitaria, a partir del CONSEJO DE TAMPERE, se muestra favorable a la utilización de estos otros sistemas distintos al jurisdiccional para conseguir el acceso a la justicia, como derecho fundamental de todos los ciudadanos europeos.

En la Directiva Comunitaria 2008/52, aunque reducida al ámbito de las controversias transfronterizas, se considera que la mediación mejorará la justicia, y obliga a los estados miembros a incorporarla a sus ordenamientos. En España, como consecuencia de la citada Directiva, se ha publicado la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Belloso Martín, 2008). No obstante, existen un conjunto de leyes autonómicas que regulan la conciliación en campo familiar y laboral. (Gobierno del País Vasco, 2016)

La Real Academia Española define conciliar como “hacer compatible dos o más cosas”, refiriéndose directamente a la vida familiar y laboral. (Real Academia Española, 2014)

Por lo general, se entiende que la conciliación es un medio alternativo y extrajudicial que evita que las partes tengan como única opción el proceso judicial, brindándoles la ventaja de encontrar una solución en forma rápida, eficaz y económica. También se dice que es un acto jurídico por medio del cual las partes buscan solucionar sus conflictos, con la ayuda de un tercero que da fórmulas o propuestas conciliatorias, dentro de una audiencia de conciliación, cuyos acuerdos será reflejado en un acta de conciliación.

Como se desprende de estas definiciones, el termino conciliación implica un “enfrentamiento” entre varias partes, existiendo la necesidad de buscar coincidencias para un entendimiento mutuo, lo beneficia a la sociedad en general, pues fortalece la cohesión social.

En España, dice SAN CRISTÓBAL REALES,

“que parte de la doctrina entiende la conciliación es otro mecanismo autocompositivo, por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la Audiencia Previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes.” (San Cristóbal Reales, 2013)

En el ordenamiento jurídico español, hay dos tipos de conciliación en relación con la litispendencia. Si la conciliación es anterior al juicio y con el fin de evitarlo es preprocesal, y tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria. Si la conciliación no termina con avenencia, las partes pueden acudir posteriormente a otros mecanismos de resolución de controversias heterocompositivos, como la jurisdicción o el arbitraje. Puede verse, en este sentido, que no agota las posibilidades de las partes, pues pueden, si no hay acuerdo emplear otro tipo de vía de solución.

Expone SAN CRISTÓBAL REALES, que:

“En el caso de que el juicio ya se ha iniciado y lo que se pretende es finalizarlo, entonces la conciliación es procesal, puesto que tiene lugar dentro del proceso y ante el juez competente que conoce del asunto principal. En este caso, si no prospera la conciliación, el órgano jurisdiccional resolverá como tercero imparcial el conflicto a través de la sentencia. Este se conoce como conciliación intraprocesal, porque se desarrolla dentro del proceso, por voluntad de las partes, por lo cual no debe confundirse con la conciliación judicial, la cual es aquella establecida en la ley procesal y que obliga al juez hacer actos conciliatorios. Debe tenerse claro que la conciliación preprocesal es facultativa, son las partes que la proponen.” (San Cristóbal Reales, 2013)

La conciliación preprocesal se regula en la LEC de 1881, en los artículos 460 a 480, en virtud de la Disposición Derogatoria, apartado 1. 2ª, de la LEC actual (1/2000, de 7 de enero), con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Su finalidad es evitar el futuro proceso judicial o arbitral al resolverse el litigio entre las partes, y quedar sin objeto el futuro proceso. El auto del juez de paz o el decreto del secretario judicial en donde se recoge el acuerdo de las partes es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.

Agrega SAN CRISTÓBAL REALES que:

“La conciliación intraprocesal, está regulada por la LEC actual, en los artículos 415 y 428.2, para el juicio ordinario, y en el artículo 443.3 para el juicio verbal. Su finalidad es poner fin al proceso judicial iniciado, por el acuerdo al que llegan las partes ante el juez competente que había empezado a conocer del asunto, en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. El auto del juez que contiene el acuerdo de conciliación es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.

Debe señalarse que, en España en materia social, concretamente en los conflictos laborales se prevé la conciliación previa al proceso ante la jurisdicción social, lo cual impone su obligatoriedad. Y ello no sólo porque la misma se configura, por los arts. 63 y 154.1 de la LPL, como un trámite de carácter preceptivo antes de la promoción del proceso en sede judicial en la mayor parte de los conflictos individuales y colectivos, de forma que su falta de realización conlleva el archivo de la demanda y, por tanto, la no continuación del procedimiento (art. 81.2 de la LPL); sino porque, además, el propio art. 66.1 de esta Ley declara expresamente que “la asistencia al acto de conciliación es obligatoria para los litigantes.”<sup>25</sup> (San Cristóbal Reales, 2013)

Ahora bien, debe advertirse que en España no hay una clara distinción entre conciliación y mediación. Dice RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ que no hay, por lo demás, en los acuerdos de solución de conflictos una definición clara de lo que se entienda por procedimiento de conciliación o por procedimiento de mediación y de cuáles sean las diferencias entre uno y otro (tal es así que, como queda dicho, en la mayoría de los acuerdos se prevén ambos como si fueran un único procedimiento, lo que hace que no puedan diferenciarse entre sí). Pese a ello, en aquellos acuerdos en que se diferencian ambos procedimientos, sí se deja entrever que la conciliación se entiende como un

---

<sup>25</sup> Este procedimiento conciliatorio está previsto, con carácter general, en el art. 63 de la LPL y, en relación con la modalidad procesal de conflicto colectivos, en el art. 154.1 de esta misma Ley.

procedimiento donde la intervención del tercero es más bien pasiva, mientras que en la mediación dicha intervención es más activa. (Rodríguez Fernández, 2003)

En efecto, en los acuerdos autonómicos donde se prevén la conciliación y la mediación como procedimientos diferenciados, el plus que tiene la mediación frente a la conciliación es que el mediador o mediadores deben realizar una propuesta para la solución del conflicto más o menos formalizada. Esto es, en la conciliación se intenta que las partes lleguen a un acuerdo por sí solas, en tanto que en la mediación se procura el acuerdo de las partes proponiéndoles una posible solución para su conflicto, que ellas pueden aceptar o rechazar. En la conciliación se ayuda a las partes a negociar entre ellas; en la mediación, en cambio, se les ofrece una posible solución que les ayude a alcanzar un acuerdo que zanje su conflicto. Se puede percibir que, en la doctrina sobre la conciliación y la mediación en España, se tiene una concepción inversa de la conciliación y la mediación.

Es notable que las palabras mediación y conciliación se emplean a menudo indistintamente, es decir, tienen el mismo significado: mediación. Este es el caso de muchos países latinoamericanos que se refieren a la mediación como conciliación. También vale destacar que leyes recientes en distintas partes del mundo vienen prohibiendo que las partes implicadas establezcan una distinción jurídica entre ambas figuras y ello porque ha habido ocasiones en las que se han invalidado acuerdos negociados bajo excusa que el proceso que inicialmente se comenzó como mediación derivó en conciliación. En realidad, los conceptos son diferentes, pero se considera que son procedimientos compatibles.

En el ámbito internacional debe señalarse que la UNCITRAL o CNUDMI (*United Nations Commission International Trade Law* o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) adoptó reglas de la conciliación desde 1980.

Escribe AIGE MUT que:

“La Ley modelo de conciliación comercial internacional de UNCITRAL de 2002 la define en el art. 1.3 como «todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes solicitan a un tercero o terceros ("el conciliador") que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas», pero en la que no se impone una solución («El

conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia»). En este mecanismo, por tanto, no se diferencian modalidades como la de consumo o la comercial, y no encontramos leyes específicas en el ámbito español.” (Aige Mut, 2016)

Se puede observar de las diferentes definiciones tanto de mediación como de conciliación que son mecanismos equivalentes, que consistirían en la solución de la controversia con ayuda de un tercero. Sin embargo, quienes optan por la diferenciación con la mediación dicen que la conciliación es previa (basándose en lo que se recoge en el art. 460 LEC, para la audiencia previa) y no activa, siendo la tercera persona diferente al mediador, ya que pretende que las partes alcancen un acuerdo, pero no se adoptan medidas persuasivas, interventivas o disuasivas. En el mismo sentido, algunos autores también consideran que durante el Sistema Arbitral de Consumo se da una conciliación previa al arbitraje, pero posterior al intento previo de mediación de las OMIC, y con base en ello consideran que se trata de un mecanismo diferente.

Puede apreciarse que en el derecho español no hay una clara distinción entre los institutos de conciliación y mediación por lo general, lo toman como equivalente, no obstante, a raíz del desarrollo de la mediación electrónica hay un esfuerzo en la doctrina para diferenciar estas formas alternativas de solución de conflictos. (Brachfield, 2015)

Volviendo al tema del significado de conciliación, según la (Real Academia Española, 2014), conciliación viene del latín *conciliatio* que es el nombre que recibe la acción y el efecto de conciliar; y *conciliar*, del latín *conciliare*, que es componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. En el idioma inglés *conciliation* (conciliación) se denomina el proceso de tratar que la gente llegue a un acuerdo, *conciliate* (conciliar) es la acción encaminada a que la gente cese en el desacuerdo, especialmente dándoles algo que ellos necesitan (Dictionary, 2016). Se define la conciliación como el proceso mediante el cual un tercero, experto y neutral asiste a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a sus conflictos. En el ámbito judicial la conciliación es el arreglo o acuerdo al que llegan las partes por causa de la procura y mediación de un juez.

Por su parte, la mediación es “un sistema de negociación asistida, en el que un tercero imparcial y neutro, el mediador, tiene el papel de facilitar la negociación entre las partes” (Hoet-Linares, 2005) es decir el mediador asiste a las partes y busca que cada uno determine su propio interés y entienda el de la otra parte, logrando un basamento



racional de posiciones, para producirlas e intercambiarlas en el desarrollo del procedimiento.

La mediación proporciona un método para que las personas en conflicto ejerzan su propia voluntad y los convierte en representantes activos en la decisión de sus disputas. Siendo un procedimiento informal y flexible permite a las partes expresar sus emociones e identificar sus propios intereses, al desarrollar la habilidad para comunicarse, logrando un ánimo de cooperación que les permite compartir información relevante. Por ser la mediación un proceso informal propicia un intercambio abierto de discusión entre las partes, lo que da lugar a una resolución creativa de los problemas, siendo voluntaria y consensual difiere de los métodos tradicionales de resolver litigios, siendo la inversión del tiempo, dinero y desgaste emocional mucho menor.

En Colombia la jurisprudencia gradualmente ha ido promoviendo los mecanismos alternativos de justicia, en este sentido ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL:

“Los mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente, pues al decir Auerbach “sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho”. (Sentencia C-893, 2001)

En Colombia se ha asumido la denominación de Mecanismos Alternativos y legalmente son: conciliación en derecho, conciliación en equidad, amigable composición y arbitraje. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la conciliación adquirió fundamento Constitucional gracias a lo establecido en el artículo 116 de la Carta Magna. En desarrollo de este artículo se expidió el Decreto 2651 de 1991 ampliando el campo de acción de la conciliación y reforzando su regulación. Más adelante se expide la Ley 446 de 1998 y finalmente la Ley 640 de 2001 que regula más profundamente lo relativo a la

conciliación y establece la obligatoriedad de acudir a ella como requisito de procedibilidad<sup>26</sup>.

En general, sobre la conciliación la CORTE CONSTITUCIONAL se ha pronunciado de la siguiente forma que el Estado en su función de hacer valer el derecho de acceso a la justicia:

“Busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus propios conflictos, con base en los principios constitucionales, los mandatos contenidos en el artículo 116 de la Carta, que prevé los mecanismos alternativos, y el artículo 229, que garantiza a toda persona el derecho a acceder a la administración de justicia. Así las cosas, y teniendo en cuenta que Colombia es una democracia participativa (CP art. 1º), bien puede la ley favorecer que sean las propias personas quienes solucionen directamente sus problemas, por ejemplo, estableciendo que éstas deben intentar previamente la conciliación de sus diferencias antes de acudir ante los jueces. En efecto, si esa instancia consensual permite que las partes enfrentadas acuerden una solución satisfactoria para su litigio, en nada se ha vulnerado el derecho de acceder a la justicia ya que las personas han accedido a una solución justa para su controversia. mediante la utilización de instrumentos flexibles, ágiles, efectivos y económicos que conduzcan al saneamiento de las controversias sociales y contribuyan a la realización de valores que inspiran un Estado social de derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales; además de que persigue la descongestión de los despachos judiciales, reservando la actividad judicial para los casos en que sea necesaria una verdadera intervención del Estado. La conciliación es un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y el imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian”. (Sentencia C-893, 2001)

Es evidente, que la jurisprudencia vincula la conciliación y la mediación al principio democrático constitucional, particularizándolos en la democracia participativa. Esto es,

---

<sup>26</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Por otro lado, es pertinente recordar parte de lo dicho en sentencia C 1195 de 2001 de la CORTE CONSTITUCIONAL: La exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes, durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción.

que los particulares participen en la solución de sus conflictos, lo cual coadyuva al mantenimiento de la cohesión y paz social.

De lo expuesto por la CORTE CONSTITUCIONAL, se puede extraer que la conciliación como procedimiento consiste en un proceso de negociación asistida por un tercero denominado Conciliador, que ayuda a que las partes encuentren una solución consensual que satisfaga sus intereses; teniéndose en cuenta que la solución final siempre será de las mismas partes. Por otra parte, le imprime al acuerdo a que lleguen las partes, de obligatorio y definitivo, lo que significa que debe entenderse como cosa juzgada.

En fin se puede afirmar que la conciliación es una forma de abordar las situaciones conflictivas (de cualquier naturaleza y que sean disponibles), que presupone la intervención de un tercero imparcial, el conciliador, en interacción con disputantes, quienes, carentes de poder de decisión sobre el contenido de la cuestión, dirige a las partes en un proyecto de comunicación cooperativa, ordenando a que cada uno de los intervinientes pueda acceder a esclarecer sus intereses, deseos y necesidades, a valorar sus alternativas en la situación y construir en conjunto con la otra parte un diseño a la medida de sus respectivas expectativas en la situación, que sea mutuamente satisfactoria.

#### **4.1.1. Características**

Los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o “transacción”, regulado en el Código Civil –ubicado como contrato, art. 2469 CC de Colombia, véase también art. 1.625 que constituye una forma de extinguir las obligaciones)-, para resolver su conflicto. Por tanto, a través del consenso entre las partes se resuelve el conflicto. Cumplen una función cívica, al permitir a los ciudadanos evitar o resolver sus conflictos de forma privada.

Es evidente, que los sistemas alternativos de solución de conflictos, gestionan mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo (solas o con la ayuda de un tercero), llegando a un acuerdo o transacción.

La autocomposición tiene como exigencia esencial la cooperación de las partes, que ellas se acerquen y busquen como superar el conflicto, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que, terminado el litigio, las partes puedan mantener relaciones o, al menos, una mejor relación entre ellas, al haber alcanzado un acuerdo construido por ellas, lo que facilita, en la mayoría de los casos, a un cumplimiento voluntario de lo acordado. Este aspecto de la participación de las partes determina en buena parte la caracterización de la conciliación. Así podemos señalar como características las siguientes:

#### **4.1.1.1. Consensual**

Las partes adoptan libre y voluntariamente sus acuerdos bajo el principio de la autonomía de la voluntad (En Colombia, art. 1 de Ley 446 de 1998). Aunque la conciliación tiene la presencia de un intermediario (judicial o extrajudicial), debe indicarse que la intermediación no altera la naturaleza consensual del acuerdo al que las partes puedan llegar, puesto que el conciliador se limita a inducirlo y facilitarlo. La filosofía que inspira a la conciliación es que las mismas partes resuelvan el conflicto en forma pacífica, con la ayuda de un tercero.

Aquí se cuestiona ¿qué se entiende por acto consensual?; respondiendo a esta pregunta transcribimos lo que dice TORRES VÁSQUEZ, así:

“Los actos bilaterales o plurilaterales no formales se les denomina consensuales, cuando se perfeccionan por el simple consentimiento, por ejemplo, la compraventa que se perfecciona por el simple acuerdo entre vendedor y comprador, sin necesidad de la entrega del bien ni el pago del precio, ni de la observancia de ninguna formalidad”. (2001)

El consentimiento es a la vez la voluntad de cada contratante y el acuerdo de sus respectivas voluntades. El consentimiento resulta de la armoniosa integración de la oferta con la aceptación, no bastando que ambas declaraciones de voluntad se intercambien. Es menester, además, que se combinen en el sentido de integrarse recíprocamente de modo tal que se produzca una coincidencia de las voluntades de ambas partes con relación al objeto del contrato.

Si bien, en un contrato el consentimiento es uno solo, en el sentido de que ambas partes prestan el mismo consentimiento, este muestra dos lados, constituido uno de ellos por las voluntades internas de cada parte que no se manifiestan y, el otro, por la exteriorización de ellas, como declaración de voluntad común. Al llegar el momento de celebrar el contrato existen dos voluntades internas, o sea la voluntad interna de cada parte, las cuales pueden haber sido originariamente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. Pero, para concretar el contrato concurren las voluntades internas, en este sentido vale la pena citar a las palabras de Baudry-Lacantinerie y Barde: "yo puedo querer solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un concurso de voluntades". Citado en (De la puente, 1993)

En la conciliación hay ese concurso de voluntades internas, que es manifestación del querer de las partes, de manera que el acuerdo conciliatorio es producto del consenso entre las partes.

#### **4.1.1.2. Voluntario**

En principio la conciliación responde a la autonomía de las partes, de suerte que se acude a este procedimiento por voluntad de ellas, que buscan solucionar el conflicto que existe entre ellas. No obstante, se debe diferenciar el acudir a la conciliación y llegar al acuerdo, pues son dos momentos distintos, y el primero en algunos ordenamientos ha sido impuesto por la ley, de manera que el acto de conciliación en su aspecto formal de comparecer a él, viene impuesto por la ley.

Sobre esa base se ha tratado de distinguir la conciliación extrajudicial y la judicial, pero esta clasificación no cubre la idea de la imposición de la conciliación, pues, en algunos ordenamientos se tiene como requisito de procedibilidad de la demanda judicial (Uruguay Código General del Proceso art. 293, Colombia CGP art.38), independientemente sea conciliación judicial o extrajudicial (En Perú se estableció la conciliación extrajudicial como obligatoria. (Ley 26872, 1998)

En Colombia a efectos de la procedibilidad se aceptan ambas conciliaciones (art. 3o. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial". (Ley 640, 2001)

Por tratarse del tema de investigación, se señala que el Código General del Proceso en el artículo 533, remite el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante a los centros de conciliación.

Ahora bien, en cuanto al contenido y aceptación del acuerdo en la conciliación se actúa conforme a los contratos. Los contratos tienen pues, su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, lo que significa que, en primer lugar, el individuo tiene plena libertad de decidir si contratar o no contratar; en segundo lugar, las partes tienen total libertad de elección del tipo contractual; en tercer lugar, las partes tienen libertad plena para manifestar su consentimiento.

El postulado de la autonomía de la voluntad en la conciliación se cimenta en la permisión de que las partes establezcan por sí mismos las reglas por las cuales van a ir encaminando o direccionando sus relaciones tanto civiles como familiares y comerciales, fundamentada en la posibilidad de que las partes puedan de igual manera que crean sus relaciones solucionar los conflictos que se suscitan.

La autonomía de la voluntad, se puede entender como aquella facultad que tiene la persona para determinarse a realizar ciertos actos o a tomar ciertas decisiones, sin afectar los derechos de terceros. El ejercicio de la autonomía de la voluntad es uno de los pilares en que se sustenta el procedimiento conciliatorio, pero esta autonomía no es irrestricta, es decir, no se puede hablar de autonomía de la voluntad cuando se contraria el ordenamiento legal vigente, ya que el límite que obligatoriamente deben respetar las partes al momento de acordar es la Ley

Autonomía de la voluntad de las partes en la conciliación se materializa en la facultad de definir el lugar en donde se llevará a cabo la conciliación, elegir el operador, aceptar o no las propuestas de arreglo en la conciliación.

La conciliación es un procedimiento voluntario, dónde las partes involucradas son libres para acordar e intentar resolver su disputa por esta vía. El proceso es flexible, permitiendo a las partes definir el tiempo, estructura y contenido de los procedimientos de conciliación.

En España, la regla general en el ordenamiento jurídico español es que los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos tienen un carácter voluntario, es decir, que son utilizados por las partes en conflicto en la medida que ellas estén dispuestas a hacerlo.

En general, se ratifica que llegar a un acuerdo no es obligatorio. Aun cuando las partes acudan por ley a una conciliación, no están obligadas a llegar a un acuerdo.

#### **4.1.1.3. Actuación de un tercero**

Por definición la conciliación es un procedimiento ante un tercero que funge de intermediador. En la conciliación el tercero interviene dando especial importancia en recuperar la relación entre las partes, para ello utiliza sus cualidades con el fin de lograr que las partes consigan una solución propia. El proceso es coordinado por el conciliador. El llegar a un acuerdo supone el resultado del papel facilitador, del conciliador y de la decisión de las partes. El tercero no es juez ni árbitro.

El conciliador en su rol busca canales de comunicación, tiende puentes entre las partes en conflicto, asimismo inaugura nuevas vías de comunicación que fomenten y hagan más eficaz la comunicación entre las partes, así como restablece la comunicación deteriorada o rota entre ellos. El conciliador ayuda a las partes conciliantes a que sean más razonables y viables en sus pretensiones, hace ver a las partes las virtudes y defectos de sus pretensiones, a fin de evitar las pretensiones extremas, utópicas, poco realistas, física y jurídicamente imposibles. El conciliador debe ser un extraordinario evaluador de las demandas que formulan y pretenden las partes.

Su actuación es de tercero ajeno al conflicto, lo que no impide que examine el origen del conflicto y pueda proponer fórmulas que acerquen a las partes. Es el que dirige el procedimiento de conciliación, es en realidad un facilitador con el fin de que las partes se oigan, expresen sus puntos de vista, cada una en sus posiciones y de esta manera surjan posibles alternativas para solucionar el conflicto.

#### **4.1.1.4. Informalidad**

La conciliación, en términos conceptuales, es un procedimiento flexible e informal, para permitir que se desarrolle en forma ágil y en un clima de confianza; respetando ciertas normas de conductas establecidas por el conciliador, todo ello dentro de los principios establecidos en la ley. Normalmente, entre el conciliador y las partes pueden acordarse a forma de llevar su caso, establecer los procedimientos, la cantidad de reuniones, entre otros. De manera que, el proceso es flexible, permitiendo a las partes definir el tiempo, estructura y contenido de los procedimientos de conciliación.

Siendo la comunicación en diálogo el concepto que despliega todo proceso de conciliación y entendiendo que los elementos característicos de la comunicación (más en situación de conflicto), o aquellos de ellas derivados, son complejos y variados que pueden producir virtualmente una infinidad de combinaciones, pareciera difícil tratar de enmarcar dentro de un conjunto de normas cerradas y preclusivas las formas como debe desarrollarse el proceso de conciliación. El procedimiento de conciliación o mediación debe de carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de los mediados.

Desde este principio, el procedimiento de conciliación evitará sujetarse al cumplimiento de formas y solemnidades rígidas. Aunque la conciliación en procedimiento de insolvencia posee una estructura y objetivos definidos en el C.G.P. y se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, esto no debe de interpretarse como un procedimiento estructurado sino flexible; toda vez que, durante el procedimiento, el conciliador y las partes pueden obviar pasos y convenir la forma en que se desarrollará más efectiva y eficazmente la comunicación entre ellos.

En todo proceso de conciliación o mediación puede identificarse una estructura interna, a pesar de la misma sea bastante flexible. Si bien se evitan las formalidades, solemnidades o etapas preclusivas, siempre puede reconocerse tal disposición interna que le da cohesión al procedimiento. La particularidad de ésta radica en su elasticidad, pues ella no se presenta ni en la práctica ni a nivel conceptual, en forma estrictamente cronológica. Las diferentes fases pueden yuxtaponerse en algún momento, saltarse o



inclusive devolverse a una etapa previa, dependiendo de las necesidades que se vayan presentando en cada caso. (Gulliver, 1979)

Debe existir amplia libertad para aplicar el procedimiento, a efecto de alcanzar acuerdos eficientes y satisfactorios.

No obstante, que en la práctica conciliatoria y dependiendo de los ordenamientos jurídicos se presentan diferencias entre la conciliación judicial y extrajudicial. Pero no solo allí, también hay que ver que la informalidad de la conciliación en equidad extrajudicial, no está presente en la conciliación en derecho extrajudicial, esta tiene otras exigencias, por ejemplo, que el conciliador sea abogado.

#### **4.1.1.5. Privacidad**

Estos procedimientos son raramente públicos. Son basados en el interés de las partes. Supone *que sólo las partes* directamente involucradas en el conflicto, además del conciliador, podrán participar en la audiencia de conciliación, sin embargo, existe la posibilidad de que las partes concurren acompañadas por personas de su confianza, sean letradas o no, quedando en facultad del conciliador y de las partes aceptar la presencia de éstos últimos.

Este aspecto de la privacidad está íntimamente conectado con el deber y derecho de confidencialidad. Supone que toda información expuesta ante el conciliador y las mismas partes, se mantendrá en absoluta reserva. No obstante, en el proceso conciliatorio por insolvencia de persona natural no comerciante se mediatiza notablemente.

#### **4.1.1.6. Empoderamiento o simetría de poder**

A pesar de no estar contemplado en la Ley ni en el Reglamento, es importante tomar en consideración el principio de la simetría de poder. Uno de los temas más críticos en la conciliación, es la situación en la cual una de las partes tiene más poder que la otra y ambas saben de esta situación. Esto exige que el conciliador ante el evidente desequilibrio de condiciones, cree mecanismos para que las partes en conflicto sientan que participan en iguales términos en la discusión, expresen sus intereses y necesidades que influyen en

la toma de decisiones, presenten alternativas, evalúen las consecuencias de las posibles soluciones y participen en el logro de la solución.

Esta ayuda que despliega el conciliador deberá realizarse con sumo cuidado, ya que una intervención indebida podría afectar su imagen de imparcialidad, con lo cual todo el esfuerzo realizado para generar la necesaria cooperación entre las partes podría venirse abajo. En este sentido se diferencia entre aquel conciliador que realiza intervenciones que ayudan a reconocer, organizar y agrupar el poder de una de las partes, y aquel conciliador que, convirtiéndose en defensor, colabora en la generación de un nuevo poder.

#### **4.1.1.7. Legalidad**

Evidentemente, en todo procedimiento debe actuarse conforme a la ley. Todo acuerdo contra la ley es nulo. Bajo el principio de legalidad, le corresponde al conciliador asegurarse que el acuerdo total o parcial al que las partes puedan suscribir, no colisione con alguna norma legal, para lo cual podrá recurrir a la asistencia especializada del abogado del centro que cumple la función de verificador de la legalidad.

En el caso de la conciliación en el procedimiento por insolvencia de persona natural no comerciante el Código General del Proceso estatuye claramente sobre este aspecto.

#### **4.1.2. Principios aplicables en la conciliación**

Por la dificultad de brindar un acceso a la justicia en forma oportuna y adecuada, afirma RIVERA:

“los Estados se han visto obligados a reconocer y regular otros medios alternativos de resolución de conflictos. Muchos de ellos existentes desde antiguo en diferentes campos de la vida social. Este reconocimiento ha conducido que el Estado intervenga y todos ellos se siguen refiriendo a sistemas de resolución de conflictos de alguna manera vinculados al sistema oficial de resolución de conflictos que es el sistema legal. Es más, buscan regularlo para darle plena eficacia a la composición pacífica del conflicto.

Lamentablemente, la concepción que ha privado en el reconocimiento y regulación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, parte de que el cauce jurisdiccional es un sistema lento e inadecuado para la resolución definitiva de cierto tipo de controversias, y el propio legislador y el poder judicial, han visto en ellos un interesante instrumento para descargar de trabajo a la Administración de Justicia. Se sostiene que, esta no debe ser la idea rectora, sino que la admisión y promoción de los medios alternativos de resolución de

conflictos debe descansar en darle plena efectividad el derecho al acceso a la justicia<sup>27</sup>. Así pues, el desarrollo de estos mecanismos responde a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia”. (2016)

Bajo este concepto de que los medios alternativos de resolución de conflictos son un mecanismo de acceso a la justicia, y que la finalidad de la solución del conflicto es alcanzar lo justo y preservar la paz y cohesión social. Por lo que, las garantías y derechos que rodean un proceso justo deben ser igualmente amparados en los procedimientos de aplicación de formas alternas de resolución de controversias.

Bajo la concepción del debido proceso y la tutela efectiva, se tratará de desarrollar los principios que deben regir a los medios alternativos de resolución de conflictos, haciendo hincapié en la conciliación, como parte de los mecanismos para acceder a la justicia, examinándolos a la luz de la Teoría Constitucional; de la misma forma se trabajará en los principios vinculados a la conciliación tanto como forma de acceso como proceso. Vale manifestar que parte de la médula de la conciliación lo constituyen los principios sobre los que se está afianzando. La jerarquía de los mismos es trascendental, ya que se trata de los dispositivos que fijan el modo en que se ordena la institución de la mediación. (García Villaluenga, s.f.)

Debe entenderse que los principios deben ser la columna vertebral sobre la que se arma el procedimiento de conciliación. Se advierte que, si bien se entiende que la conciliación puede aplicarse a diversos asuntos, en el presente estudio, se limitará en el campo civil y mercantil.

Las constituciones iberoamericanas incluyen preceptos expresos destinados al poder público para que garantice que las personas, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, obtengan de los Jueces y Tribunales una tutela judicial efectiva (Por ejemplo: España, art. 24, Colombia arts. 29 y 86, Ecuador art. 76, México arts. 14 y 17). En la vida práctica social se observa cada vez un mayor empleo y desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos al margen del procedimiento ordinario de

---

<sup>27</sup> En la misma dirección CASO SEÑAL, Mercedes. Mediación. Signo distintivo de Europa. Diario La Ley, N° 7046, Sección Tribuna, 31 de octubre de 2008, Año XXIX, Ref. D-309, Editorial LA LEY Abogados de Familia, N° 51, Sección Tribuna Abierta, Cuarto trimestre de 2008, Editorial LA LEY. LA LEY 39928/2008, expresa “La mediación no es sólo una solución a la actual sobrecarga que sufren los Tribunales.

actuación los órganos jurisdiccionales. La doctrina ha asentado que “Si las partes en un conflicto deciden voluntariamente, en uso de su libertad, renunciar al derecho de someter a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales la controversia que les afecte en ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva”, y someter la solución a alguno de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, esta renuncia no debe conllevar a una situación real de indefensión. (Pérez-Ugena Coromina, 2014)

Además, hay que precisar que no hay contradicción entre despejar la incertidumbre o conflicto sobre derechos en los órganos jurisdiccionales o empleando los medios alternativos de resolución de conflictos. En ambos, las partes desean hacer valer sus derechos y que estos sean respetados. Puede afirmarse que el contenido axiológico de la tutela efectiva y el debido proceso amparan a los ciudadanos en cualquiera de los procedimientos que asuman, conforme a su derecho de libertad, para resolver sus controversias y alcanzar justicia. Vale decir que, así como el proceso ante órganos jurisdiccionales debe ser justo, los procedimientos de resolución alternativa de disputas también deben ser justos. En ellos deben estar resguardados los derechos y las garantías procesales en el sentido de igualdad de armas, imparcialidad, transparencia, derecho de defensa, contradicción, información y libertad. En la doctrina y jurisprudencia<sup>28</sup>, incluso en algunas constituciones así se reconoce<sup>29</sup>, la tutela efectiva trasciende el ámbito judicial<sup>30</sup>.

Señala RIVERA que:

“El problema radica en determinar cómo se controla en procedimientos, al margen a la jurisdicción, la tutela efectiva. Cómo el Estado es garante de los derechos fundamentales, obviamente, tiene facultad para intervenir para asegurar que no se quebranten los derechos fundamentales, ejerciendo control a través de los órganos jurisdiccionales. La cuestión es, por tanto, fijar, dado el carácter autocompositivo de la mediación y conciliación, puesto que priva la autonomía de la voluntad, que tiene su fundamento en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental, cuáles son las garantías que específicamente deben estar resguardadas en estos procedimientos.” (2016)

---

<sup>28</sup> España hay diversas sentencias del Tribunal Constitucional, así: STC 102/84 de 12 noviembre, STC 227/94, de 17 de diciembre.

<sup>29</sup> En Colombia Constitución art. 29, en Venezuela Constitución artículo 49.

<sup>30</sup> La ley de 5/2012, de 6 de julio “Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en el Preámbulo expresa “Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja”.

Siguiendo a RIVERA<sup>31</sup>, dice que:

“no obstante, surge un problema, cuál es determinar cómo se controla en procedimiento se los particulares, al margen a la jurisdicción, la tutela efectiva. Corresponde al Estado como garante de los derechos fundamentales, intervenir, mediante regulación legislativa, para asegurar que no se quebranten los derechos fundamentales, ejerciendo control de diversa forma, entre ellos, a través de los órganos jurisdiccionales. La cuestión es, por tanto, fijar, dado el carácter autocompositivo de la mediación y conciliación, puesto que priva la autonomía de la voluntad, que tiene su fundamento en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental, cuáles son las garantías que específicamente deben estar resguardadas en estos procedimientos.” (2016)

En la doctrina, en general, la conciliación se asume como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”. (Folberg & Taylor, 1996)

De la definición queda claro la base rectora es la libre disposición de las partes, esto es, la manifestación de su autonomía de libertad en cuanto a cómo solucionar la controversia. De manera que, con fundamento en la libre disposición y acogimiento al procedimiento de conciliación, además por el alcance efectivo sobre el conflicto en ella, se considera que el procedimiento debe asegurar la igualdad de armas, imparcialidad, transparencia, derecho de defensa, contradicción, información, legalidad y libertad.

Cualquier regulación sobre el procedimiento, los intervinientes y la efectividad del acuerdo debe asegurar esas garantías y derechos. No podría concebirse que un procedimiento que negase o violase el derecho a la tutela efectiva y al debido proceso, pudiese estar inscrito en fórmulas alternativas para alcanzar la justicia.

Si bien es cierto que se trata de un procedimiento de intervención libre de las partes, el marco de su desempeño no puede quebrantar los derechos y garantías que les amparan, pues el acogimiento al procedimiento mediador no significa su renuncia y menos que aquellos sólo están resguardados en el ámbito judicial. Cualquier procedimiento público

---

<sup>31</sup> Se ha tomado el trabajo de Rodrigo Rivera Morales, con su autorización, adaptándolo a la conciliación.

o privado que afecte derechos de las personas está sometido a los principios del debido proceso.

El debido proceso puede ser comprendido como una cláusula básica que concreta el ideal del Estado Democrático de Derecho, de ahí que algún autor haya anotado que el Estado Democrático no es otra cosa que un conjunto de debidos procesos. Pese a tratarse de un derecho *continente*, hay cierto consenso en la doctrina respecto a que sus dimensiones no se limitan solo al ámbito jurisdiccional, sino que cubre todo el espacio de la actuación estatal, pero también los ámbitos de las organizaciones corporativas o asociativas (Estrada, 2000). Está incluido en las garantías constitucionales del proceso. Es una garantía en sí misma. Es un derecho fundamental de carácter instrumental.

Se ha indicado que la observancia del debido proceso no se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, pues lo que procura este derecho es el cumplimiento de los requisitos, garantías y normas de orden público que deben encontrarse presentes en todos los procedimientos, sean judiciales o no, a fin de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos<sup>32</sup>.

Obviamente, en un proceso de conciliación o mediación las partes tienen libertad de acudir a él y retirarse si no se sienten conformes, pero ello no implica que puedan soslayarse garantías que protegen el reclamo y defensa de sus derechos e intereses. Expresa Pérez-Ugena Coromina que:

“Esa libertad de elegir procedimiento y tomar la decisión no es absoluto, manifestando “..., esta capacidad de disposición de las partes no es absoluta ni puede ser contraria a los principios, valores y derechos fundamentales inderogables, ni puede afectar al estricto derecho de la persona”. Así pues, cualquier procedimiento está sometido a las directrices del debido proceso, es decir, se puede considerar como un estándar que suministra criterios para la actuación de entidades públicas y privadas en situación de administrar justicia.” (Pérez-Ugena Coromina, 2014)

---

<sup>32</sup> Jurisprudencia. Perú. CAS. N° 178-2009 (Huancavelica), Sala Civil Transitoria, considerando segundo, de fecha 17 de enero del 2011. Tomado de: LANDA ARROYO, César. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia. Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Volumen 1. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Perú, 2012, p. 17.

Ahora bien, en el caso de insolvencia de persona natural no comerciante, el legislador estableció un procedimiento especial en el Código General del Proceso, el cual se desarrolla en Centros de Conciliación, y establece regulaciones concretas en las cuales, indudablemente, están implícitas las garantías del debido proceso.

Por otra parte, el Decreto 2677 de 2012 (Diciembre 21) reglamenta diversos aspectos del procedimiento que se llevará a cabo en los centros de conciliación aplicado en los casos de insolvencia de persona natural no comerciante.

Además, como principio general debe tenerse en cuenta que, en general, la Administración de Justicia tiene un enorme descrédito en la ciudadanía, por las diversas componendas o fraudes que ocurren en el proceso, a veces consentidas por los jueces.

Por ello, muchos de los juristas en los últimos años se han empeñado que los ordenamientos jurídicos integren en sus leyes procesales el principio de la lealtad y buena fe procesal y que los jueces velen por que la actuación de las partes sea conforme a las reglas la buena fe procesal.

La lealtad y buena fe son principios de actuación fundamentales que deben regir la relación entre las partes sujetas a cualquier procedimiento que implique juzgamiento. (Picó i Junoy, 2011)

Estos principios son garantes del debido proceso y de una decisión conforme a derecho. Indiscutiblemente, todo procedimiento que tenga como finalidad el acceso a la justicia y solucionar las controversias debe estar impregnado de las garantías y principios para que sea justo. Por ende, la conciliación como procedimiento alternativo para acceder a la justicia debe confirmar los principios exigidos al proceso jurisdiccional.

Por otra parte, este principio lealtad y buena fe, exigible en todo procedimiento, no sólo se proyecta sobre el procedimiento, sino que es demandado a toda persona interviniente. (Picó i Junoy, 2011)

Esto en la conciliación o mediación afectaría a las partes, al conciliador o mediador o cualquier tercero interventor. Por supuesto, en la conciliación en la cual hay voluntariedad de las partes, y que en cierto sentido han renunciado a someter su conflicto ante los órganos jurisdiccionales, deben estar dispuestos a actuar en forma leal y de buena fe. En

Código General del Proceso, en el artículo 42 numeral 3, entre los deberes del juez, dispone:

“Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal”, y el artículo 78 dispone que las partes deben actuar entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe. La buena fe y lealtad es exigible en el procedimiento que se lleva a cabo en los Centros de conciliación en el régimen especial de insolvencia de persona natural no comerciante, tanto a las partes como al conciliador.” (Código General del Proceso, 2012)

Se observa en las definiciones examinadas sobre la conciliación que se enfatiza en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones. Por lo tanto, constituye un proceso que no sustrae de las partes la autoridad para resolver la situación conflictiva, pero en el marco de la legalidad. Otro aspecto lo constituye la intervención de un conciliador como ayuda para integrarse en un proceso comunicativo, que está obligado a cumplir un conjunto de exigencias. Es innegable, que la conciliación en general está sujeta a una serie de principios, que son exigibles en el procedimiento. En otras legislaciones cuando han realizado regulación sobre estos institutos de solución alternativa de conflictos, definen un conjunto de principios rectores. Advertimos que el legislador colombiano en la Ley 1380 / 2010 sobre insolvencia de persona natural no comerciante en su artículo 3 estableció un conjunto de principios: universalidad, colectividad, igualdad, eficacia, celeridad, transparencia, buena fe, publicidad, equilibrio, simplicidad, prevalencia de los derechos fundamentales; pero en la Ley 1564 de 2012, no aparecen, no obstante, en el artículo 550 numeral 2º hace referencia a los principios de la insolvencia, esto nos hace inferir que hay unos propios de ella como universalidad, colectividad y otros que son relativos a todo proceso. Estos podrían desagregarse en principios relativos a las partes y principios exigidos al conciliador, en todo caso, si bien conciliación y mediación con institutos diferentes, no es menos cierto que tiene muchos puntos en común, especialmente a lo atinente a los principios aplicables, por esa circunstancia siguiendo el citado trabajo sobre mediación de Rivera Morales, se tomará esos principios adaptándolos a la conciliación en forma general.



#### **4.1.2.1. Principios aplicables a las partes**

Se ha considerado pertinente tratar un conjunto de principios relativos a la conducta de las partes y que son inherentes al proceso de conciliación y mediación. Se entiende que, los principios relativos a las partes, si bien corresponde directamente a ellos, estos tienen su aplicación en cuanto están inmersos y son protagonistas de un procedimiento para resolver el conflicto entre ellos. Bajo esta concepción los principios que deben satisfacer o rigen la conducta de las partes tienen su eficacia en cuanto exista el proceso de conciliación o mediación y son aplicables en él. Son exigibles en cuanto están al servicio de la persona para hacer valer su dignidad como tal en un proceso. Advertimos que los generales son aplicables al procedimiento y a todos los sujetos que estén presentes en él, por ejemplo, las partes deben actuar con buena fe y lealtad.

##### **4.1.2.1.1. Voluntariedad**

Es una característica general del procedimiento de los medios alternativos de solución de conflictos. En todo caso debe indicarse que las partes acuden a el procedimiento en forma voluntaria, salvo en aquellos ordenamientos, que es de carácter obligatorio, como en caso colombiano que en el CGP lo exige como requisito de procedibilidad, y, también, establece el procedimiento de conciliación para el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante.

En todo caso, debe anotarse que la voluntariedad no debe fundarse exclusivamente en la determinación de acudir a la conciliación y mediación o continuar en ella, sino que requiere que las partes contraigan una actuación protagonista en su desarrollo, con una intervención activa en la exploración de alternativas de solución a su problema.

##### **4.1.2.1.2. Libre disposición de las partes**

Expone RIVERA que en:

“principio hay que precisar que, si bien hay una relación estrecha entre libre disposición de las partes y voluntariedad, no significa que sea que sean conceptos equivalentes”. La voluntariedad es manifestación de libertad, corresponde a la autonomía personal, es un estado intelectual y anímico de la persona, en la situación específica de la conciliación es la decisión libre de acudir a dicho sistema o a otro diferente, en este sentido las partes acuerdan sustraer de los tribunales jurisdiccionales el conocimiento de la controversia y atribuir su resolución así mismos en comunicación dialógica, ante tercero conciliador.

Por otra parte, la libre disposición de las partes es manifestación directa del principio dispositivo (poder de disposición sobre el derecho subjetivo material, así como el control sobre el inicio y la finalización del procedimiento de conciliación, salvo en el obligatorio), va en un sentido material, puesto que la conciliación sólo es aplicable respecto de derechos e intereses subjetivos disponibles por sus titulares. La materia sobre lo que pueden acordar las partes en la conciliación o mediación deben ser del dominio absoluto de ellas. Así como las partes, en el proceso judicial, no son sólo dueñas del ejercicio de la acción y de la incoación, sino que lo son también de la pretensión y del proceso mismo, pudiendo disponer de él a través de una serie de actos, que, con la fuerza de la cosa juzgada (allanamiento renuncia, transacción), o sin ella (desistimiento, caducidad) han de producir la terminación del procedimiento, en la conciliación también deben ser dueñas del objeto del conflicto para poder decidir o acordar sobre él.<sup>33</sup>” (2016)

Por tanto, debe tenerse presente las partes sólo podrán someter a mediación los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente.

En Colombia, con relación al procedimiento especial de insolvencia de persona natural no comerciante, acorde con el artículo 533 del CGP, se limita este procedimiento a la negociación de deudas y convalidación de acuerdos (vid regulación 539 y siguientes). Existe regulación sobre el alcance de este procedimiento en materia patrimonial.

#### **4.1.2.1.3. De respeto mutuo**

El respeto (del latín *respectus*, «atención» o «consideración») es la consideración especial que se le tiene a alguien o incluso a algo, al que se le reconoce valor social o especial diferencia. Muchas formas de respeto se basan en la relación de reciprocidad (respeto mutuo, reconocimiento mutuo, etc.). El respeto en las relaciones interpersonales comienza en el individuo, en el reconocimiento del mismo como entidad única, que necesita y quiere comprender al otro. Consiste en saber valorar los intereses y necesidades de otro individuo, por ejemplo, en una reunión. (Rivera Morales, 2016)

Entre los pensadores la afirmación que ha alcanzado más peso o influencia Kant, quien dice que a todas las personas se les debe respeto por el simple hecho de ser personas, o dicho de otra forma por ser seres racionales libres. (Kant, 1930)

---

<sup>33</sup> Vid España Código Civil arts. 1814 y 551. Uruguay en el art. 1 CGP, Venezuela en art. 14 CPC. Perú en artículo 1 de Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. En Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación. Ley No. 000. RO/ 145 de 4 de Septiembre de 1997, en el art. 43 expresa que debe que versar sobre materia transigible.

La aplicación en las relaciones humanas de este principio alcanza, obviamente, al proceso judicial, por supuesto, con mayor razón cuando se trata de procedimientos voluntarios en los cuales hay protagonismo de las partes.

Vale decir que acudir al procedimiento de conciliación o mediación está implicada la idea de confianza; lo cual significa que las partes deben confiar en el procedimiento y en su contraparte, porque siente que hay respeto pleno de sus derechos y libertades fundamentales, así como que hay un reconocimiento mutuo como personas a pesar de las diferencias.

Bajo la presencia de este principio las partes no deben emplear la mediación para engañar o timar al otro, bien para extraer información –hay la exigencia de la confidencialidad, que impone a las partes que ninguna de ellas pueda utilizar las informaciones que puedan conocer a través de las actuaciones de mediación-, o para ganar tiempo para realizar cuestiones de sorpresa sobre el conflicto. Durante el tiempo que dure la conciliación y mediación las partes no podrán ejercitar contra la otra parte acciones judiciales o extrajudiciales en relación con su objeto. Este principio es de carácter ético y es manifestación de la idea de cohesión y convivencia pacífica.

#### **4.1.2.1.4. De colaboración**

En el proceso civil las partes tiene deberes, entre ellos colaborar con el impulso procesal, con relación a la celeridad y economía procesal, además colaborar con el juez como director del proceso. (2016)

Estos deberes son aplicables a cualquier procedimiento, pues estos son mecanismos para trata de alcanzar la justicia. El deber de colaboración y apoyo al mediador es una manifestación de lealtad y buena fe, a su vez del respeto que merecen las partes y el tercero mediador. En el Código General del Proceso en el artículo 78 numeral 8° establece que “Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.”

La razón de esta exigencia se funda en el reconocimiento y laque la conciliación mediación son mecanismos de solución de conflictos, y si las partes han acudido voluntariamente a él, se están sometiendo a las pautas de ese procedimiento para alcanzar un acuerdo pacífico consensual, por tanto, en aras de solucionar el conflicto deberán

colaborar entre sí y con el conciliador o mediador para lograr finiquitar satisfactoriamente el conflicto.

No hay duda para afirmar que la colaboración y apoyo al conciliador o mediador son manifestación también del principio de lealtad y buena fe, pues en la medida que en las partes hay buena fe y lealtad procurarán que el procedimiento marche adecuadamente y prestarán su apoyo al conciliador o mediador informando adecuadamente, no entorpeciendo las actividades y haciendo conocer lealmente sus posturas.

Hay que tener presente que el desarrollo de la conciliación y mediación promueve la colaboración y apoyo permanente entre la persona mediadora y ambas partes. Al igual que en la conciliación, la persona conciliadora o mediadora la escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que posea las dotes necesarias para hallar soluciones a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar. La persona conciliadora o mediadora no imponen nada. Su presencia y labor no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por sí mismas la solución directa del conflicto. El tercero, pese a no tener autoridad sobre la decisión en sí, sin embargo, ayuda a las partes en el proceso de adoptarla, actúa como catalizador entre ellas.

#### **4.1.2.2. Relativos a la figura del conciliador**

Existe consenso en indicar la importancia del conciliador en el proceso de conciliación (Peñasco Velasco, 2003) (Nieva Fenoll, 2012). No obstante, debe señalarse que no hay consenso en la definición del conciliador y sus funciones en el proceso de conciliación, confundiéndose incluso con el proceso de mediación y el rol del mediador. Esto limita aproximarse con mayor precisión a los principios que deban informar la configuración del mediador.

Por otro lado, se indican la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad como principios inherentes al tercero conciliador o mediador, además se le señalan unos deberes, como: buena fe, facilitar la comunicación entre las partes, dar adecuada información, dirigir el procedimiento sin limitar el protagonismo de las partes, ayudar al reconocimiento mutuo, asegurar la igualdad de las partes, garantizar la seguridad del medio –confidencialidad-. Es preciso tratar los principios orientadores del mediador.

#### 4.1.2.2.1. Imparcialidad

La imparcialidad se predica dentro del proceso, es decir, se refiere al momento procesal, a la jurisdicción como función (Calvo Sánchez, 2009).

Los tribunales constitucionales y los tribunales supremos han reiterado que una de las exigencias inherentes a un proceso con las debidas garantías, en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial<sup>34</sup>. Evidentemente, en todo proceso o procedimiento, en el cual se examinen derechos de los ciudadanos, los terceros que los dirijan deben actuar imparcialmente, si preferencia por alguna de las partes.

Compartimos la tesis de CALVO SÁNCHEZ, quien afirma que:

“La imparcialidad en el poder judicial es una garantía básica y fundamental del ciudadano. No puede pensarse que se obtenga una tutela judicial efectiva y una verdadera justicia cuando el comportamiento del juzgador sea parcializado a favor de una de las partes. La imparcialidad se fundamenta en la igualdad de las partes, sin juez imparcial no hay debido proceso. En una sociedad democrática los tribunales, por supuesto sus jueces, deben inspirar confianza a los justiciables, lo cual se traduce en una imparcialidad absoluta del juzgador<sup>35</sup>. Pues, este principio es plenamente aplicable a los medios alternativos de justicia, se exige a los árbitros, a los que ejerzan función de conciliación o mediación.” (Calvo Sánchez, 2009)

El conciliador o mediador garantizarán que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades. Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguna de las partes. Ser imparcial en el procedimiento de conciliación o mediación supone no favorecer indebidamente a alguno de los intervinientes, mantenerse equidistante entre ambos y tener como premisa, a lo largo de todo el proceso, que la tarea esté presidida por los criterios de la verdad y la equidad. De manera que al conciliador o mediador le está impedido actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

---

<sup>34</sup> 60/1995, de 16 JURISPRUDENCIA. TC España. SSTC 136/ 1999, 151/2000, 85/2003, 5/2004, 240/2005, de 10 de octubre, que establece: “Procede recordar al respecto que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso “la primera de ellas” (SSTC de marzo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5. (STC 162/1999, FJ 5), de modo que “[s]in juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional” (STC 151/2000, de 12 de junio, FJ 3).

<sup>35</sup> (Sentencia C-450, 2015) “Garantía se encamina a evitar que juzgador sea juez y parte, así como juez de la propia causa. Implica que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad”.

La imparcialidad debe apreciarse según una actitud subjetiva, en el sentido que el conciliador o mediador en su interior no contengan elementos que lo determinen (enemistad, amistad, interés, etc.), y según una actitud objetiva, en el sentido que no existan en ellos ideas preconcebidas con relación al caso. La imparcialidad por parte del sujeto conciliador o mediador debe regir en el desarrollo de su actividad, en todo el proceso conciliatorio de mediación. Por ejemplo, en España conforme al artículo 13.4 LMACM, el mediador no podrá iniciar la causa o deberá apartarse de ella si concurren causas que afecten a su imparcialidad.

No obstante, la Ley autoriza en esas situaciones que el mediador continúe siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: a) que el mediador garantice que llevará imparcialmente la causa, b) que expresamente sea aceptado por las partes<sup>36</sup>. (Pérez Moriones, 2012)

La imparcialidad es un principio-deber del conciliador o mediador, pero también es un derecho de las partes y una garantía que la conciliación o mediación sea desarrollada de acuerdo al debido proceso.

#### **4.1.2.2.2. Neutralidad**

Las actuaciones dentro de la conciliación y mediación se desarrollarán de forma que reconozcan a las partes en conflicto obtener por sí mismas un acuerdo, configurándose el mediador como una figura neutral que no influye en la adopción de los acuerdos. Ser neutral es un estado mental que exige que el conciliador, durante el desarrollo de sus servicios, mantenga una postura libre de prejuicios o favoritismos a través de acciones o palabras. Los conciliadores que dirijan un proceso de conciliación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de las partes, que puedan

---

<sup>36</sup> Expresa la autora que “Ahora bien, resulta discutible que un mediador sea capaz de asegurar o garantizar que realizará su actuación con total imparcialidad, a pesar de la existencia de una circunstancia que, en principio, afecta a su imparcialidad o que genera una situación de conflicto de intereses. El mediador puede garantizar que hará cuanto esté en su mano por que dicha circunstancia no afecte a su imparcialidad, pero no puede asegurar poder mediar con total imparcialidad”. La autora expresa que a su juicio las partes no deberían aceptar “la intervención en el proceso de mediación de un mediador en el que concurre alguna circunstancia que hace peligrar su imparcialidad”.

influir en la toma de decisiones. El conciliador debe actuar reconociendo a las partes su protagonismo para alcanzar por sí mismas un acuerdo.

La intervención conciliadora o mediadora queda limitada a aconsejar a las partes para que reciban ayuda exterior cuando lo considere conveniente, bien sea un asesoramiento legal, la intervención de un profesional especializado en economía, un perito inmobiliario, por ejemplo, pero siempre teniendo en cuenta que la neutralidad va ligada con la imparcialidad, por lo que todos los intervinientes, distintos a las partes, han de evitar signo alguno de preferencia o inclinación. La función del conciliador o mediador tiene por objeto el ayudar a las partes a que consigan por ellas mismas sus convenios, sin establecer ningún tipo de solución y sin tomar partido por alguna de ellas.

En España, acerca de la mediación, el art. 8 Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM), indica que las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permita a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, hace remisión expresa al art. 13 del mismo texto legal, que establece el marco general de actuación de los mediadores.

Debe advertirse que es frecuente se hagan como equivalentes los principios de imparcialidad y el de neutralidad. Son principios con personalidad propia, pero que indudablemente se rozan. Explica ORTIZ PRADILLO que:

“La diferenciación clara y sencilla de ambos principios se puede inferir del enjuiciamiento de la labor del mediador. Señala el autor, que la imparcialidad atiende o toma como punto de referencia a las partes, mientras que la neutralidad se refiere al resultado de la mediación. De manera que la imparcialidad es requerida al mediador respecto a sus relaciones con las partes, en el sentido de que debe haber ausencia de interés con respecto al objeto de la mediación o con respecto a las partes, y neutralidad respecto al resultado del proceso de mediación, estando el mediador obligado a tener un actitud o comportamiento debe actuar de tal forma que sean las partes las que tomen sus propias decisiones de una forma libre y voluntaria. Así pues, acorde al principio de neutralidad el proceso de conciliación y mediación debe desarrollarse de forma que permita a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación” (Ortiz Pradillo, s.f.)

Supone la no existencia de vínculo alguno entre el conciliador y una de las partes que solicita sus servicios. En este sentido, la neutralidad es la inexistencia de vínculo entre el conciliador y las partes, ello con el propósito de salvaguardar algún conflicto de intereses que pueda surgir entre el o los usuarios de los servicios de conciliación y el conciliador a cargo de la audiencia. De producirse esta vinculación, inmediatamente el conciliador

deberá retirarse de la conducción del procedimiento conciliatorio, en la medida que su neutralidad pueda verse comprometida.

Ser neutral significa no tomar parte por la causa de ninguno de los involucrados y dejar que ellos alcancen libremente sus decisiones, pero no excluye que el conciliador o mediador promueva y facilite que las partes se involucren personal y emocionalmente con el conflicto y su solución. (Rodríguez, 2011)

El conciliador o mediador debe dirigir el proceso, y si en momentos observa que la posibilidad de una solución está trancada, puede emplear estrategias para dinamizar el proceso y las partes puedan alcanzar una solución.

#### **4.1.2.2.3. Confidencialidad**

Uno de los elementos esenciales de diferenciación de los procesos extrajudiciales con los judiciales es el relativo a la confidencialidad, es decir al carácter público o confidencial del procedimiento. El proceso judicial entre sus características básicas, se encuentra el principio de la publicidad.

Señala Bustelo que si lo que:

“Se argumente, proponga, documente o se diga en el proceso extrajudicial se puede utilizar en el judicial (ya sea vía declaración testimonial del tercero, presentación de documentos o cintas de grabación de los encuentros) la estructura del encuentro será especulativa y estará basada en la desconfianza recíproca y, por lo tanto, se estarán dando una de las condiciones para que la racionalidad contradictoria adversarial siga estando presente”. (Bustelo, 2009)

Un arreglo amistoso supone una dosis de confianza, libertad y cooperación mutua, de suerte que mantener una estrategia conflictiva desnaturaliza una solución articulada sobre el reconocimiento mutuo.

Agrega BUSTELO, que, si el proceso es absolutamente confidencial, se estará creando una de las circunstancias imprescindibles para generar la conducta cooperativa que se propone debe existir en los procesos no judiciales que quieren ampliar la autocomposición de las partes en el acuerdo que ponga fin al conflicto. (2009)

La confidencialidad, más que un principio rector de la conciliación y la mediación, constituye una garantía esencial para el éxito de estos procedimientos, hasta el punto de ser considerada una condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de los



medios alternativos de resolución de disputas, porque contribuye a garantizar la sinceridad de las partes y la rectitud de las comunicaciones durante el procedimiento. (Ortiz Pradillo, s.f.)

Se puede afirmar que la confidencialidad se halla en la naturaleza misma de los medios alternativos de resolución de conflictos, en virtud de que estos han nacido en el fomento de una concepción claramente privatista. (Barona Vilar, 2004)

En los procedimientos de conciliación y mediación, el conciliador y mediador debe procurar una actitud sincera de las partes que posibilite llegar un acuerdo entre ellas, la garantía de la confidencialidad, tanto de los intervinientes como de los medios empleados, generará la confianza y seguridad adecuada para que las partes exterioricen sus verdaderas intenciones y deseos, sin intimidación a que lo expresado durante dicho procedimiento pueda ser luego utilizado en su contra. Ello contribuye a que fluya una posibilidad de acuerdo y si se alcanza será expresión indudable de la voluntad de las partes libremente expresada, sin coacciones y de forma consensuada. El conciliador y mediador debe garantizar a las partes que lo tramitado, sus manifestaciones, propuestas, argumentos o señalamiento probatorio desahogadas durante la mediación no serán ulteriormente manipuladas en su contra en un proceso judicial.

Tanto las partes como el conciliador y mediador deben comprometerse (están obligados) a no divulgar o publicar la información que hubiera podido obtener derivada de este procedimiento. Véase que, sobre este aspecto, relativo a la mediación, la Directiva CE en el artículo 7 establece que los Estados miembros deben garantizar que las personas que participen en el procedimiento de mediación no estarán obligadas a declarar en un proceso judicial civil o mercantil o de arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación. En la Directiva se prevé que las partes puedan convenir el desbloqueo de la confidencialidad, además se prevén hay dos supuestos en los que decae este principio, cuando sea necesario por razones de orden público o cuando el conocimiento del contenido del acuerdo sea necesario para aplicarlo o ejecutarlo. (Caso Señal, 2008)

Ahora bien, este principio para aplicarlo a la insolvencia de persona natural no comerciante se relativiza casi totalmente.

En primer lugar, es un proceso inscrito en el proceso general establecido en el Código General del Proceso, lo que implica que se rija por los principios generales, entre ellos el de publicidad: en segundo lugar, ni en la ley 1380 de 2010 ni en el CGP se prevé la confidencialidad, por el contrario, e su ley original se establecía la publicidad en los siguientes términos “Divulgación oportuna del inicio del procedimiento de insolvencia así como del resultado del trámite de negociación de deudas y del correspondiente acuerdo de pagos o de su fracaso, según sea el caso, para información del público interesado”. (2012)

Esto no se establece en el CGP, en todo caso se puede inferir que las deliberaciones y propuestas que se vayan formulando, si no hay acuerdos sobre ellas, deben mantenerse bajo el canon de la confidencialidad. Se cree que, es una excepción, porque este proceso conciliatorio, por la naturaleza del objeto, tiene necesidad de la publicidad. De manera que la conciliación en el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante se aparta de este principio general de confidencialidad.

#### **4.1.3. Precisión conceptual diferencias entre conciliación y mediación**

En muchos países se considera que mediación y conciliación son lo mismo, sin embargo, ambos procesos guardan diferencias que deben tenerse en cuenta para saber lo que se puede obtener al optar alguno de ellos. Ambos son métodos de resolución de conflictos, por ello, la diferencia entre la mediación y la conciliación puede llegar a ser difusa, puesto que ambos métodos de resolución de conflictos son auto-compositivos<sup>37</sup>. Es decir, son las partes las que negocian y las que llegan a un acuerdo por ellas mismas. Pero debe reconocerse que presentan diferencias, tienen unos orígenes similares (tan similares que en algunos países se entiende que es lo mismo).

La confusión que genera, en algunos casos estos métodos, es por dos motivos. En primer lugar, hay países en los que conciliador y mediador apenas se diferencian y en muchas situaciones una misma persona ejerce ambos roles. En Estados Unidos, un

---

<sup>37</sup> MARQUEZ CEBOLA, Catia. La Mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos Universidad de Salamanca Facultad de Derecho DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL TESIS DOCTORAL Doctorado Europeo L En la tesis la autora precisa las confusiones existentes entre mediación y conciliación. Hace una clara distinción entre estos dos conceptos. Vid. pp. 214 y ss.

mediador en muchos casos ha de conciliar y proponer la solución ya que los mediados pueden estar atascados. Lo mismo ocurre en otros países anglosajones. En los países anglosajones la diferencia entre ambas estrategias es sutil, pues en muchos casos los profesionales deben actuar como mediadores, pero proponer una solución cuando las partes se estancan en el proceso de negociación. Sin embargo, en los países latinos la diferencia se torna más marcada, es más profunda.

El segundo motivo es la raíz histórica de ambas palabras. Resulta que, en la Antigua Roma, al mediador se le denominaba originalmente *conciliator*, aunque después se pasaría a llamar mediador. Por su parte, en la *conciliatio* se empleaban técnicas propias de la mediación para lograr solucionar el conflicto. Es por esto, que ambos conceptos están íntimamente relacionados y se pueden confundir.

Así, se hace apropiado hacer una precisión conceptual de ambos institutos. Expresa Rivera (2016) que, según el Diccionario de la Real Academia, conciliación del latín *conciliatio* que es el nombre que recibe la acción y el efecto de conciliar; y *conciliar*, del latín *conciliare*, que es componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. En el idioma inglés *conciliation* (conciliación) se denomina el proceso de tratar que la gente llegue a un acuerdo, *conciliate* (conciliar) es la acción encaminada a que la gente cese en el desacuerdo, especialmente dándoles algo que ellos necesitan.

Se define la conciliación como el proceso mediante el cual un tercero, experto y neutral asiste a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a sus conflictos. En el ámbito judicial la conciliación es el arreglo o acuerdo al que llegan las partes por causa de la procura y mediación de un juez.

Agrega el citado autor RIVERA que, por su parte, la mediación es “un sistema de negociación asistida, en el que un tercero imparcial y neutro, el mediador, tiene el papel de facilitar la negociación entre las partes.” (Hoet-Linares, 2005)

Es decir, el mediador asiste a las partes y busca que cada uno determine su propio interés y entienda el de la otra parte, logrando un basamento racional de posiciones, para producirlas e intercambiarlas en el desarrollo del procedimiento. La mediación proporciona un método para que las personas en conflicto ejerzan su propia voluntad y

los convierte en representantes activos en la decisión de sus disputas. Siendo un procedimiento informal y flexible permite a las partes expresar sus emociones e identificar sus propios intereses, al desarrollar la habilidad para comunicarse, logrando un ánimo de cooperación que les permite compartir información relevante. Por ser la mediación un proceso informal propicia un intercambio abierto de discusión entre las partes, lo que da lugar a una resolución creativa de los problemas, siendo voluntaria y consensual difiere de los métodos tradicionales de resolver litigios, siendo la inversión del tiempo, dinero y desgaste emocional mucho menor.

El concepto moderno de mediación dice que es un método de resolución de conflictos en el que dos o más partes implicadas buscan alcanzar un acuerdo con ayuda de un tercero imparcial llamado mediador. En este caso, son las partes las que buscan la solución y el mediador se centra en rebajar la tensión y ayudar a generar opciones, pero no da nunca la respuesta al conflicto, sino que son los mediados quienes deciden qué hacer.

Por su parte, la conciliación es un método en el que las partes intentan alcanzar una solución con la ayuda de un tercero imparcial llamado conciliador. En este caso, ese tercero imparcial propone soluciones que las partes pueden aceptar o no.

En la mediación una o más partes implicadas buscan alcanzar un acuerdo con la ayuda de un mediador que actuará de forma imparcial para reducir que pudiera surgir en la negociación, ayudando a generar alternativas de solución, pero sin brindar una recomendación a los involucrados. Será tarea de las partes que negocian optar por la solución que mejor se adecúa a sus circunstancias y necesidades.

En la conciliación las partes intentan llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero, pero en este caso el profesional encargado de la conciliación propone soluciones que pueden ser aceptadas, o no, por las partes involucradas.

La diferencia radica en el nivel de intervención que tiene el conciliador o mediador durante el proceso de negociación. En los procesos de mediación no hay una intervención directa, solo se sugieren algunas alternativas de solución y las partes pueden modificar las condiciones de acuerdo a sus necesidades particulares haciendo que el proceso sea

más viable para ambas partes porque se modifican las alternativas hasta encontrar una solución que satisfice a ambas partes.

En los procesos de conciliación es el conciliador encargado el que proporcionará a las partes la solución que considere mejor, pero dicha solución, aunque sea muy buena, no se origina como iniciativa de las partes, por tanto, no termina de resolver en toda su dimensión el problema que afecta a las partes, tocando todas las aristas, porque puede haber un aspecto emocional oculto en todo el proceso de negociación, un aspecto que solo es conocido por la parte afectada.

La diferencia entre un método u otro es fundamental pues la función principal del tercero imparcial varía, afectando pues a las consecuencias y el desarrollo del proceso. Así pues, en la mediación un tercero imparcial e independiente ayuda a las partes a facilitar el diálogo con el fin de ayudarles a resolver sus dificultades y a llegar a un acuerdo. En la conciliación se proponen a las partes alternativas para la resolución de un litigio. En relación con el papel del mediador, el conciliador tiene más poder legal y es más proactivo.

En Derecho Internacional, estos dos papeles se ven aún más diferenciados ya que su rol está mucho más definido y delimitado. El mediador simplemente hace de intermediario, tratando de suavizar tensiones y acercando posturas, pero la solución es dictada estrictamente por las partes en conflicto. El conciliador propone la solución, el hecho de suavizar o no posturas no es tan necesario (puede hacerlo como no).

Rivera señala que son dos institutos diferentes, aunque admite que pueden ser llevados en un proceso único, señala como diferencias:

“1.- En la conciliación, el conciliador no solo facilita la comunicación entre las partes en conflicto, sino que puede evaluar situaciones, exponer opiniones y proponer soluciones para lograr el acuerdo conciliatorio. En la mediación, el mediador solo facilita la comunicación sin proponer posibles formas de solución. 2.- En la conciliación, el conciliador tiene un papel protagónico, pues dirige la comunicación con el fin de hallar soluciones viables que compatibilicen los intereses contrarios; en la mediación el protagonismo lo ejercen las partes que acuden al procedimiento de mediación. El papel del mediador es facilitar que las partes en conflicto se escuchen mutuamente, estimularlas y orientarlas para que produzcan un acuerdo voluntario y consensuado.” (2016, págs. 185-214)

En Colombia, sobre la diferencia de estos institutos, la doctrina ha sostenido que la diferencia entre conciliación y mediación estriba que la conciliación es una mediación activa, donde la primera es el género y la segunda una especie. (Bernal Mesa & Serrano, 2016).

Por otro lado, la CORTE CONSTITUCIONAL ha manifestado que “la conciliación es una forma particular de la mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de arreglo”. (Sentencia C-1195, 2001)

Así pues, la conciliación o mediación intrajudicial presenta prácticamente características similares debido al papel activo del juez como director del proceso. En el caso del procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante para negociación de deudas y convalidación de acuerdos establecido en Colombia en el Código General del Proceso, el legislador atribuyó la competencia a los Centros de Conciliación por lo que algunos han calificado como procedimiento conciliatorio especial, en nuestro criterio, en realidad, se trata de una mezcla de mediación y negociación.

#### **4.1.4. La conciliación en Colombia**

En Colombia, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270, 1996), reguló desde su inicio el principio de alternabilidad de los medios de solución de conflictos. Más tarde, en el año 1998, se expidió el Decreto 1818 que versa sobre Estatuto de Mecanismos Alternos.

Colombia admite, en cuanto si al trámite es ante órgano jurisdiccional o no, puede ser conciliación judicial y extrajudicial. La CORTE CONSTITUCIONAL ha dicho:

“en la normatividad colombiana, existen dos tipos de conciliación, la extrajudicial y la judicial.

La primera se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, como medio alternativo; mediante ella, las partes resuelven de manera pacífica solucionar su problema o conflicto, sin tener que acudir a un juicio. Según el artículo 3° de la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial será en derecho cuando se realice a través “de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Por su parte, la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad”. (Sentencia C-902, 2008)

En Colombia por su forma de tratar por el órgano se dan dos tipos de conciliación: conciliación en derecho y la conciliación en equidad (art. 3º Ley 640, de 2001). En Colombia la conciliación en derecho no solo es un acto jurídico substancial, sino un acto jurídico procesal, por cuanto fue instituida como requisito de procedibilidad.

El Estado colombiano en el marco de promover y facilitar el acceso a la justicia, en el contexto normativo sobre los medios alternos de solución de conflictos, instituyó la conciliación en equidad. Definiéndose esta como una especie de justicia comunitaria. La conciliación en equidad se define como “una figura que promueve la resolución pacífica de conflictos en el contexto comunitario e implica la participación de un tercero, miembro de la comunidad, en conflictos diversos entre los integrantes de la misma. Su objetivo principal es ofrecer una alternativa pacífica, participativa y eficaz de tratamiento y atención a los conflictos comunitarios”. (Resolución 800, 2000)

En la Ley 640, se establece que “el conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados”. (2001) En caso de tratarse de conciliación en equidad, los conciliadores pueden ser personas con formación diferente al derecho, pero enmarcadas en el mismo.

La ley señala unos requisitos de estricto cumplimiento, que tienen que ver con la acreditación de una capacitación en “medios alternativos de solución de conflictos (MASC)”, capacitación que debe estar avalada por el Ministerio de Justicia y Del Derecho, y que se inscriban en un Centro de conciliación.

La persona que asuma la condición de conciliador, adquiere unas funciones que no solo tienen que ver con el procedimiento formal de la conciliación, sino con su labor de facilitador, de intermediador de buena fe y equidad. La ley señala que debe promover entre las partes motivación suficiente para que ellas encuentren puntos de unión y

construyan fórmulas para arribar a un acuerdo que ponga fin al conflicto existente entre ellas. Deberá promover fórmulas viables equitativas y neutrales, actuando siempre manera imparcial, de buena fe, neutral e independiente. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos indiscutibles, así como los derechos fundamentales, los mínimos e intransigibles.

Por su parte el conciliador en equidad tiene como función promover el diálogo entre las partes, orientar el trámite conciliatorio, pero no resolver el conflicto. El conciliador en equidad propone fórmulas basadas en normas sociales de convivencia y paz, especialmente las propias de la comunidad, y las partes son libres de aceptarlas o no.

Para ser conciliador en equidad debe haber sido postulado por la comunidad, ser persona de alto sentido de servicio social, debe además participar en el proceso de formación y selección de acuerdos con las convocatorias y lineamientos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Finalmente, se señala que en Colombia la conciliación se oferta y práctica en los centros de conciliación privados, públicos y ante los consultorios jurídicos de las Universidades en Colombia que tiene facultades de derecho programas de derecho.

#### **4.2. ¿Puede considerarse el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante como un procedimiento conciliatorio?**

Conforme a lo expuesto en páginas anteriores no puede afirmarse que sea un procedimiento conciliatorio *stricto sensu*. En realidad, no se está en presencia de una conciliación propiamente dicha, existen muchas limitaciones y regulaciones impuestas por la ley, que quebrantan características y principios de la conciliación (voluntariedad, publicidad, confidencialidad). Se considera que, el legislador, a este procedimiento de negociación, lo dirigió a los Centros de Conciliación y atribuyó competencias especiales a los conciliadores, dada la finalidad teleológica de la conciliación de propiciar acuerdos y preservar la paz social.

Tal como se ha argumentado en páginas anteriores, el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante es un *régimen especial*, concebido por el legislador para posibilitar la negociación de las deudas a través de un acuerdo con sus acreedores



para obtener la normalización de sus relaciones crediticias, convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores y liquidar su patrimonio, teniendo claro que estas condiciones se aplican solamente a las personas naturales no comerciantes, distribuyendo la competencia a los Centros de Conciliación y notarios para negociación y validación de acuerdos, y a los jueces municipales para la liquidación patrimonial.

Así las cosas, dado que hay participación como operadores, en las situaciones de negociación de deudas y convalidación de acuerdos, los Centros de Conciliación a través de sus conciliadores, y que el legislador en el artículo 537 del CGP al asignar las competencias a los conciliadores reconoce que existe otra legislación que regula la conciliación y la función del conciliador, expresando “Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones...”, se pudiera inferir que pensó en una forma especial de conciliación-negociación. Puede llamarse como un procedimiento conciliatorio especial inscrito en el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante que constituye un conjunto de herramientas que el Código General del Proceso dispone para atender la crisis del deudor persona natural no comerciante y permitir su reincorporación al mercado.

Con fundamento en el citado artículo 537 conforme al numeral 6° que señala que el conciliador designado debe “Actuar como conciliador en el curso del procedimiento de insolvencia”, en correspondencia con el artículo 551 CGP, se ve que hay cierta flexibilidad, característica de la conciliación.

No obstante, debe indicarse que hay normas en este régimen que no son propias del procedimiento de conciliación, por ejemplo, atribuye al conciliador poderes citatorios y decisorios (admisibilidad art. 542 CGP), cuestión que lo aleja de los sistemas propiamente autocompositivos. En realidad, hay una mezcla de formas autocompositivas, en cuanto a los acuerdos, pero en otras situaciones, son del tipo de heterocomposición (admisibilidad y traslado al juez (art.552 *eiusdem*)).

Obsérvese que conforme al artículo 539 se hace una solicitud de trámite de negociación de deudas, lo que significa en se emplea este instituto entre deudor y acreedores, entendiendo la negociación como una de las formas de resolver un conflicto en el que ambas partes salgan beneficiadas, esto es, comunicación que realizan dos o más

personas en conflicto, en llegar a un acuerdo. Noé Ríos define así negociar es la acción mediante la cual dos o más personas tratan de resolver un asunto Donde se tiene, que resolver es encontrar la solución al asunto que se está negociando, y asunto es la materia que se trata en la negociación, (1997)

Normalmente, la negociación se hace entre las partes, sin intermediación, por medio de conversaciones e intercambio de opiniones entre ellas o sus representantes, aunque es posible la intervención de un tercero al que se solicite una opinión experta sobre algún tema (aunque su opinión nunca es vinculante) para orientar la resolución del conflicto. También es posible que por las partes negocien sus abogados o apoderados como representantes de aquéllas.

En el caso de lo previsto en el Código General del Proceso esta negociación se da en procedimiento especial ante un conciliador y este facilita ese proceso de negociación, e incluso podrá hacer propuestas. Esto confirma que este procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante es un procedimiento especial conciliatorio, que el legislador ha considerado adecuado se tramite ante los Centros de Conciliación o Notarías, lo relativo a la negociación de deudas y convalidación de acuerdos

A nuestro criterio es una opción que tomó el legislador, para darle a la insolvencia de persona natural no comerciante, una posibilidad procesal para conducir negociación y acuerdos sobre la problemática de su endeudamiento, y de esta forma posibilitar la continuación de la vida civil de la persona deudora y preservar la paz y convivencia social.

El legislador al crear este procedimiento especial y ubicarlo en el Código General del Proceso estableció, además de las competencias que tienen los conciliadores conforme a el estatuto de su regulación (Ley 640, 2001), un conjunto de competencia o atribuciones especiales, que a continuación se tratara.

#### **4.2.1. Facultades y atribuciones del conciliador**

Como se ha expuesto la conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable. Evidentemente, en el régimen de insolvencia de

persona natural no comerciante, el asunto concierne por definición legal a la negociación de deudas y convalidación de acuerdos.

En forma general, la función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. No obstante, existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación.

En el artículo 537 del Código General del Proceso establece las facultades y atribuciones del conciliador, sin perjuicio de las facultades y deberes establecidos en otras leyes, siempre y no sean contrarias al procedimiento especial de insolvencia de persona natural no comerciante. Así se tiene:

“ARTÍCULO 537. Facultades y atribuciones del conciliador. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones, el conciliador tendrá las siguientes facultades y atribuciones en relación con el procedimiento de negociación de deudas:

1. Citar al deudor y a sus acreedores de conformidad con lo dispuesto en este título.
2. Citar por escrito a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar al deudor y a los acreedores sobre el objeto, alcance y límites del procedimiento de negociación de deudas y del acuerdo de pagos.
4. Verificar los supuestos de insolvencia y el suministro de toda la información que aporte el deudor.
5. Solicitar la información que considere necesaria para la adecuada orientación del procedimiento de negociación de deudas.
6. Actuar como conciliador en el curso del procedimiento de insolvencia.
7. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en la propuesta de negociación presentada por el deudor.
8. Propiciar que el acuerdo de pagos cumpla con los requisitos de celebración y contenido exigidos en el código y formular las propuestas de arreglo que en ese sentido estime necesarias, dejando constancia de ello en el acta respectiva.
9. Levantar las actas de las audiencias que se celebren en desarrollo de este procedimiento y llevar el registro de las mismas.
10. Registrar el acta de la audiencia de conciliación y sus modificaciones ante el centro de conciliación o la notaría respectiva.
11. Certificar la aceptación al trámite de negociación de deudas, el fracaso de la negociación, la celebración del acuerdo y la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del mismo.

12. Con base en la información presentada por el deudor en la solicitud y demás elementos aportados durante el trámite, elaborar el documento que contenga el orden en que deben ser atendidas las acreencias objeto del procedimiento, de conformidad con lo establecido sobre prelación de créditos en el Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen o adicionen.

Parágrafo. Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles protegidos constitucionalmente”. (Código General del Proceso, 2012)

Por otro lado, la Ley 640 de 2001, establece las obligaciones del conciliador, que se entiende están en sus facultades. Efectivamente el artículo 8º dispone:

“El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.
5. Formular propuestas de arreglo.
6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.
7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.

PARÁGRAFO. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles”. (Ley 640, 2001)

Como se puede observar las facultades establecidas en el artículo 537 del CGP son más amplias que las contenidas en la ley que regula conciliación en forma general. Se comentarán brevemente las atribuciones contenidas en el artículo 537 citado, indicando que en realidad no se seguirá el orden de los numerales, sino que se tomará como guía el orden del procedimiento.

En los numerales 1º y 2º se aprecian facultades citatorias del conciliador. En virtud del deber de pronunciarse sobre la admisión, conforme a la regulación debe notificar, bien al deudor para indicarle que tiene defectos, bien a todas las partes para dar trámite al procedimiento. El conciliador la examinar la petición o de acuerdo a lo oído en la audiencia de negociación, es posible, que aprecie que deba citar a personas que en su criterio deban asistir a la audiencia, por ejemplo, los contables.

En los numerales 4º y 5º son facultades de conocimiento y examen. Con base a ellas el conciliador examina la solicitud con los acompañamientos para determinar si es viable

el procedimiento de insolvencia o si hacen falta recaudos. Tiene la facultad de solicitar toda información que considere pertinente para un mejor desenvolvimiento del procedimiento de negociación de deudas.

En el numeral 3° tiene el deber de orientar e ilustrar a las partes sobre el objeto, alcance y límites del procedimiento de negociación de deudas y del acuerdo de pagos. Se trata de informar a las partes hasta dónde puede llegar el alcance de sus acuerdos y los efectos de los mismos, obviamente, informarles del principio de legalidad y que debe preservar los derechos fundamentales de las partes.

En los numerales 6°, 7° y 8° son funciones naturales del conciliador, que están presentes en cualquier proceso conciliatorio: actuar como conciliador que significa asumir ese rol de imparcial, neutral, de buena fe; motivar a las partes para que busquen acuerdos y velar que los acuerdos se hagan conforme a lo dispuesto en el CGP. En todo caso en estas funciones el conciliador no puede olvidar que es un tercero, y como tal, debe ser imparcial, neutral e independiente, y no debe estar inhabilitado, impedido o recusado para serlo; tampoco puede ser parte de la relación contractual o extracontractual, lo cual quiere decir, que la calidad de conciliador requiere de una total independencia jurídica, moral y personal frente a las partes; de ahí surge lo que la doctrina ha llamado neutralidad e imparcialidad; aspectos que son sustanciales, en todo proceso conciliatorio Actuar como conciliador en el curso del procedimiento de insolvencia. (Gil Echeverry, 2001, pág. 92)

Un conciliador requiere de ciertas habilidades que le van a permitir una mayor eficacia al momento de orientar a las partes en la búsqueda de soluciones que satisfaga las aspiraciones y las necesidades reales de cada una de las partes participantes. Entre esas habilidades se pueden señalar las siguientes:

“Desarrollar buena comunicación personal. Consiste básicamente en establecer un encuentro empático con las partes, lenguaje adecuado coloquial, prestar atención las inquietudes de las partes, brindar a las partes apertura para entender el conflicto, y el ámbito de cercanía familiaridad y compromiso creado. Debe entender el conciliador, que, como director del procedimiento conciliatorio, no solamente le asisten obligaciones de orden legal, sino que debe ser un líder natural, y, por ende, que las partes no lo perciban en una posición superior o dominante, sino como aquel sujeto que los escucha y los acerca, y que presenta diversas fórmulas de arreglo. Ello demanda un despliegue de cordialidad y seguridad para infundir confianza, facilitar un clima propicio y un ambiente de interacción.

Debe saber oír. Debe escuchar las peticiones y diálogos de las partes, no sólo sus palabras sino sus gestos corporales. Debe atender en forma imparcial los alegatos y propuestas de las partes que conforman el conflicto, desplegar un comportamiento igualitario de comunicación verbal y no verbal con cada una de ellas, infundir la confianza suficiente, estar al tanto y recibir los distintos tipos de comunicación, oír los argumentos que presentan, ser buen observador y mantenerse en escucha activa.

Socialización personal. Debe estar capacitado suficientemente y con experiencia en el manejo de las relaciones interpersonales, y examinar y conocer no solo de la personalidad de las partes sino de su entorno social, económico y cultural; debe, asimismo, saber jerarquizar prioridades, tener paciencia y prudencia, tolerancia a la frustración y un buen manejo de la ansiedad.

Ser orientador y facilitador y no juez de las partes. Una de las funciones más importantes del conciliador es de orientar a las partes sobre el diálogo, la negociación, y las distintas vías o caminos que se pueden utilizar para superar el conflicto, lo que implica una actitud facilitadora que permita encontrar salidas, mostrándose prudente y amistoso, pero firme y concreto en el problema.

Conocer el conflicto. Estudiar adecuadamente las informaciones adelantadas por las partes para conocer la situación de la controversia e identificar el centro del conflicto, el querer de cada parte y las posiciones asumidas por ellas, así como las razones que motivaron el problema y los caminos para superarla.

Dignificar y privilegiar a las personas. Debe demostrar que le da importancia al ser humano, que perciban las partes que son tratados como seres humanos con sentimientos, valores, emociones y puntos de vista diferentes.

Producir y plantear alternativas. Consiste en crear distintas posibilidades de interpretación de los elementos materiales del conflicto, de los personales, de los intereses comunes, de las necesidades de las partes en sus posiciones, para posibilitar el encuentro y el reconocimiento con el otro como *un legítimo otro en la convivencia*, y se eliminan de la relación las actitudes cerradas y extremas.

Trabajar ventajas y renunciaciones mutuas. Examinar los mínimos y máximos de las posiciones y alegatos de las partes, vislumbrar los beneficios de ganar-ganar. Los beneficios y las renunciaciones deben ser para todas las partes, de manera que puedan entender de ganaron cediendo. Examinar con ellos las desventajas de un desacuerdo y las ventajas que implican que todos ganen.” (Arboleda López, Garcés Giraldo, Murillo Bocanegra, & Pineda Carreño, 2017)

Todas estas habilidades y capacidades que debe poseer el conciliador para ejercer sus funciones deben estar en el marco de la prudencia, de la sabiduría y de la justicia para hacer de la conciliación un acto prudente que no cause perjuicios y cumpla su papel de alcanzar como último *telos* la paz social. Debe demostrar que hay razonabilidad y racionalidad en las propuestas que se manejen. Es decir, se debe buscar que un conciliador en derecho actúe bajo la recta razón, en todo el desarrollo del procedimiento conciliatorio.

Con relación a las funciones establecidas en los numerales 9º, 10º y 11º, son propiamente de carácter jurisdiccional formal, propias de todo órgano que participa en la

*administración de justicia*, tales como levantar actas, hacer registro de los sucesos de la audiencia, así como las certificaciones correspondientes.

La función establecida en el numeral 12° es una función propiamente de director del procedimiento conforme a la legalidad y a su vez decisoria, pues decide el orden en que deben ser atendidas las acreencias objeto del procedimiento

Por último, lo establecido en párrafo único, que coloca al conciliador como garante de los derechos fundamentales de las partes que tengan protección constitucional. Debe garantizar que los derechos intransigibles no sean lesionados durante el procedimiento, ni como resultado del mismo.

#### **4.2.2. Deberes del conciliador**

En la conciliación es importante que el conciliador identifique quiénes son parte del conflicto, y para hacerlo, debe desligarse de los conceptos de parte procesal o jurídica, ya que en este caso la conciliación va más allá porque lo que se busca es resolver el conflicto integralmente y no solamente el conflicto jurídico.

En esta perspectiva, es obvio, que las funciones examinadas en el epígrafe anterior son deberes del conciliador, específicamente, señaladas en el Código General del Proceso, para que sean cumplidas por el conciliador en el proceso de insolvencia que le sea asignado y aceptado conforme a las normas. Estos deberes son regidos por una norma rectora que ubicada en el párrafo único del artículo 537 que le exige: “Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles protegidos constitucionalmente”.

No obstante, el conciliador como tal, tiene unos deberes generales, que ya se ha expuesto como atinentes a su comportamiento en el proceso de conciliación que lleve a cabo. Estos serían:

Los conciliadores están obligados a guardar la confidencialidad, obrar con diligencia, eficacia, imparcialidad y respeto con los conciliantes y con todas las personas que asistan a la audiencia de conciliación.

Los conciliadores como particulares que transitoriamente administran justicia, tienen el deber de capacitarse, ser personas transparentes, de conducta intachable, excelente reputación e imparcialidad.

Los conciliadores están obligados a promover todos los principios y valores en sus actuaciones, además de los que sustentan la conciliación, especialmente cuando obren como conciliadores.

Los conciliadores en derecho tienen que cumplir con el deber de todo abogado de prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

Tienen el deber de abstenerse de conocer un procedimiento si están incurso en algunas de las causales previstas en el Código General del Proceso.

#### **4.2.1. Designación aceptación del conciliador**

La designación del conciliador es posterior a la solicitud del trámite del régimen de insolvencia, sin embargo, se examinará dentro de lo tratado como la persona del conciliador.

Así, se hace procedente iniciar con lo que dispone el reglamento del Decreto 2677 de 2012 (diciembre 21), por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los Procedimientos de Insolvencia de la Persona Natural no Comerciante. Dispone el artículo 4º, la competencia de los Centros de Conciliación para conocer de los Procedimientos de insolvencia. Estableciendo que solo podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia cuando cuenten con autorización por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho.

De acuerdo al artículo 533 del CGP solo podrán actuar como conciliadores aquellos expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Al efecto, de regular esta autorización en el Decreto 2677 de 2012, en el artículo 11, se determina quienes son los conciliadores que se habilitan para conocer los procedimientos de insolvencia, así:

“El artículo 11. Podrán actuar como conciliadores para conocer de los procedimientos de insolvencia:



1. Los conciliadores en derecho que hubieren cursado y aprobado el Programa de Formación previsto en el presente decreto y hayan sido inscritos en la lista conformada para el efecto por el Centro de Conciliación o el notario, según sea el caso.
2. Los promotores inscritos en las listas de la Superintendencia de Sociedades para el Régimen de Insolvencia Empresarial que hayan sido inscritos en la lista conformada para el efecto por el Centro de Conciliación o el notario, según sea el caso.
3. Los notarios directamente, cuando la solicitud se haya presentado ante la Notaría respectiva, sin que sea necesario acreditar requisitos adicionales.

Parágrafo. Los promotores que cumplan con los requisitos de que trata el numeral 2 del presente artículo no requerirán tener la calidad de abogado, ni haber cursado el Programa de Formación en Insolvencia previsto en el presente decreto.” (Decreto 2677, 2012)

Puede observarse que hay un requisito especial como es que el conciliador “hubieren cursado y aprobado el Programa de Formación previsto”, aun cuando en el párrafo se excluye “Los promotores inscritos en las listas de la Superintendencia de Sociedades para el Régimen de Insolvencia Empresarial” que estén inscritos en el Centro de Conciliación, no significa que no estén capacitados, pues para poder estar inscritos en la lista de promotores de la Superintendencia conforme lo dispuesto en el Decreto 962 de 2009, en el artículo 5.1.2., lo siguiente:

“El aspirante a formar parte de la lista de promotores y liquidadores deberá acreditar haber realizado un curso de formación en insolvencia que utilice la marca de certificación de la Superintendencia de Sociedades, en una institución de educación superior debidamente constituida y que cuente con registro calificado en Derecho, Administración de Empresas, Economía o Ingeniería.

La marca de certificación deberá indicar el contenido mínimo del curso, el cual deberá tener una duración mínima de ciento sesenta (160) horas.

La formación en insolvencia será acreditada con copia del certificado de aptitud ocupacional expedido por la institución de educación superior que la haya impartido.” (Decreto 962, 2009)

De manera que solo podrán ser designados como conciliadores en el procedimiento de insolvencia quienes cumplan estos requisitos señalados por el CGP, y los decretos que se han citado: Decreto 2677 de 2012 y Decreto 962 de 2009.

Establece el artículo 541 del CGP la forma, modo y lugar de la designación del conciliador en el procedimiento de insolvencia en los siguientes términos:

“Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la solicitud, el centro de conciliación designará al conciliador. Éste manifestará su aceptación dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del encargo, so pena de ser excluido de la lista.

El cargo de conciliador es de obligatoria aceptación. En el evento en que el conciliador se encuentre impedido y no lo declare, podrá ser recusado por las causales previstas en este código”. (Código General del Proceso, 2012)

La designación debe producirse dentro de los tres (3) siguientes una vez que se haya presentado la solicitud del deudor de acogerse al régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, designación que hará el Centro de Conciliación ante el cual se haya presentado la solicitud.

El conciliador designado debe manifestar su aceptación dentro de los dos (2) de su notificación, entendiéndose que la aceptación es obligatoria, No obstante, puede excusarse alegando estar incurso en causales de recusación, pues si acepta, podrá ser recusado por alguna de las partes. En caso de no aceptar y no excusarse tendrá como sanción el ser excluido de la lista de conciliadores.

#### **4.3. La conciliación por medios electrónicos en procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante**

La actual pandemia del Covid-19 obligó a medidas especiales de distanciamiento social lo que se tradujo en la parálisis de ciertas actividades, así, un servicio público como la administración de justicia tuvo que sufrir una paralización lo que obviamente afectaba el derecho de acceso a la justicia. El Estado tenía que dar una respuesta inmediata para no prolongar la situación fáctica de lesiones a derechos fundamentales como acceso a la justicia, amparo a los derechos, debido proceso, plazo razonable, derecho a recurrir, entre otros. La solución inmediata fue habilitar el acceso a la justicia mediante los medios electrónicos y proveer un conjunto de normas transitorias que solucionaran temas como el de caducidad, prescripción, notificaciones, etc.

Bajo esta perspectiva hemos considerado importante vislumbrar que el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, tanto en sede de conciliación como de liquidación en sede judicial, puede realizarse a través de una plataforma electrónica. Las Tecnologías de Información y las Comunicaciones son un elemento importante para auxiliar a resolver conflictos entre los ciudadanos. Con el desarrollo de las tecnologías de

información, se crea la modalidad de resolución de conflictos o de disputas online (ODR), que combina las ADR con las nuevas tecnologías. Gracias a ello, se van a convertir en un gran eje central del desarrollo de la justicia de nuestros días. Esta trascendencia que está teniendo la tecnología no hay que verla como una amenaza sino todo lo contrario, porque servirá de ayuda para tener mayor eficiencia y rapidez.

La experiencia europea de mediación electrónica ha demostrado que es viable su implementación. No hay duda que Internet es un instrumento clave en nuestros días, y en este caso, para obtener un sistema judicial óptimo y de buena calidad, es necesario, no solo porque ayuda a superar barreras geográficas, sino porque este mecanismo permite aumentar la velocidad de resolución de un conflicto y aminorando el coste del mismo, al tiempo que ayuda a la interacción por personas que se encuentran separadas geográficamente, o que ni se conocen personalmente, como por ejemplo, en el caso de las relaciones comer en el caso de las relaciones comerciales de compra y venta a través de Internet, que es el llamado comercio electrónico, que consiste en la compra y venta de productos o de servicios a través de medios electrónicos.

En España, concretamente, como citamos, existe la Ley sobre Mediación para asuntos civiles y mercantiles. La actual ley, se enmarca como un elemento más para la modernización del sistema judicial español, apostando por los ODR frente a los tradicionales ADR. La ley de mediación incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre aspectos de la mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles (Fernández Villar, Carolina, 2016, p. 22-24).

Consideramos que, de acuerdo a las normas de trámite del procedimiento de negociación de deudas y validación de deudas en el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, es totalmente viable su implementación electrónica. No obstante, es necesario una regulación complementaria para que el procedimiento conciliatorio garantice los derechos de las partes y la transparencia del procedimiento, de cómo las condiciones de la plataforma electrónica. De igual forma considero que el proceso de liquidación judicial se puede llevar por la vía electrónica.

## **5. Capítulo V: El procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante**

El procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, regulado en el Código General del Proceso (Ley 1564/12) y sus decretos reglamentarios 962 del 2009, 2677 del 2012 y 1829 del 2013, está previsto para las personas naturales que no desarrollen actividades mercantiles de manera habitual.

Es un procedimiento especial que se aparta del modelo concursal unitario tradicional, para dar oportunidad a la persona natural no comerciante que se haya sobre endeudado y no tenga capacidad de pago para cumplir sus obligaciones, para que mediante una negociación logre un acuerdo para solventar sus deudas y así mantenerse en la vida civil.

Este procedimiento contiene tres opciones: negociación de la deuda, validación de acuerdos privados entre deudor y acreedores y la liquidación patrimonial. Los dos primeros, se tramitan ante Centros de Conciliación o Notarías, designándose un conciliador y, el tercero, ante órgano jurisdiccional: Juez municipal

### **5.1. Solicitud**

El interesado debe dirigir solicitud formal al Centro de Conciliación o Notaría de su domicilio, cumpliendo con los requisitos exigidos en el Código General del Proceso en sus artículos 539 y 540.

La solicitud es una declaración de acogerse al procedimiento de insolvencia para negociar las deudas o convalidar los acuerdos que haya celebrado con acreedores que representen más del sesenta por ciento (60%) del monto total del capital de sus obligaciones.

### **5. 2. Requisitos de la solicitud de trámite de insolvencia**

Se puede señalar que existen dos presupuestos básicos exigibles para el trámite del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, a saber: a) que sea persona natural no comerciante (art. 532 CGP), b) que esté en situación de cesación de pagos. Sin estos dos presupuestos no se puede acceder al régimen de insolvencia. Estos son presupuestos procesales especiales, entendiendo a estos como aquellos elementos de

presencia previa y necesaria para que pueda integrar válidamente el proceso. Sin la concurrencia de elementos esenciales anterior o previos no se iniciara en forma válida el proceso. (Rivera Morales, 2009)

De manera que, no habrá a trámite el procedimiento de insolvencia de persona natural comerciante si no se cumplen los presupuestos señalados *ut supra*.

Para que un deudor pueda aplicar a este procedimiento extrajudicial no es sólo encontrarse con su obligación en mora, sino que debe reunir unas condiciones específicas para renegociar o reestructurar su deuda con el acreedor o acreedores que tiene, y poder asistir a una de las Notarías o a un Centro de Conciliación legalmente autorizado por el Ministerio de Interior y de Justicia, evitando verse sometido a un proceso judicial ejecutivo.

Ya se ha anunciado que, el procedimiento de insolvencia, es muy delimitado y especial, integrado por un conjunto de reglas específicas que regulan una situación económica crítica. No se aplica a cualquier incumplimiento de obligaciones sino solo aquellos que la misma ley define como *cesación de pagos*. Se incurre en cesación de pagos, como lo determina el artículo 538 del CGP, cuando:

“El deudor ha incumplido dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores es decir que se requiere una pluralidad de obligaciones vencidas a favor de una pluralidad de acreedores. Si solo se tiene una obligación vencida o en mora, las normas aplicables son las que regulan los procesos ejecutivos. Las condiciones son las siguientes:

- a) Que dicho incumplimiento tenga como término de mora más de 90 días, es decir que la situación económicamente crítica del deudor no sea de pocos días de vencimiento.
- b) Que la crisis tenga un carácter crónico y con tendencia a agravarse.
- c) Si tiene procesos ejecutivos en curso que sean dos o más
- d) Que la sumatoria de las deudas sean superior a la sumatoria de los activos”. (2012)

Ya se expuso que, los parámetros de cesación de pago han sido una opción que tomó el legislador, tratando de hacer equilibrio en el entorno social. Así, se cree que los relativo a pluralidad de acreedores no toma en cuenta la realidad social colombiana, pues es posible que una persona caiga en manos de personas que debido a una deuda y ante la situación crítica del deudor, van tejiendo otras. Por ejemplo, una persona pide crédito en un abasto de alimentación, pero por circunstancia involuntaria no puede cancelar a tiempo, el dueño del abasto pide documentar la deuda con intereses asignándole como

préstamo de dinero y abre una nueva cuenta de suministros, y así sucesivamente porque la persona no ha logrado salir de su etapa crítica, hasta logra hacer que constituya hipoteca sobre un terreno. Se ha construido pluralidad de deudas, con plazos diferentes, con un solo acreedor. Se considera que, por vía jurisprudencial o modificación de la ley, se pueda dar facultad al conciliador para determinar si en esos casos hay elementos indiciarios que permiten acobijarlo en el supuesto de la norma.

Los otros parámetros relativos a la temporalidad y la permanencia de la crisis, parecen razonables en tiempos de estabilidad económica social, pero, puede ocurrir que sea por un hecho explosivo económico que se prevea se prolongue en el tiempo. Por ejemplo, cuando la crisis bancaria global de 2009, muchas personas perdieron sus ahorros de la noche a la mañana y quedaron sin capacidad para solventar sus deudas. Quizá deba entenderse, si lo que se trata es de evitar litigios y mantener la paz social, que se estableciese que este lapso puede ser menor en situaciones de catástrofe económica o natural (Justamente, en este año 2020 se está viviendo una catástrofe natural (COVID-19) que repercute perversamente en lo económico, que ha impulsado a los gobiernos a tomar medidas para proteger a los más vulnerables, por ejemplo, suspensión de pagos de alquileres, cesación de pagos de cuotas de créditos mercantiles y comerciales).

### **5. 2.1. Acompañamientos a la solicitud**

Es claro que, en la solicitud se ejercita una pretensión, que es una petición fundada, de negociación de deudas o convalidación de acuerdos, que se dirige al órgano competente para que dé trámite al procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante. Al igual que, en el proceso ordinario, el solicitante debe aportar los documentos procesales y los documentos materiales (en proceso oral se debe aportar la oferta probatoria).

Los documentos procesales se presentan cuando no realiza la solicitud el deudor directamente. Puede darse los casos: que se actúe con apoderado judicial (art. 539 en correspondencia con arts. 73-74 CGP), en cuyo caso se requiere escritura pública, y en los casos en que la parte deudora no tiene capacidad procesal. Se ha de acompañar el documento que acredite la representación legal o necesaria del actor.

En cuanto los documentos materiales son todos aquellos que documentos escritos, públicos o privados, y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto. En el procedimiento de insolvencia se exigen, acorde al artículo 539 CGP, son los siguientes:

“Artículo 539. Requisitos de la solicitud de trámite de negociación de deudas. La solicitud de trámite de negociación de deudas podrá ser presentada directamente por el deudor o a través de apoderado judicial y a ella se anexarán los siguientes documentos:

1. Un informe que indique de manera precisa las causas que lo llevaron a la situación de cesación de pagos.
2. La propuesta para la negociación de deudas, que debe ser clara, expresa y objetiva.
3. Una relación completa y actualizada de todos los acreedores, en el orden de prelación de créditos que señalan los artículos 2488 y siguientes del Código Civil, indicando nombre, domicilio y dirección de cada uno de ellos, dirección de correo electrónico, cuantía, diferenciando capital e intereses, y naturaleza de los créditos, tasas de interés, documentos en que consten, fecha de otorgamiento del crédito y vencimiento, nombre, domicilio y dirección de la oficina o lugar de habitación de los codeudores, fiadores o avalistas. En caso de no conocer alguna información, el deudor deberá expresarlo.
4. Una relación completa y detallada de sus bienes, incluidos los que posea en el exterior. Deberán indicarse los valores estimados y los datos necesarios para su identificación, así como la información detallada de los gravámenes, afectaciones y medidas cautelares que pesen sobre ellos y deberá identificarse cuáles de ellos tienen afectación a vivienda familiar y cuáles son objeto de patrimonio de familia inembargable.
5. Una relación de los procesos judiciales y de cualquier procedimiento o actuación administrativa de carácter patrimonial que adelante el deudor o que curse contra él, indicando el juzgado o la oficina donde están radicados y su estado actual.
6. Certificación de los ingresos del deudor expedida por su empleador o, en caso de que sea trabajador independiente, una declaración de los mismos, que se entenderá rendida bajo la gravedad de juramento.
7. Monto al que ascienden los recursos disponibles para el pago de las obligaciones, descontados los gastos necesarios para la subsistencia del deudor y de las personas a su cargo, si los hubiese, de conservación de los bienes y los gastos del procedimiento.
8. Información relativa a si tiene o no sociedad conyugal o patrimonial vigente. En el evento en que la haya tenido, deberá aportar copia de la escritura pública o de la sentencia por medio de la cual ésta se haya liquidado, o de la sentencia que haya declarado la separación de bienes, si ello ocurrió dentro de los dos (2) años anteriores a la solicitud. En cualquiera de estos últimos casos, deberá adjuntar la relación de bienes con el valor comercial estimado que fueron objeto de entrega.
9. Una discriminación de las obligaciones alimentarias a su cargo, indicando cuantía y beneficiarios.

Parágrafo primero. La información de la solicitud del trámite de negociación de deudas y las declaraciones hechas por el deudor en cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se entenderán rendidas bajo la gravedad del juramento y en la solicitud deberá incluirse expresamente la manifestación de que no se ha incurrido en omisiones, imprecisiones o errores que impidan conocer su verdadera situación económica y su capacidad de pago.

Parágrafo segundo. La relación de acreedores y de bienes deberá hacerse con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a aquel en que se presente la solicitud.” (Código General del Proceso, 2012)

De acuerdo a las exigencias de la norma transcrita sobre lo que debe acompañar la solicitud se pueden clasificar en informe situacional, contables, relativos a la situación familiar-civil y propuesta formal de negociación de deudas.

En el numeral 1° exige ese informe situacional, en la cual, el deudor o su apoderado relatan los hechos que le han conducido a su situación de insolvencia. Se entiende que, no se trata de apreciaciones meramente subjetivas, sino que tiene que fundamentarse en elementos fácticos que constituyan causas reales de fuerza mayor o sobrevenidas, en las cuales no haya habido dolo, mala fe, incluso imprudencia. Esta información será útil para efectos de proyectar las salidas a la crisis y determinar la mejor solución posible para refinanciar sus obligaciones.

En los numerales del 3° hasta el 7°, se establecen los elementos de tipo contable, esto es, el balance personal de su situación financiera, que comprende activos y pasivos. Detallándose sus acreedores, montos, fechas de vencimientos, gravámenes que pesen sobre los activos, relación de ingresos, procesos judiciales, monto de sus activos. Conforme a esos numerales hay que realizar una información detallada y acompañar los documentos o principios de prueba que respalden tanto los activos como los pasivos. Esta información es fundamental para determinar cuál es el orden en que deben pagarse las obligaciones que lleguen a ser objeto de refinanciación, de acuerdo con el orden de prelación de créditos.

En los numerales 8 al 9 contempla informe sobre su situación familiar-civil, si es casado o no, o si hay liquidación de la sociedad conyugal. También todo lo correspondiente a las obligaciones alimentarias, indicando montos y beneficiarios. En la norma no hay discriminación si se trata de descendientes o ascendientes, debe colocar a todos los beneficiarios.

El legislador exige que la declaración y solicitud se consideren bajo fe de juramento, garantizando bajo manifestación precisa que su declaración es integral, que no tienen



imprecisiones, ni omisiones o errores que obstaculicen el determinar la verdad sobre su situación económica y su capacidad de pago.

### **5.3. Personas legitimadas para solicitar el procedimiento**

Se considera necesario plantear unas ideas básicas sobre el tema de la legitimación. La legitimación ha sido uno de los términos más debatidos y más confusos del Derecho procesal. La legitimación es un concepto que define la posibilidad de acceder a los Tribunales y las condiciones y circunstancias que permiten hacerlo, en función de la relación que se tiene con el objeto del procedimiento. Consiste en un derecho a la jurisdicción y en la facultad de accionar ante los Tribunales un determinado derecho, por lo que puede decirse que es la facultad de promover e intervenir en un proceso concreto como parte activa o pasiva. (Martinez Medina, 2019, pág. 152)

En tal sentido guarda estrecha relación con la idea de capacidad, pero se diferencia de ella en que mientras la capacidad define las condiciones generales para intervenir en el proceso, la legitimación determina las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona. No constituye un presupuesto del derecho al proceso, sino un requisito de la acción que se ejercita en el proceso, que deriva de la titularidad de la acción que se reclama, pues, en definitiva, la legitimación se determina por esa titularidad. (Montero Aroca, 2007, pág. 83)

La legitimación proviene de la relación del sujeto del proceso con el derecho material que se ejercita en él. De ahí que, se trate de una cuestión que afecta al fondo del asunto debatido en el juicio y traspase la frontera de las condiciones procesales para actuar en él. Así, en España la jurisprudencia constitucional ha dicho en algunas ocasiones:

"La condición de parte que aquí se debate es la material o "ad causam", no la procesal, aunque la primera determine la segunda y la legitime. Esta legitimación, en definitiva, viene prefigurada por la atribución a la persona del derecho material discutido; por su titularidad, sea directa o indirecta, sea convencional o legal, mediante la cual se incluye en el ámbito de su patrimonio la cosa o el derecho discutido". (Sentencia 135, 1986)

En Colombia, sobre la legitimación se ha dicho que “La legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia, como la titularidad de los derechos de acción y de contradicción. A su turno ha sido clasificada en legitimación de hecho y material, la primera de ellas referida al interés conveniente y proporcionado del que se da muestra al inicio del proceso, la segunda objeto de prueba y que le otorgará al actor la posibilidad de salir avante en las pretensiones solicitadas”. (Consejo de estado, 2016)

Y la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha establecido:

“La legitimación en la causa, en términos generales, hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente. (...) está legitimado en la causa por activa quien tiene la vocación para reclamar la titularidad de un derecho otorgado por la ley y, específicamente, cuando se interponen demandas en ejercicio del medio de control de reparación directa, quien demuestre en el proceso su condición de perjudicado con la acción u omisión que produjo el daño que se reclama con la demanda. La falta de legitimación en la causa no constituye una excepción que pueda enervar las pretensiones de la demanda, sino que configura un presupuesto anterior y necesario para que se pueda proferir sentencia, en el entendido de que, si no se encuentra demostrada tal legitimación, el juez no puede acceder a las pretensiones.” (Corte Suprema de Justicia, 1995)

A veces suele confundirse los términos de legitimación *ad causam* y legitimación *ad procesum*. Ambos términos integran la denominación que tradicionalmente se ha dado a las dos manifestaciones de la legitimación, que se mantiene en la actualidad.

Simplificando su sentido, puede decirse que la *legitimación ad causam* es la facultad que corresponde al sujeto activar un proceso por la relación material que ostenta con el derecho que se ejercita, bien por ser titular del mismo, bien por estar habilitado para ejercitar el ajeno. La legitimación *ad procesum*, es la condición que debe reunir el sujeto anterior para ser parte en un determinado proceso. La parte no solo tiene que ser titular del derecho (*legitimatío ad causam*), sino que, además, tiene que encontrarse en condiciones de poder ejercitarlo (*legitimatío ad procesum*).

En ese sentido, la legitimación tiene una cierta similitud con la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.

Ahora bien, en el proceso al requerirse la bilateralidad aparecen los dos sujetos activo y pasivo. Obviamente, la legitimación puede ser:

- a) Activa, la que se refiere al actor o demandante del proceso.

b) Pasiva, la que se predica del demandado.

De ambas modalidades, la que tiene especial interés es la activa, porque su ausencia puede determinar la desestimación de las pretensiones deducidas en el proceso. Quien ha de procurar ostentar la titularidad o la relación con el derecho que le autoriza a reclamarlo es el actor, pues si no tuviera esa cualidad, se desestimaría su pretensión. Mientras que la pasiva es secundaria, porque si el demandado carece de ella, porque no ostenta respecto al derecho que se acciona la situación jurídica que predica la demanda, se producirá su absolucón, por no corresponderle jurídicamente realizar la prestación que se reclama en el proceso, al no estar dirigida la acción contra el obligado a cumplirla.

En el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, se sale de la posición tradicional concursal, en la cual, se colocaba como sujeto activo de la petición a cualquier acreedor, mientras que, como sujetos pasivos de la acción, normalmente, a los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido, o directamente el fallido en caso de persona natural. El legislador de ese modo concursal procuró incluir entre los sujetos pasivos a todas aquellas personas que han intervenido en la conducción de los negocios sociales, en el caso de las sociedades.

Así pues, cuando se habla de legitimación activa en procesos de insolvencia se refiere a instancia de quien puede accederse al proceso de insolvencia. En otros términos, alude a cargo de qué sujeto se encuentra la instancia para provocar la apertura concursal. La legitimación no debe confundirse con el presupuesto subjetivo. Al respecto, se expresa que no debe confundirse el presupuesto subjetivo del concurso con el legitimado activo del concurso, es decir el sujeto que tiene la facultad de instar el procedimiento.

En materia del procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante es el único legitimado para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia, es el deudor, bajo condición que no sea comerciante. Esta legitimación activa para el deudor natural no comerciante se da tanto en el procedimiento de negociación de deudas como de convalidación de acuerdo privado (arts. 539 y 562 CGP). En consecuencia, no se admite legitimación para instar el proceso insolvencia de persona natural no comerciante en cabeza de los acreedores o de manera oficiosa.

Ahora bien, esa legitimación activa del deudor está condicionada a que esté en situación de cesación de pago, así se prevé en el artículo 538 CGP al señalar que “se entenderá que la persona natural no comerciante podrá acogerse a los procedimientos de insolvencia cuando se encuentre en cesación de pagos”.

¿Puede haber una legitimación activa indirecta? Se considera positivamente esta posibilidad, pues si puede alguien por sustitución ejercer esa solicitud del procedimiento a nombre del titular, por ejemplo, en el caso de persona natural no comerciante que haya sido declarado incapaz.

¿Podrá darse el caso de sucesión procesal? En este caso se toma como negativa la posibilidad, puesto que el procedimiento es concebido para que una natural no comerciante que está en insolvencia se acoja a ese procedimiento para mantener su operatividad comercial en la sociedad civil, por ejemplo, si muere la persona no comerciante que está insolvente, se abre la sucesión, pero no tienen legitimidad para proceder por el procedimiento de insolvencia puesto que ellos no son deudores y no están en cesación de pagos, además respecto a su causante los herederos tienen la posibilidad de rechazar la herencia y los acreedores podrán ir contra el patrimonio del *de cuius*. Ahora bien, si la persona fallece en el procedimiento ¿será posible que se abra la sucesión procesal? Es claro que hay la sucesión, pero no podrá continuar ese procedimiento de insolvencia porque es de carácter personal y los herederos podrán rechazar la sucesión patrimonial.

El citado artículo define cuando ocurre la cesación de pagos en los siguientes términos “Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días, o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a su cargo”. (Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante, 2010)

Situación que debe demostrar el deudor, corresponde a él esa carga probatoria, la cual la hará mediante declaración jurada en la relación de acreedores que presente con su solicitud.

Se entiende la posición del legislador en cuanto a fijar esos términos de definición de cesación de pagos como una forma de disminuir la presentación de casos de insolvencia, pero se piensa que hay situaciones no impostergables que pueden contribuir al sobreendeudamiento y plantear de hecho una situación de sobreendeudamiento, es decir, no tener capacidad de pago, por ejemplo, una emergencia de salud y se requiere disponer del dinero para solventar ese hecho, lo que impediría cumplir con sus deudas a vencer, y previendo ese hecho solicitar régimen de insolvencia y negociar las deudas.

No pueden acceder a los procedimientos de insolvencia previstos en el Código General del Proceso las siguientes personas:

“1. Las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, asociaciones, entidades sin ánimo de lucro, entidades públicas, etc.). A ellas se aplica, según sea el caso, el régimen de insolvencia empresarial de la ley 1116 de 2006, el régimen especial de toma de posesión de las entidades del sector financiero, establecido en el decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), las entidades territoriales, a las que se aplica lo dispuesto en la ley 550 de 1999, las entidades públicas, que siguen lo previsto en el decreto 254 de 2000, en la ley 1105 de 2006, y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que de acuerdo con la ley 142 de 1994, también se remiten al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2. Las personas naturales que se dediquen profesionalmente al comercio, de acuerdo con el catálogo de actividades que incorpora el artículo 20 del estatuto mercantil.

3. Las personas naturales que tengan control sobre una sociedad o empresa que está en crisis. Ello ocurre cuando se tiene un alto porcentaje de participación en su capital (mayoría de acciones, cuotas o interés) o porque tiene poder de decisión sobre ella.” (Código General del Proceso, 2012)

En estos casos, se considera que la crisis del controlante está relacionada con la de la empresa controlada y debe resolverse en el mismo escenario en el que se ventila la insolvencia de la persona jurídica.

En cuanto a los legitimados pasivos son los acreedores. Cualquiera que sea la causa de la acreencia. En las facultades del conciliador esta citar a los acreedores del deudor que ha realizado la solicitud del procedimiento de insolvencia. Acorde dispone el artículo 531.1, se trata de una negociación con *sus acreedores*, es decir, la norma procesal determina con precisión y claridad cuáles son los sujetos pasivamente legitimados para soportar el procedimiento especial, entre los que no se relacionan ni los fiadores ni los avalistas, porque ningún interés les asiste en un procedimiento que no

persigue la realización de sus bienes y derechos, sino la realización directa y exclusiva personal de negociar las deudas.

Surge la pregunta ¿Qué rol jugarían los codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito, o en general a través de cualquier figura que tenga como finalidad asegurar su pago? En principio, hay que señalar que el procedimiento no se dirige hacia ellos, pues se trata de una *acción personalísima* del deudor que quiere acogerse a un procedimiento para sobrevivir civilmente, de manera que estos no pueden considerarse de ninguna manera como sujetos en la relación procesal en este procedimiento, ni como pasivos ni como activos.

No obstante, no se puede negar que, dada su relación con el objeto material (deudas) que son base para el procedimiento de insolvencia, tienen un interés indirecto. Es decir, tienen interés legítimo en el procedimiento porque hay la posibilidad de que sus intereses resulten afectados. Nótese que el artículo 537.2 faculta al conciliador para “Citar por escrito a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia”.

#### **5.4. Competencia**

Para el entendimiento del concepto de competencia judicial resulta necesario aludir, aunque sea someramente, al término "*Jurisdicción*", en el cual encuentra causa y sentido aquélla. Es sobradamente conocido que las comunidades humanas, a partir de un determinado momento de su evolución, se organizan políticamente y atribuyen a ciertos órganos la función de resolver los conflictos surgidos entre los integrantes de la comunidad y entre aquéllos y ésta, eliminando así el uso privado de la fuerza. En el Estado Moderno, tal y como hoy se concibe en la actualidad, *se inviste de jurisdicción a determinados órganos públicos, los Juzgados y Tribunales, a los que se les confiere en régimen de monopolio el ejercicio de la potestad jurisdiccional*, entendiendo por tal la función consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En el ordenamiento jurídico, el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978 dispone que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales

determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

En idéntico sentido se pronuncia nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, la cual indica en su artículo 2.1 que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales".

Pero mientras que la jurisdicción, entendida como la potestad jurisdiccional encomendada exclusivamente a Juzgados y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es única, en el sentido de que no se carece de ella, y, como regla de principio, todos los órganos jurisdiccionales estarían investidos de tan digna función, su ejercicio en el caso concreto por parte de los órganos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas de procedimiento, nos pone en conexión con la idea más próxima, cercana y tangible de competencia judicial. La competencia judicial equivale a la medida de jurisdicción que tiene un Juzgado o Tribunal para conocer un asunto o conjunto de asuntos con preferencia a otro u otros.

Así, la potestad jurisdiccional es constitucionalmente atribuida a los Jueces con carácter exclusivo y excluyente, en el sentido de:

a) Exclusividad positiva, en atención a que sólo los Juzgados y Tribunales, determinados por las leyes, ejercerán la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, en España, conforme al art. 117.3 CE y

b) Exclusividad negativa, en cuanto que se dispone en el art. 117.4 CE, que los Juzgados y Tribunales no podrán ejercer funciones distintas de la potestad jurisdiccional, salvo las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho, en España, conforme al art. 117.4 CE.

En Colombia nuestra Constitución expresa que el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial (art.116). Sin embargo, más adelante expresa que los magistrados y jueces ejercen potestad jurisdiccional (arts.228, 230 y 234), lo cual hace concluir que el constituyente manifiesta una sola potestad, la de ejercer la

jurisdicción o, si se prefiere, la de imponer el poder judicial o el poder público de los jueces y tribunales. En el artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996, de 7 de marzo, modificada según Ley 1285 de 2009, 22 de enero):

“Artículo 12. Del ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial. La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción”. (Ley 270, 1996)

Lo expresado conduce a pensar, en consecuencia, que la potestad jurisdiccional no es lo que el Poder Judicial hace, sino que los órganos judiciales lo son por ejercerla. Es decir, como lo expresa DE OTTO Y PARDO el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, por lo que es claro que aquélla no puede ser definida como lo que éstos hacen, sino viceversa”. (1989, pág. 17)

El fundamento de la competencia hay que buscarlo, en primer lugar, en la diferente naturaleza o materia que yace bajo los conflictos que surgen entre los particulares entre sí, y entre éstos y los distintos órganos que configuran la Administración de un Estado. Por otra parte, es necesario instaurar una ordenación jerárquica de esos Juzgados y Tribunales para asegurar la revisión más ajustada posible de las decisiones de los órganos inferiores por los colegiados superiores. Por lo tanto, la competencia judicial viene justificada por razones de división del trabajo, de especialización y del aseguramiento de una organización jerarquizada.

No tienen competencia el tribunal sobre el asunto cuando éste no satisface, cualquiera, de los requisitos de competencia: territorial, materia y cuantía. Así, la incompetencia judicial es la ausencia de competencia, apreciable de oficio o a instancia de parte, de un determinado órgano judicial para conocer de un concreto asunto ante él planteado, de conformidad con lo previsto en las reglas generales establecidas en las leyes procesales para determinar los criterios de conocimiento de los procesos entre la totalidad de los órganos judiciales del Estado. Hay que destacar que la incompetencia, al igual que la propia competencia judicial, no es un concepto general en su aplicación, sino que la misma debe de ponerse en relación con el concreto procedimiento que sea objeto de



conocimiento por un determinado órgano judicial, lo que supone un examen individualizado de las exigencias de competencia, en su triple categoría, en todos los procesos que se presentan ante los órganos judiciales españoles. La determinación de la incompetencia judicial viene determinada en función de los tres criterios de competencia judicial previstos en las leyes procesales y que sirven para delimitar qué órgano judicial, con exclusión de los demás, debe conocer de un determinado proceso.

Afirma MONTERO AROCA que la competencia no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción. La competencia es el ámbito sobre el que el órgano ejerce su potestad jurisdiccional, y se refiere a las pretensiones que ese órgano jurisdiccional debe tutelar. (2002, pág. 439)

Es conveniente anotar que, en España ha habido perturbación por la creación de los Juzgados de lo Mercantil y con los denominados Juez del Concurso. Pues, conforme a la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, y por lo que se reformó la LOPJ, se dispuso que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, teniendo competencia exclusiva y excluyente para conocer de “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera sea el órgano que la hubiera ordenado”. (Ley 22, 2003)

Dada la complejidad del tema concursal, y que no es objeto de investigación, solo se expondrán ligeramente algunos aspectos. Expone ETXARANDIO HERRERA que “la reforma concursal ha apostado por la unificación de competencias en un órgano jurisdiccional ejecutor concursal con potente *vis attractiva* de los procedimientos del juicio de concurso, de modo que no puedan satisfacerse los acreedores al margen, ni puedan ser detraídos bienes de la masa activa por causa crediticia” (Etxarandio Herrera, 2010). Apuesta que no podía ser radical, sino que conllevaba que se restringieran los beneficios de ejecución separada o privilegios procesales, sin imaginar una eliminación terminante, pero que, al final, se ha mantenido con mucha menos fuerza, ya que los privilegios procesales perseveran en alguna medida.

Por lo tanto, conforme a los arts. 86 ter.1. 3.º LOPJ y 8. 3.º LC, el Juez de lo Mercantil es competente en la materia ejecutiva que implica bienes y derechos patrimoniales del deudor, cualquiera que sea el órgano que resolvió, aunque no se trata de que el Juez

concurzal supla en la ejecución singular, acumulada o no, a otro órgano, sino que dicha ejecución se excluye y asumen su finalidad las vías de solución del concurso, en su caso pues, la ejecución general.

Se trata, pues, no de una competencia atraída, sino expurgada del órgano ordinariamente competente cuando no hay abierto concurso. Ni otro que el Juez del concurso puede aprobar convenio o controlar una liquidación para satisfacer el crédito en masa, ni el Juez concursal tiene entre sus tareas la ejecución singular (aunque haya excepciones). El efecto es de suspensión de la ejecución singular, no de acumulación (AAP Madrid -28.<sup>a</sup>- de 20 de septiembre de 2007, y Valencia -9.<sup>a</sup>- de 11 de septiembre de 2006 con dos límites: el objetivo de ser relativa a los bienes de la masa activa del empresario (arts. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LC); y el temporal derivado de que se apruebe convenio concursal que no afecte al crédito (arts. 55.2, en relación con 133.2 y 134.2 LC).

En Colombia, el tema concursal o de insolvencia desde sus inicios, el desarrollo del Derecho Concursal Colombiano presenta sus peculiaridades, pues se encuentra que frente a nuestra realidad el legislador efectúa una *opción sui generis* en su momento para la solución de los problemas de las crisis empresariales. Y la cataloga como *sui generis*, dado que la competencia para el conocimiento de los procedimientos mercantiles se compartió inicialmente con la legislación de 1971, entre los jueces civiles del circuito del domicilio del comerciante en alguno de los supuestos y la superintendencia de sociedades en otros, sin catalogar a la superintendencia como un organismo técnico de apoyo a la función jurisdiccional. (Oliveri Mejía, 2012)

Este sistema *sui generis* desde su inicio, suscitó una serie de controversias entre los operadores jurídicos sobre el tipo de actuaciones que realizaba esta entidad especializada llamada Superintendencia de Sociedades. Actuaciones administrativas, actuaciones jurisdiccionales, actuaciones mixtas, organismo técnico de apoyo a los jueces del concurso.

Es precisamente con ocasión de la expedición de la Ley 446 de 1998, con la cual el legislador colombiano inaugura una tendencia que amplía la asignación de funciones jurisdiccionales a entidades de policía administrativa como son las superintendencias en general, al asignar en su parte IV en lo relativo al acceso de los ciudadanos a la justicia

en materias comercial y financiera, los más variados tipos de funciones de dirimir conflictos en temas societarios y de competencia desleal a varias Superintendencias, en especial a la Superintendencia de Industria y Comercio, que la CORTE CONSTITUCIONAL debe entrar a perfilar que las funciones jurisdiccionales que ejercen las superintendencias, no se llevan a cabo bajo principios absolutamente iguales a los que rigen las funciones que ejercen los organismos que componen la rama judicial: "(...) antes bien, existen justamente para adelantarse respondiendo a principios propios, en circunstancias diversas que aquellos en los cuales se administra justicia de manera ordinaria, similarmente con lo que sucede en la justicia arbitral (...)". (Sentencia C-384, 2000)

Y precisamente, indagando en cuáles serían esos principios, la Sentencia C-1641 de 200031, indica que:

"(...) La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley, sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial (...). Es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas, con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener todas las personas que ejercen funciones jurisdiccionales (...)". (Sentencia 1641, 2000)

Con base a estos antecedentes y fundamentado en 116 de la Constitución Política que dice en tercer párrafo "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley", (1991) Para el régimen especial de insolvencia de persona natural no comerciante y por disposición del artículo 533 conocerán de los procedimientos de insolvencia, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 533. Competencia para conocer de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante. Conocerán de los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos de la persona natural no comerciante los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho para adelantar este tipo de procedimientos, a través de los conciliadores inscritos en sus listas. Las notarías del lugar de domicilio del deudor, lo harán a través de sus notarios y conciliadores inscritos en las listas conformadas para el efecto de acuerdo con el reglamento." (Código General del Proceso, 2012)

Se observa de la norma que, las Notarías podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia a través de los notarios. Sin necesidad de autorización previa, o de los conciliadores inscritos en la lista que aquellos hayan constituido para el efecto.

Cuando el notario conforme la lista de conciliadores en insolvencia para atender este tipo de procedimientos. Los conciliadores que la integren deberán reunir los mismos requisitos de formación e idoneidad previstos para los conciliadores inscritos en los Centros de Conciliación, de acuerdo con el Código General del Proceso y el Estatuto reglamentario de los Centros de Conciliación.

Los Centros de Conciliación y los notarios deben establecer, implementar y mantener un procedimiento para conformar las listas de conciliadores en insolvencia.

El Ministerio de Justicia y del Derecho verificará que el reglamento interno de los Centros de Conciliación cumpla con los requisitos establecidos en el Decreto 2677 de 2012 (Diciembre 21), para la integración de las listas de conciliadores en insolvencia.

No obstante, cuando en el desarrollo del procedimiento de insolvencia se presenten situaciones que superen las atribuciones o la competencia conferida legalmente al Conciliador, dicha situación será resuelta mediante el trámite del proceso verbal sumario de única instancia ante el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor. Efectivamente, así lo estatuye el artículo 534. “Competencia de la jurisdicción ordinaria civil. De las controversias previstas en este título conocerá, en única instancia, el juez civil municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el procedimiento de negociación de deudas o validación del acuerdo”. (2012)

Se asume que se trata de una designación de facultades jurisdiccionales en forma excepcional, lo que llevaría a decir que es una jurisdicción especial, tanto para el conciliador como para el Juez Civil Municipal.

Según la doctrina, se entiende por jurisdicción especial se entiende la compuesta por aquellos tribunales a los que singularmente se les asigna un grupo de asuntos o de personas fuera de la generalidad de los asuntos del orden civil, o son aquellos que se instituyen para conocer de asuntos en determinados círculos y de cosas. (Fenech, 1960)

## 5. 5. Revisión de la solicitud de trámite de insolvencia

Se comentó en el capítulo IV, sobre la designación del conciliador. Así, acorde al artículo 541 CGP el centro de conciliación deberá designar al conciliador y este deberá manifestar su aceptación dentro de los dos días siguientes.

“El conciliador que haya aceptado la designación deberá revisar dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación del cargo, si la solicitud cumple con los requisitos legales (vid art. 542 CGP).

En caso de que en la verificación se perciba que la solicitud no cumple los requisitos exigidos, el conciliador inmediatamente señalará los defectos de que adolezca y otorgará al deudor un plazo de cinco (5) días para que realice las correcciones correspondientes.

El deudor debe subsanar los defectos de la solicitud en el plazo concedido, también debe sufragar las expensas del trámite, pues como consecuencia por el incumplimiento, la solicitud será rechazada.” (Código General del Proceso, 2012)

Dispone la norma *in comento* que contra esta decisión solo procederá el recurso de reposición ante el mismo conciliador. Se entiende que, debe cumplir lo formal establecido en el artículo 318 CGP, esto es, el recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten.

Debe aclararse que, el deudor puede dirigirse en su solicitud a centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas para obtener el procedimiento gratuito (art. 535 CGP). No obstante, corre con las expensas, pues sino la cancela se entenderá que desiste del procedimiento. Son expensas causadas en los procedimientos de insolvencia, las relacionadas con comunicaciones, remisión de expedientes y demás gastos secretariales. Se considera que, esto de pagar las expensas y la consecuencia por no pagar, desdibuja ese principio de gratuidad. Debe haber unos parámetros que permitan fijar si le es al deudor pagar o no pagar las expensas.

Se aclara que la gratuidad está limitada, ya que el reglamento sobre los centros de conciliación Decreto 2677 en su artículo 5º asigna competencia a “Los centros de conciliación de los consultorios jurídicos y de las entidades públicas solo podrán conocer de los Procedimientos de Insolvencia cuando el monto total del capital de los créditos a cargo del solicitante no supere los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv)”. (2012)

El régimen de insolvencia indica que la tarifa no puede constituir una barrera para acceder al trámite, de tal manera que las notarías y los centros de conciliación autorizados están en la obligación de tener en cuenta el monto total de las obligaciones por concepto de capital, así como los ingresos del deudor, de manera que, para el caso en concreto, las tarifas fijadas no constituyan una barrera de acceso a los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante.

## **5.6 Decisión sobre la solicitud de trámite de negociación de deuda**

Así, una vez que se ha verificado el conciliador que, si cumplen los requisitos acordes al artículo 543, según fuere el caso, manifestará la aceptación, y deberá dar inicio al procedimiento de negociación de deudas y fijará fecha para audiencia de negociación dentro de los veinte (20) días siguientes a la aceptación de la solicitud.

Desde ese momento que acepta la designación queda investido como conciliador del caso aceptado y deberá asumir sus funciones, pero, además, tener en cuenta que está sometido a los principios que rigen su función, tanto legal como éticamente.

La aceptación implica que debe fijar la audiencia de negociación, la cual deberá establecerse dentro de los veinte días (20) contados a partir de la fecha de aceptación del negociador.

### **5.6.1. Efectos de la iniciación del trámite**

En el momento en que se notifica la aceptación existen una serie de efectos tanto para el deudor como para los acreedores. La aceptación de la solicitud de negociación plantea un *antes* y un *después* en la vida económica-civil del deudor que haya realizado la solicitud (art. 545 CGP). Todas las obligaciones que existían con anterioridad a la aceptación de la solicitud (créditos *pre-*) deben negociarse en el acuerdo. Se producen los siguientes efectos:

No podrán iniciarse nuevos procesos ejecutivos, de restitución de bienes por mora en el pago de los cánones, o de jurisdicción coactiva contra el deudor y se suspenderán los procesos de este tipo que estuvieren en curso al momento de la aceptación. No podrá suspenderse la prestación de los servicios públicos domiciliarios en la casa de habitación

del deudor por mora en el pago de las obligaciones anteriores a la aceptación de la solicitud. Se interrumpirá el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos que contra el deudor se hubieren hecho exigibles antes de la iniciación de dicho trámite.

El pago de impuestos prediales, cuotas de administración, servicios públicos y cualquier otra tasa o contribución necesarios para obtener la paz y salvo en la enajenación de inmuebles o cualquier otro bien sujeto a registro, sólo podrá exigirse respecto de aquellas acreencias causadas con posterioridad a la aceptación de la solicitud. Las restantes quedarán sujetas a los términos del acuerdo o a las resultas del procedimiento de liquidación patrimonial. Este tratamiento se aplicará a toda obligación *propter rem* que afecte los bienes del deudor.

En consecuencia, los titulares de tales créditos no podrán cobrarse de manera separada por vía de procesos ejecutivos (art. 545.1 CGP), ni podrán recurrir a medidas como la desconexión de los servicios públicos (art. 545.2) o la restitución del inmueble arrendado por mora en el pago de los cánones (art. 545.1). Tales acreedores serán citados a audiencia de negociación de deudas mediante una comunicación escrita, remitida de manera similar a un citatorio para notificación personal o a un aviso (art. 548). Dichos acreedores, como contrapartida, se verán beneficiados por una interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad sobre sus créditos, a partir del día de la aceptación de la solicitud (art. 545.5).

Es importante que el conciliador envíe comunicación al juez de conocimiento competente para que se haga control de legalidad y se concreten las consecuencias previstas. En efecto, dispone el artículo 548 “En la misma oportunidad, el conciliador oficiará a los jueces de conocimiento de los procesos judiciales indicados en la solicitud, comunicando el inicio del procedimiento de negociación de deudas. En el auto que reconozca la suspensión, el juez realizará el control de legalidad y dejará sin efecto cualquier actuación que se haya adelantado con posterioridad a la aceptación”. Esta decisión del juez puede ser impugnada<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> (Corte Suprema de Justicia, 2017) Para zanjar este *sublite*, debe traerse a colación el canon 548 del Código General del Proceso, según el cual: “(...) A más tardar al día siguiente a aquel en que reciba la

En caso que los acreedores demanden o continúan los procesos estando aceptado el procedimiento, el deudor podrá alegar la nulidad del proceso ante el juez competente, para lo cual bastará presentar copia de la certificación que expida el conciliador sobre la aceptación al procedimiento de negociación de deudas.

En caso de corte o suspensión de los servicios públicos estando en vigencia el trámite de insolvencia, estos deberán restablecerse y las obligaciones causadas con posterioridad, es decir, los cobros próximos por consumos posteriores deberán tener preferencia para el pago, so pena que puedan ser suspendidos y el trámite declarado fallido.

En el caso en que la empresa de servicios públicos domiciliarios no acepte reconectar el servicio público suspendido, pueden generarse consecuencias administrativas tales como sanciones para la empresa infractora y así mismo consecuencias dentro del proceso de insolvencia.

### **5.6.2 Excepciones a los efectos**

Las obligaciones alimentarias y los procesos ejecutivos para el cobro de estas, así como las medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes e ingresos del deudor no serán ni suspendidas ni levantadas y sus procesos tampoco estarán sujetos a lo decidido en el acuerdo, por lo que solamente estarán a disposición del deudor y los acreedores con

---

*información actualizada de las acreencias por parte del deudor, (...) el conciliador oficiará a los jueces de conocimiento de los procesos judiciales indicados en la solicitud, comunicando el inicio del procedimiento de negociación de deudas. En el auto que reconozca la suspensión, el juez realizará el control de legalidad y dejará sin efecto cualquier actuación que se haya adelantado con posterioridad a la aceptación (...)*". La norma transcrita establece el trámite mediante el cual se suspenden los juicios iniciados en contra de aquellas personas acogidas al aludido decurso de insolvencia; nótese, la referida parálisis procedimental, no opera de facto, pues para ello es necesario que el juez emita un auto a través del cual acoja la información suministrada por el "conciliador". 4. Ahora, ninguna regla consagra que la providencia mediante la cual se decreta esa "suspensión" no es susceptible de ser atacada a través de los medios de impugnación señalados en la legislación adjetiva civil, para garantizar los derechos de defensa y contradicción de los afectados por el inicio del aludido proceso de insolvencia. Así las cosas, refulge evidente, el juez accionado incurrió en una conducta transgresora de las garantías *supralegales* del hoy actor en la providencia de 12 de septiembre de 2017, al "abstenerse de resolver" la reposición formulada por Méndez Castañeda contra el auto que dispuso la mentada suspensión; máxime, si en cuenta se tiene que tal remedio es procedente, en virtud de lo contemplado en la regla 318 del Código General del Proceso ("(...) Art. 318. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez (...)".



miras a la obtención del pago de lo adeudado, el remanente o sobrante de los procesos ejecutivos alimentarios.

Así está ordenado en el artículo 546:

“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los procesos ejecutivos alimentarios que se encuentren en curso al momento de aceptarse la solicitud del procedimiento de negociación de deudas, los cuales continuarán adelantándose conforme al procedimiento previsto en la ley, sin que sea procedente decretar su suspensión ni el levantamiento de las medidas cautelares.

En caso de llegar a desembargarse bienes o de quedar un remanente del producto de los embargados o subastados dentro del proceso ejecutivo de alimentos, estos serán puestos a disposición del deudor y se informará de ello al conciliador que tenga a su cargo el procedimiento de negociación de deudas.” (Código General del Proceso, 2012)

Es claro que, las pensiones alimentarias no pueden ser suspendidas pues están atadas a derecho fundamental de la vida, de la salud, y están privilegiadas en tutela de urgencia, por ser inaplazables para la vida misma.

Por otra parte, todas las obligaciones que se adquieran o se generen posteriormente a la aceptación de la solicitud de insolvencia no serán objeto del acuerdo de pago y se deberán pagar conforme a las estipulaciones contractuales o legales establecidas, por lo que los efectos de la aceptación del trámite no se aplican a estas ni deben ser negociadas dentro del trámite.

Con relación a los garantes o codeudores, en virtud de que es un procedimiento personalísimo, en aquellos procesos en su calidad de garantes o codeudores solidarios, se puede seguir el proceso con éstos.

En efecto, el artículo 547 CGP, estatuye:

“Cuando una obligación del deudor esté respaldada por terceros que hayan constituido garantías reales sobre sus bienes, o que se hayan obligado en calidad de codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito, o en general a través de cualquier figura que tenga como finalidad asegurar su pago, se seguirán las siguientes reglas:

1. Los procesos ejecutivos que se hubieren iniciado contra los terceros garantes o codeudores continuarán, salvo manifestación expresa en contrario del acreedor demandante.
2. En caso de que al momento de la aceptación no se hubiere iniciado proceso alguno contra los terceros, los acreedores conservan incólumes sus derechos frente a ellos.” (Código General del Proceso, 2012)

### **5.7 Término para el trámite de negociación de deudas**

Este procedimiento especial de insolvencia está concebido para ser expedito, que satisfaga los principios de celeridad y economía procesal. Por ello, el artículo 540 CGP, fija un plazo de sesenta (60) días para llevar a cabo el procedimiento de negociación de deudas, los cuales se cuentan a partir de la aceptación de la solicitud. Plazo que se ha considerado suficiente para citar a los acreedores y aquellos otros que considere pertinente citar el conciliador.

Es posible que pueda ocurrir prórroga, dependiendo de las circunstancias del caso, puede prorrogarse a solicitud del deudor y de uno de sus acreedores, hasta por 30 días más.

### **5. 8. Notificación a los acreedores (derecho a ser oído)**

Este procedimiento, al igual que todos los procedimientos que están en el Código General del Proceso, se rige por los principios rectores que orientan la actuación jurisdiccional, tanto del juez como de las partes. El procedimiento de insolvencia es bilateral, la ley define dos partes: el deudor y los acreedores, ambos tienen derecho a ser oídos, a contradecir, impugnar, alegar y hacer aportes probatorios. Nadie puede ser condenado sin ser oído. El derecho de ser oído es un derecho fundamental y forma parte del debido proceso.

El debido proceso implica la existencia de un procedimiento desarrollado de conformidad con unos parámetros mínimos en los que se posibilite la defensa, para que finalmente se emitan decisiones justas y en derecho. Toda relación jurídico procesal se desarrolla de esta forma bajo el postulado de audiencia en derecho. “La idea de una “audiencia en Derecho” no es difícil de entender. Significa que el juez debe oír a las partes; que hay que dar a cada parte la ocasión de tomar posición respecto de todas las manifestaciones de la parte contraria, de alegar todo lo que según su opinión sea pertinente en el asunto y de explicar el juicio jurídico que en su opinión hay que formular”. (Agudelo Ramírez, 2005)

El derecho a ser oído implica la posibilidad de otorgar a las partes procesales idénticas oportunidades de defensa. Integra el principio del derecho de defensa o de contradicción

o de bilateralidad de la audiencia, desde el cual se exige que los sujetos participantes en el proceso sean notificados con anticipación, de forma razonable, para que puedan ser oídos.

Debe recordarse que entre las funciones del conciliador según el artículo 537 CGP tiene facultad para citar al deudor, acreedores y a quienes considere pertinente su comparecencia. Una vez aceptada la solicitud de negociación de deudas, el conciliador o el notario convocarán a los acreedores del deudor a una audiencia, que constituirá el nudo principal del procedimiento. Este procedimiento para que tenga validez, se debe convocar todos los acreedores, pues aquellos que no hayan sido convocados podrían impugnar los acuerdos por haberse quebrantado su derecho a ser oído.

Ordena el artículo 548 CPG que el conciliador, a más tardar al día siguiente a aquél en que reciba la información actualizada de las acreencias por parte del deudor, el conciliador comunicará a todos los acreedores relacionados por el deudor la aceptación de la solicitud, indicándoles el monto por el que fueron relacionados y la fecha en que se llevará a cabo la audiencia de negociación de deudas. Da traslado a los acreedores de la solicitud y sus acompañamientos, en donde este fijada el monto que haya sido relacionado.

La forma de enviar la comunicación se remitirá por escrito a través de las empresas autorizadas por código general del proceso para enviar notificaciones personales (ver en correspondencia con art. 291-548 CGP).

## **5. 9. Desarrollo de la audiencia de conciliación**

El desarrollo de la audiencia está presidido por el llamado principio de audiencia. La tutela judicial efectiva implica, entre otras garantías, el hecho de que nadie pueda ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. En España, dicho principio ha sido reformulado por el Tribunal Constitucional en los términos de que “nadie puede ser condenado sin haber tenido la oportunidad de ser oído y vencido en juicio” (STC 12/1987, de 4 de febrero).

En Colombia la CORTE CONSTITUCIONAL, ha definido así:

“...iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso...). (Sentencia C-341, 2014)

La audiencia está sometida a un conjunto de principios que garantizan el respeto y salvaguarda de los derechos y garantías procesales de las partes, para que puedan actuar y hagan efectiva su participación. Estos son principios básicos que están como normas rectoras en el Código General del Proceso y que son aplicables a todos los procedimientos que él regula. A sabiendas, que por disposición constitucional debe aplicarse el debido proceso en cualquier proceso que se ventilen derechos protegidos positivamente.

### **5. 9.1. Principios básicos**

La audiencia debe dar garantía que el debido proceso se cumpla. En la audiencia deben respetarse unos principios básicos que forman parte del debido proceso, estos son: derecho de defensa, derecho a la contradicción, oralidad e inmediación, igualdad de las partes y principio de legalidad.

#### **5.9.1.1. Derecho de defensa**

Dicho principio supone de una manera rotunda el derecho que tiene toda parte procesal a exponer todo aquello que convenga a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, siendo, todo ello, parte del derecho al debido proceso que proclama el art. 29 de la Constitución Colombiana.

No hay debido proceso si no hay la posibilidad de contradecir y de ejercer los mecanismos procesales de defensa. El debido proceso abarca el todo. Es decir, todos los actos que se lleven a cabo durante el proceso. Todos los actos procesales deben resguardar el debido proceso. Esto supone que la persona que esté sometida a proceso tiene derecho a intervenir en el desarrollo del proceso.

No hay debido proceso si no hay la posibilidad de contradecir y de ejercer los mecanismos procesales de defensa. El debido proceso abarca el todo. Es decir, todos los actos que se lleven a cabo durante el proceso. Todos los actos procesales deben resguardar

el debido proceso. Esto supone que la persona que esté sometida a proceso tiene derecho a intervenir en el desarrollo del proceso.

El derecho de defensa en la concepción contemporánea se ha reconocido como un derecho fundamental y como una garantía de la protección de los derechos de la persona. Este derecho-garantía se ha positivizado, tanto en las constituciones y tratados y acuerdos internacionales, como en las legislaciones ordinarias. Su solo reconocimiento en las constituciones implica su obligatorio cumplimiento, siendo exigible en aplicación inmediata en toda situación que sea amenazado o quebrantado un derecho.

La defensa como garantía del debido proceso: Tiene un perfil institucional convirtiéndose en un requisito para la validez de un proceso. La defensa como garantía individual: es un derecho fundamental individual que permite a las personas a participar en el juicio cuya sentencia les puede afectar.

Se señala finalmente que defensa es la actividad procesal que desarrolla una persona como reacción ante una demanda o acusación, y ante cualquier actividad procesal de la otra parte que pueda afectar sus intereses en el transcurso del juicio iniciado.

Es claro que, el procedimiento de insolvencia que tratan las partes pueden desplegar sus derechos de defensa en la audiencia a la que comparezcan, o si no han sido notificados legalmente a realizar las impugnaciones que les autoriza la ley.

#### **5.9.1.2. Derecho a la contradicción**

El derecho de contradicción dentro del proceso se convierte en la oportunidad para las partes de defenderse, de refutar y oponerse a las afirmaciones realizadas por la parte contraria, de aportar elementos que le permitan desvirtuar lo dicho en su contra.

Evidentemente, el procedimiento de insolvencia ante conciliador o notaría no puede limitar los derechos a las partes a contradecir, son garantías constitucionales, claro de configuración legislativa, pero sin afectar su núcleo esencial; de manera, que el régimen regulatorio de este procedimiento asegura el derecho a contradecir así lo consagra el artículo 550 del CGP.

### **5.9.1.3. Oralidad e inmediación**

Dicho principio aparece recogido en el art. 3 del Código General del Proceso, cuando en su artículo 3º, establece que “Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”. (Código General del Proceso, 2012) Esto con independencia de que sean actos del Juez o actos de las partes.

Ahora bien, este principio de oralidad, no es un mero capricho de estilo, sino que reviste una enorme importancia, ya que a través del mismo se impide que se realicen actos procesales fuera de la prevención y control directo del Juez; y por lo tanto, se establece el método de trabajo de la inmediación, que significa un valor procesal en sí mismo y que es imprescindible para que el órgano judicial perciba directamente los actos procesales y con ello tenga los datos precisos para resolver una concreta contienda judicial.

El modelo oral estructura el trabajo jurisdiccional, de modo que cada asunto puede ser mejor seguido y conocido por el tribunal desde su inicio, cuestión especialmente relevante en lo que se vincula con la práctica y valoración de la prueba. El modelo de proceso por audiencias se sostiene en la inmediación efectiva e inexorable del juez, lo que en gran medida permitiría cambiar el modelo de juez vigente.

Todo lo cual lleva a la necesidad de la inmediación judicial por parte del Juez, y que sea la que fuere la valoración que se quiera dar a la misma, se tiene que dejar fuera las apreciaciones más o menos sociológicas sobre si es más o menos eficaz, o si es más o menos posible o imprescindible que el órgano reciba directamente los autos procedentes. Así pues, de forma implícita, del procedimiento oral, se deriva el principio de inmediación, y por lo tanto del derecho a ser oído directamente por el juez, implica la existencia de mecanismos orales, tradicionalmente establecidos como audiencias, en los que la presencia del juez es ineludible y es quien debe recibir la prueba (interrogatorio) de manera directa.

Es claro que, en el procedimiento de insolvencia que se está tratando, se percibe en sus normas regulatorias la presencia de la oralidad y la inmediación del conciliador, lo mismo del juez municipal en caso de impugnaciones. No obstante, debe indicarse que no es

totalmente oral el procedimiento, pues hay exigencias de actuaciones de las partes que deben ser presentadas en escritos, la solicitud, relación de acompañamientos y juramento del deudor solicitante, y las objeciones de los acreedores.

#### **5.9.1.4. Igualdad de las partes**

La igualdad es un principio inherente a la persona humana, emana de la naturaleza misma del hombre. Por ello preexiste a cualquier legislación positiva. La Constitución colombiana en su artículo 13° reconoce el derecho a la igualdad en los siguientes términos: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Por lo tanto, ello significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y condiciones.

Calamandrei señala que el principio de igualdad procesal se formula de la siguiente manera, "las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones". (Calamandrei, 1973, pág. 418)

Pues bien, siendo la igualdad de las partes un principio rector en el Código General del Proceso, establecido en el artículo 4, “El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, es claro que se impone en el procedimiento de insolvencia, y el conciliador debe garantizar esa igualdad, que advertimos es atinente a los principios que orienta al instituto de la conciliación.

En Colombia, la CORTE CONSTITUCIONAL ha explicado en su jurisprudencia la triple dimensión que tiene la igualdad en el ordenamiento constitucional, como valor, principio y derecho fundamental. El preámbulo constitucional contempla a la igualdad como uno de los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional. Por su parte, el artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio fundamental de igualdad y el derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente, otros mandatos de

igualdad dispersos en el texto constitucional actúan como normas que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente. (Sentencia C-250, 2012)

#### **5.9.1.5. Legalidad**

El principio de legalidad impone que la actuación en el proceso debe ser bajo el imperio de la ley. El juez y las partes tienen que someterse a la legalidad. Obviamente, en el proceso de insolvencia los conciliadores que actúen deben regirse por la legalidad y estar atentos para orientar a las partes acerca de que los acuerdos que realicen no deben ser contrarios a la ley.

#### **5.10. Mecánica del desarrollo de la audiencia**

Se ha expuesto que, conforme al Código General del Proceso una vez que sea aceptado la solicitud del procedimiento de insolvencia, deberá el conciliador fijar la fecha de la audiencia, y procede a convocar los acreedores, al abrirse la audiencia se llega a la médula del procedimiento de negociación de deudas, cual es el de buscar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores acerca de la forma en la cual se satisfarán los distintos créditos que tiene el deudor a su cargo, la audiencia es el escenario en el que el deudor y sus acreedores se sentarán a dialogar para buscar una solución conjunta a la crisis de endeudamiento que presenta el deudor solicitante.

La audiencia, bajo el principio de concentración (art. 5 CGP) y de unidad, debe celebrarse en una sola sesión, pero en caso de necesidad puede suspenderse, de acuerdo con lo que el conciliador considere pertinente para efectos de llegar a un arreglo. Sin perjuicio de lo anterior, se previene que existe un término máximo para llegar a un acuerdo, de 60 días prorrogables por otros 30 días más (vid art. 544 *eiusdem*), so pena de fracaso de la negociación (vid art. 549 *iusdem*).

De acuerdo con el artículo 550 del Código General del Proceso, la audiencia se divide en dos partes. En la primera parte se debate sobre la información suministrada por el deudor solicitante, en especial sobre los créditos relacionados por el deudor en la solicitud, para que los asistentes ejerzan su derecho de contradicción. En la segunda parte, se dialogará sobre la propuesta del deudor y se votará el contenido del acuerdo de pago.



### **5.11. Problemática con relación a las garantías reales (Prelación de créditos)**

Es así que, se ha considerado abordar el caso de los acreedores hipotecarios, lo que estima imperioso aclarar el panorama en el que se encuentran inmersos los acreedores hipotecarios con relación a sus deudores cuando estos deciden iniciar un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, pues en este punto se observa que se pueden ver gravemente afectados los derechos y garantías que tienen estos sujetos procesales, en cuanto al constituir un contrato hipotecario lo han hecho por la garantía de seguridad jurídica en reclamar lo adeudado la ser un crédito privilegiado regulados por la misma normatividad civil.

Es importante analizar si el régimen de insolvencia es una figura jurídica que genera realmente un tratamiento eficaz e igual para todos los acreedores, teniendo en cuenta que no todos los tipos de obligaciones generan igualdad de garantías. Dejando claro lo anterior, surge la necesidad abarcar el tema de la hipoteca, pues al ser esta un derecho real se encuentra amparada por los beneficios de persecución y preferencia que establece nuestra legislación Civil, es decir, que el acreedor puede exigir su derecho frente a la cosa sin importar en manos de quien este (persecución), y además su derecho prevalece sobre otros créditos (preferencia). (Rivera Morales, 1999)

Con fundamento en lo precedido, se señala con el procedimiento de insolvencia, que la situación en la que se encuentran los acreedores hipotecarios, al iniciarse con la aceptación de la solicitud del proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, altera la exigibilidad de la obligación garantizada con la hipoteca, produciéndose entonces un conflicto jurídico, dado que el proceso de insolvencia afecta los derechos del acreedor hipotecario al limitar la ejecución de su garantía y en consecuencia las prerrogativas de las que goza la hipoteca.

Sobre los efectos que se generan una vez se acepte la solicitud de negociación de deudas, se han dado muchas críticas y los acreedores hipotecarios se sienten desamparados y que el régimen de insolvencia es violatorio, resaltan el hecho que no podrán iniciarse nuevos procesos ejecutivos de restitución de bienes por mora en el pago de los cánones o de jurisdicción coactiva contra el deudor cuando se inicien dichas solicitudes y además que se suspenden los procesos de este tipo que estuvieren en curso

al momento de la aceptación, es decir que el derecho de prenda general que tiene el acreedor sobre los bienes del deudor queda un limbo jurídico e igual los que tienen gravámenes constituidos legalmente, dado que al ser un imperativo legal la suspensión del proceso, ningún bien del deudor se puede perseguir.

En caso de no llegar a un acuerdo con los acreedores y terminar en un proceso de liquidación judicial, los acreedores están obligados a presentar sus créditos ante el Juez del Concurso, adjuntando todas las pruebas que tengan en su poder y que demuestren la existencia del crédito. Si el crédito no se presenta en este último proceso, no será reconocido y en la adjudicación de bienes no se le realizará repartición alguna. Si el crédito se presenta de manera extemporánea, el mismo se considerará legalmente postergado, esto es, que se pagará si y solo si, quedan activos para distribuir una vez se haya pagado a los demás acreedores.

Adicionalmente, si el acreedor hipotecario presenta juicio ejecutivo hipotecario, el deudor con fundamento en el auto de admisión de la solicitud de insolvencia, puede presentar la nulidad del proceso ante el juez competente, para lo cual, bastará presentar copia de la certificación que expida el conciliador sobre la aceptación del procedimiento de negociación de deudas, en consecuencia, el esfuerzo del acreedor por adelantar un trámite procesal se verá frustrado por el proceso de insolvencia.

Es así que, se aclara que este proceso de insolvencia, siendo una especialidad de la materia concursal, tiene la característica de la universalidad (tanto respecto a los bienes como los acreedores), lo que significa es un procedimiento universal para negociar el estado de deudas del deudor, sin importar su naturaleza. En el caso de la deuda hipotecaria es claro que hay un principal que es el crédito, la garantía es accesoria. Lo que se va a negociar es la principal (el crédito) especial en sus condiciones (plazo, intereses, etc.). No se va a eliminar la constitución hipotecaria, esta subsiste, salvo que se haya constituido en fraude de acreedores. El procedimiento de insolvencia va a entrar en negociación es el crédito y no la garantía, esta subsiste.

La CORTE CONSTITUCIONAL resolviendo problema sobre este tema, aun cuando en la situación de insolvencia de persona comerciante, ratifica que en los procesos concursales debe aplicarse la universalidad e igualdad; doctrina que se cree apropiada

para ser aplicado en los mismos términos en el procedimiento de persona natural no comerciante, refiere lo siguiente:

“Vista la demanda y los escritos de intervención, el problema jurídico que debe resolver la CORTE CONSTITUCIONAL en esta oportunidad es si: ¿el legislador vulneró los derechos a la protección de los bienes y derechos en condiciones de igualdad de los acreedores que, habiendo adelantado un proceso judicial para lograr el pago de los créditos o las garantías sobre los mismos, se ven sometidos a las reglas del proceso de insolvencia de su deudor en idénticas condiciones que los demás acreedores?”

(...) La Corte advierte que, en virtud de la importancia de los principios de universalidad e igualdad del trámite de insolvencia, particularmente relevantes en el proceso liquidatorio, el trato paritario entre los acreedores se convierte en la piedra angular del proceso concursal y constituye una regla acogida por la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, y en concordancia con lo sostenido por el Ministerio Público, la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial responde a la naturaleza universal del proceso, característica que lo dota de efectividad y sin la cual sería inoficioso acudir a él, pues una vez iniciado el proceso, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de reorganización. La naturaleza y principios del trámite de insolvencia exigen evitar la dispersión procesal y normativa, y unificar el trámite bajo un mismo régimen.

En ese sentido, la CORTE CONSTITUCIONAL reitera que las diferencias entre los grupos de acreedores propuestos por el actor, no tienen relevancia para su participación en el proceso liquidatorio, y por lo tanto, son sujetos con similitudes que exigen un trato igual por parte de la ley. El carácter igualitario con que deben ser tratados todos los acreedores y que excluye la aplicación de normas que favorezcan o discriminen a algunos entre ellos, resulta acorde por lo tanto con los postulados constitucionales y coherente con el contexto normativo, a efectos de lograr la más amplia cobertura posible con los bienes del deudor, sin ventajas ni discriminaciones de ningún tipo.” (Sentencia C-006, 2018)

Otro aspecto que se tiene que examinar es la forma como aborda el legislador la problemática en el Código General del Proceso. Resuelve esta situación haciendo uso de las normas regulatorias sobre la prelación de créditos. Así en artículo 537, en el numeral 12 dispone que el conciliador “Con base en la información presentada por el deudor en la solicitud y demás elementos aportados durante el trámite, elaborar el documento que contenga el orden en que deben ser atendidas las acreencias objeto del procedimiento, de conformidad con lo establecido sobre prelación de créditos en el Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen o adicionen.”. (Código General del Proceso, 2012)

Hay pues obligación del conciliador de aplicar las normas relativas a la prelación de créditos.

Pero, además, en los acompañamientos que debe presentar el deudor según el artículo 539 exige en el numeral 3º: “Una relación completa y actualizada de todos los acreedores,

en el orden de prelación de créditos que señalan los artículos 2488 y siguientes del Código Civil”. (2012) Siguiendo estos lineamientos de reconocimiento de prelación de créditos en el artículo 553 respecto al acuerdo de pago exige en el numeral 8º: “Respetará la prelación y privilegios señalados en la ley y dispondrá un mismo trato para todos los acreedores que pertenezcan a una misma clase o grado”. Y el artículo 554 respecto al contenido del acuerdo, dispone que el acuerdo de pago contendrá, como mínimo: “1. La forma en que serán atendidas las obligaciones objeto del mismo, en el orden de prelación legal de créditos”. Es más, los acreedores no satisfechos acorde lo estatuye el artículo 557 pueden impugnar el acuerdo o su reforma si contienen cláusulas que violen el orden legal de prelación de créditos, sea porque alteren el orden establecido en la Constitución y en la Ley.

No hay duda que el legislador no ha pasado por alto las normas relativas a los privilegios en los créditos, simplemente, que establece un régimen de negociación de las deudas, para que estas se difieran en el tiempo, incluso sobre *quantum* y condiciones. De manera que, hay que acudir a las normas regulatorias de prelación de créditos.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que, para la atención de las obligaciones, hay unas que para la ley son prioritarias por encima de otras y al momento en que todas se hagan exigibles como es en el caso de un trámite concursal, requiere que sean atendidas unas primeras que otras. Es por eso que, el Código Civil indica que existen órdenes de prelación legal para el pago en donde se encuentran 5 diferentes órdenes conformados de la siguiente manera (no van jerarquizadas):

Obligaciones fiscales y laborales.

Obligaciones garantizadas con prenda.

Obligaciones garantizadas con hipotecas.

Obligaciones con proveedores (no aplican para personas naturales no comerciantes).

Obligaciones quirografarias.

Obligaciones legalmente postergadas.

Por encima de todas las anteriores, se encuentran las obligaciones alimentarias que tienen prioridad para el pago en este y en todos los regímenes concursales que tengan que ver con personas naturales en Colombia.

Véase que el artículo 2493 establece causa de preferencia, disponiendo: “Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera”. (1873)

En el artículo 2494, se definen los créditos privilegiados, así: “Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase”. (1873)

Este artículo para su interpretación debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 134 de la Ley 1098 de 2006. Que establece prelación a la deuda de alimentos, así como la ley 50 de 1990 Código Sustantivo del Trabajo, que modifica el orden señalado por el Código Civil y en consecuencia, el orden es:

- “1. Alimentos a menores de edad
2. Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo.
3. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
4. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.
5. 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.
6. Lo créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.” (Código de Infancia y Adolescencia, 2006)

Conforme a las normas citadas, no puede afirmarse que los derechos de los créditos hipotecarios queden desprotegidos o desprovistos de sus privilegios, subsisten las garantías porque el procedimiento no las anula, lo que sucede el crédito principal garantizado en hipoteca entra a ser negociado, el acreedor puede oponerse y no aceptar la propuesta, incluso es posible que un acreedor acepte el bien hipotecado y se subroge en la hipoteca negociando con el acreedor hipotecario un plazo diferente.

En la hipótesis que el bien hipotecado sea un tercero, perfectamente el acreedor hipotecario podría pedir la ejecución del bien hipotecado, lo cual conforme al artículo 547

si se hubiese iniciado el proceso ejecutivo debe continuar, salvo que el acreedor demandante consienta que se negocie la deuda.

### **5.12. Responsabilidad penal por fraude en el suministro de información en el procedimiento de insolvencia**

Este es un procedimiento dirigido a proteger al deudor de buena fe. No está previsto en las normas regulatorias la existencia de norma que exija responsabilidad penal por fraude en el suministro de información. Se recuerda que, el deudor debe suministrar la información bajo fe de juramento, donde se aprecia que no solo lo alcanza a él, sino también a los acreedores, y en caso de falsedad, se entiende que la sanción es la nulidad.

En las leyes concursales tradicionales se trataba este tema, y se exigía responsabilidad penal en caso de fraude. Se argumentaba que el bien jurídico protegido es de naturaleza patrimonial, y se concretaba en el derecho que tiene el acreedor a satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones. Este derecho, derivado de lo prescrito en el Código Civil, se frustra cuando el deudor realiza conductas que impiden o dilatan la ejecución de sus bienes. No obstante, también se dice que junto a un bien jurídico de naturaleza patrimonial se sitúa otro de naturaleza supraindividual, constituido, con diversos matices según los autores, por el correcto funcionamiento del sistema crediticio. (Muñoz Conde, 2002)

En este procedimiento que es especial, se tramita ante órganos con jurisdicción excepcional, no hay exigibilidad de responsabilidad penal por insolvencia, máxime que se trata de personas naturales y la vía para su exigencia es la civil.

El artículo 539 CPG es claro cuando exige que la información debe ser dada bajo fe de juramento, lo que en caso de haber incongruencia o demostrada la falsedad de las informaciones, o se exige corrección, o simplemente se declara sin lugar el procedimiento y los acreedores podrán acudir por la vía judicial ordinaria en el reclamo de sus acreencias.

El procedimiento prevé la audiencia en donde los acreedores pueden hacer sus objeciones, esto implica que pueden referirse a la información total que haya suministrado el deudor solicitante. En la primera parte de la audiencia, el conciliador pone en

conocimiento a los asistentes los documentos que el deudor presentó con la solicitud, para que éstos ejerzan su derecho de contradicción. Si alguno de los acreedores se encuentra en desacuerdo con algún aspecto de la relación de bienes y acreencias, podrá formular objeciones. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el deudor ha omitido relacionar algún crédito, lo ha hecho por un valor distinto del que correspondía, o lo ha ubicado en una clase o grado que no responde a la realidad.

Además, quedan los recursos de pedir la nulidad del proceso, del acuerdo o incluso incoar las acciones revocatoria y de simulación (que se tratará más adelante).

En todo caso debe señalarse que dependiendo de la acción que realice el deudor al suministrar información falsa de forma dolosa puede incurrir en delitos tipificados en el Código Penal. Así que, puede estar incurso en diversas conductas sancionables por el derecho penal, entre otros, en los delitos de fraude procesal (art. 453 del Código Penal), falsedad en documento privado (art. 289 del Código Penal), obtención de documento público falso (art. 288 del Código Penal), alzamiento de bienes (Art. 253 del Código Penal).

### **5.13. El acuerdo de pago**

Es en esta etapa donde se cristaliza la finalidad del trámite de la insolvencia. Durante ella, se llevan a cabo todas las actuaciones que tienen que ver con la negociación de la propuesta del deudor. Esta audiencia tiene que realizarse con el deudor como actor principal y los acreedores que estén presentes.

¿Qué sucede si el deudor no asiste? En principio se entiende que ha desistido del procedimiento. Al respecto el Ministerio de Justicia y del Derecho se ha manifestado en los siguientes términos: “Dicho lo anterior, si el deudor (directo interesado) no asiste en el momento propicio para llegar y aproximarse a un acuerdo con sus acreedores sin justificación alguna, la falta de voluntad y seriedad, se entendería fracasada la audiencia por desistimiento tácito del deudor y no existir la posibilidad de confluir las voluntades (deudor/acreedor). Salvo que los acreedores dispongan una nueva fecha manifiestamente y se cite por parte del conciliador al deudor conforme las facultades y atribuciones del conciliador dadas en el artículo 537 de la citada Ley” citado en (Nieto, s.f.)

Así, se asume absolutamente esa opinión, puesto que, quien directamente está interesado en el trámite es el deudor y el hecho de que no concurra a la negociación con sus acreedores es una clara manifestación de su falta de interés en llegar a un acuerdo. De otra parte, como no está previsto ir directamente a la liquidación patrimonial, lo que debe hacer el conciliador es declarar el fracaso de la negociación y enviar el trámite al Juez Municipal para que se surta esa etapa. Los acreedores pueden proponer nueva fecha de audiencia.

En esta etapa de negociación de deudas, ante todo se debe contar con una relación actualizada de las obligaciones a cargo del deudor discriminando cada una de ellas en cuanto a su origen, naturaleza y cuantía, es imprescindible, sin ella no se podría entrar en negociación. Posteriormente, se califican y gradúan los créditos para lo cual solo se tiene en cuenta el monto del capital de cada obligación. Para la calificación y graduación de los créditos se debe respetar el principio de igualdad el cual supone que primero se debe pagar las acreencias de la primera clase (laborales, fiscales, alimentos), luego los de segunda clase (prendarios), siguen los de tercera clase (hipotecarios) y por último los de quinta clase (obligaciones quirografarias, o sea, las que no están respaldadas con una garantía real). Si algún acreedor no está de acuerdo con la manera como se califica y gradúa su obligación o la de otro acreedor, se procede por parte del operador de la insolvencia a procurar la conciliación de la misma. Si ello no es posible, tendrá que remitirse la objeción al Juez Municipal para que la resuelva siguiendo el procedimiento establecido en el Código General del Proceso.

Es posible que, en la relación de acreencias y la calificación y graduación de créditos, haya ocurrido que los deudores presentan acreencias ficticias en procura de aumentar su pasivo y crear mayorías artificiales para de esta manera obtener una votación que les sea favorable para aprobar la fórmula de acuerdo propuesta a los acreedores. Todo esto basado en la bondad de la Ley que fundamenta el trámite en el principio de la buena fe. A nuestro modo de ver este principio no es absoluto y debe ser matizado con la consideración de la buena fe objetiva. No basta la simple afirmación del deudor sobre la existencia de una determinada deuda, sino que, de requerirse su demostración por parte de un acreedor o del mismo conciliador, debe demostrarse su existencia bajo el principio



de la buena fe objetiva, lo cual implica presentar pruebas de su existencia, bien sea documentales, contables o de cualquiera otra índole que acrediten su veracidad. A este respecto la doctrina ha señalado: “La buena Fe objetiva tiene valor normativo, no solo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Juez para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando. Precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias” (López Santamaria, 1998). Así, en este aspecto debe haber una mayor atención al momento de la admisión del trámite tanto por los centros de conciliación como del conciliador ya que la misma Ley le establece la responsabilidad en el artículo 537, 4 CGP: “Verificar los supuestos de insolvencia y el suministro de toda la información que aporte el deudor”. (2012)

Una vez acordada la relación de los créditos se pasa a la segunda fase de la audiencia, cual es la de llegar a acuerdos. El conciliador dará la palabra al deudor, para que éste exponga la propuesta que presentó con la solicitud. Ésta servirá de base a la negociación, y sobre ella los acreedores podrán solicitar explicaciones, expresar opiniones y presentar contrapropuestas.

Acto seguido en esta etapa se estudia la propuesta del deudor. En la práctica se dan toda clase de propuestas, muchas de ellas en perjuicio de los acreedores, como la rebaja de parte del capital hasta la solicitud de plazos para el pago. Una de las razones para este tipo de propuestas es el interés del deudor de conservar su patrimonio y su nivel de vida y solamente ofrecer a sus acreedores el remanente de sus ingresos para pagar el total de sus acreencias. Ello tiene su razón de ser en la redacción de las normas de la insolvencia en donde se señala que el deudor debe manifestar a los acreedores el monto de los gastos para su sostenimiento. Allí radica una de las debilidades de este ordenamiento, puesto que no se trata de una negociación donde el sacrificio esté solamente a cargo de los acreedores sino que es precisamente el deudor quien a través de un replanteamiento de las causas que lo llevaron a la insolvencia, es quien debe dar muestra de su voluntad de replantear el uso de sus ingresos con miras a honrar sus obligaciones aún a costa de sacrificios que conlleven cambiar sus hábitos financieros y de disminución en su nivel de vida y el de su familia.

Se debe tener en cuenta que, la Ley establece un plazo máximo de cinco años, prorrogable cuando hay una obligación pactada a un plazo mayor o cuando un porcentaje al menos del 60% de las acreencias lo acepte. Se observa cada vez con mayor frecuencia que se acude al trámite sin una fórmula viable para los acreedores y solamente con el interés de irse a la liquidación patrimonial a sabiendas que en la misma las obligaciones se tornan en naturales, es decir, que no son exigibles en el evento que no existan bienes a liquidar. Este es un aspecto negativo de la Ley puesto que su finalidad principal es la renegociación de las deudas del deudor con sus acreedores con base en una propuesta que les satisfaga. Si no hay propuesta viable, ¿Qué sentido tiene sentarse a negociar? cabe igualmente preguntarse, ¿Por qué no ir directamente a la liquidación y de esta manera ahorrarse el trámite de la negociación, el pago de tarifas y la gestión del conciliador?

Hecha la propuesta a los acreedores, se procede a su consideración y a la votación, la cual debe ser aprobada al tenor del artículo 553 del CGP, “por dos o más acreedores que representen más del 50% del monto total del capital de la deuda y deberá contar con la aceptación expresa del deudor” Aquí cabe preguntarse: ¿Qué sucede si no se logra obtener el 50% del capital adeudado, dado que los acreedores no asisten a la audiencia de negociación de deudas, ni justifican su inasistencia? ¿Se debe realizar la audiencia tomando esa asistencia como el 100% para realizar el acuerdo? Al respecto el Ministerio de Justicia ha conceptualizado lo siguiente:

“En caso de inasistencia por parte de los acreedores, esta Cartera considera que el conciliador deberá, en razón de esta especial circunstancia constatar que las personas citadas hayan recibido efectivamente la comunicación para la celebración de audiencia y en caso de haber sido así, consultar a los que asistieron si proceden a citar a nueva audiencia antes de cumplirse el término de 60 días, con el fin de procurar el espacio de negociación entre el deudor y los acreedores. Para la aprobación del acuerdo de pago se debe contar con más del 50% del monto total del capital, no del valor de las deudas de los asistentes.” Citado en (Nieto, s.f.)

El porcentaje establecido por la Ley es inmodificable por el conciliador o los acreedores. No importa que haya acreedores que por su ausencia hayan impedido que se celebre el acuerdo. Ello no faculta a la mayoría presente para imponerlo. Es un criterio garantista para que la reprogramación de las deudas tenga un respaldo suficiente y de esta manera se preserve el derecho constitucional a la protección del crédito.

El contenido del acuerdo debe comprender lo que señala el artículo 554 CGP:

El acuerdo de pago contendrá, como mínimo:

- “1. La forma en que serán atendidas las obligaciones objeto del mismo, en el orden de prelación legal de créditos.
2. Los plazos en días, meses o años en que se pagarán las obligaciones objeto de la negociación.
3. El régimen de intereses al que se sujetarán las distintas obligaciones, y en caso de que así se convenga, la condonación de los mismos.
4. En caso de que se pacten daciones en pago, la determinación de los bienes que se entregarán y de las obligaciones que se extinguirán como consecuencia de ello.
5. La relación de los acreedores que acepten quitas o daciones en pago.
6. En caso de daciones en pago, sustitución o disminución de garantías se requerirá el consentimiento expreso del respectivo acreedor, al igual que en aquellos casos en que se rebaje el capital de la obligación.
7. El término máximo para su cumplimiento.” (Código General del Proceso, 2012)

En resumen, de lo expuesto se indica que el acuerdo al que se alcance debe plasmar con las siguientes exigencias generales:

a) Procedencia

Debe celebrarse en audiencia y dentro del término máximo para la celebración del acuerdo previsto en el artículo 544 del Código General del Proceso.

En caso de que, vencido dicho plazo, no se haya llegado a un acuerdo, el conciliador declarará fracasada la negociación y deberá remitir las diligencias al juez civil municipal, para que éste dé apertura al procedimiento de liquidación patrimonial (arts. 559 y 563.1 CGP).

b) Votación mayoritaria

Debe contar con el voto favorable del deudor y de dos o más acreedores que representen, por lo menos, el 50% del capital total de las deudas contabilizadas en la relación definitiva de acreencias (art. 553.2 CGP). Para efectos de la mayoría decisoria se tomarán en cuenta únicamente los valores por capital, sin contemplar intereses, multas o sanciones de orden legal o convencional, con corte al día inmediatamente anterior a la aceptación de la solicitud. Cuando se trate de deudas contraídas moneda extranjera o

cualquier otra unidad de cuenta, se liquidarán en su equivalencia en pesos con corte a esa misma fecha. El legislador aplica en este caso el principio democrático de las mayorías.

c) Las condiciones de pago de los créditos se erigen sobre la base del patrimonio del deudor

Es claro que el patrimonio del deudor debe ser la base para atender las obligaciones que se negocian en el acuerdo, pues no tendría sentido establecer sobre bases futuras e inciertas. En esta medida, se pueden prever diversos actos de disposición de los bienes que lo integran, para atenderlas de la mejor manera.

Entre otras, pueden pactarse daciones en pago (arts. 540 y 554.4 y 6 CGP), la enajenación de bienes embargados (art.553. 6 *eiusdem*), enajenación de bienes sujetos a registro, sin necesidad de escritura pública (art. 553.5 *eiusdem*)<sup>39</sup>, o enajenación de bienes gravados con patrimonio de familia inembargable o afectación a vivienda familiar, en las condiciones que la ley lo permite (Decreto 2677 de 2012, artículos 38 y 39.).

d) Universalidad de los acreedores

El acuerdo debe ser universal, y por tanto debe comprender a la totalidad de los acreedores del deudor, incluso los ausentes y disidentes (art. 553.3 CGP). Con la sola excepción de los créditos alimentarios (art. 546 *eiusdem*)), para los cuales existe una regulación específica, todos los demás créditos del deudor anteriores a la aceptación de la solicitud, deben pagarse en los estrictos términos del acuerdo de pago. Con relación a los créditos estatales, estos estarán sujetos a las reglas señaladas en el acuerdo para los demás créditos y no se aplicarán respecto de los mismos las disposiciones especiales existentes. Sin embargo, tratándose de créditos fiscales, el acuerdo no podrá contener reglas que impliquen condonación o rebajas por impuestos, tasas o contribuciones, salvo en los casos que lo permitan las disposiciones fiscales.

e) Aplicación del principio de igualdad

---

<sup>39</sup> Esta disposición recoge lo dispuesto en otras reglas para el régimen de insolvencia empresarial como ocurre en la ley 1116 de 2006, artículo 68.

El principio de igualdad supone que todos los créditos sean satisfechos en las mismas condiciones de las demás obligaciones que pertenezcan a la misma clase y grado.

En esta medida, sólo es posible establecer condiciones distintas para ciertos acreedores si éstos han prestado su consentimiento expreso en unas condiciones de inferioridad (se aplica el principio de autonomía de la voluntad) respecto del resto de los acreedores de su misma clase, y si la distinción obedece a un criterio constitucionalmente razonable.

La CORTE CONSTITUCIONAL colombiana acerca de la igualdad en los procesos concursales la CORTE CONSTITUCIONAL se pronunció sobre un alegato según el cual la Superintendencia de Sociedades habría incurrido en una vía de hecho al rechazar el crédito que la accionante presentaba frente a una empresa en liquidación. En dicha oportunidad, la Corporación recordó la importancia de los principios de universalidad e igualdad entre acreedores, señaló que el principio de igualdad entre acreedores (*par conditio omnium creditorum*) es el nervio del debido proceso en un trámite concursal”, lo cual constituye también una faceta del derecho principio general de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Carta Política. (Sentencia T-079, 2010)

Al respecto, esta Corte explicó:

“Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como *par conditio omnium creditorum*. De acuerdo con el primer principio, todos los bienes del deudor conforman una masa patrimonial que se constituye en prenda general de garantía de los acreedores; correlativamente, los acreedores establecen una comunidad de pérdidas, lo que significa que sus créditos serán cancelados a prorrata, o en proporción a las posibilidades económicas, una vez realizada la venta de los bienes del deudor. El principio de igualdad entre acreedores, por su parte, establece que todos los interesados deben hacerse parte dentro del proceso concursal, respetando de forma rigurosa los procedimientos, recursos y cargas previstas por el legislador para la participación en el concurso. Es evidente que todos los procedimientos legales deben ser respetados, en virtud del carácter general y abstracto de la ley; sin embargo, en el caso de los concursos de acreedores, esta exigencia hace parte de la naturaleza del proceso, pues si se toma en cuenta la limitación patrimonial que se enfrenta al iniciarse una liquidación obligatoria, la posibilidad de que algunos acreedores persigan sus intereses por vías privilegiadas, o la flexibilidad en cuanto al cumplimiento de los términos procesales, implicaría una afectación del conjunto de acreedores, particularmente de los más vulnerables, que suelen ser trabajadores y pensionados.

Es muy clara y definitiva la sentencia sobre la igualdad que debe privar en los procesos concursales entre los acreedores, manteniendo siempre el principio de legalidad.” (Sentencia T-079, 2010)

#### f) Término máximo de ejecución

El acuerdo de pago no puede prolongarse en su ejecución de manera indefinida, ni puede ser tan amplio que resulte irrazonable, o que ponga en entredicho los derechos de los acreedores. El Código General del Proceso, para evitar esa posibilidad, ha concretado, como regla general, que los acuerdos de pago no pueden prever un término de ejecución superior a 5 años (art. 553.10), salvo que en el acuerdo estén comprendidas obligaciones que originalmente habían sido pactadas a un término mayor, por lo que se respetaran las condiciones contractuales.

#### **5.13.1. Efectos del acuerdo de pago**

Se infiere de las diversas normas que regulan este procedimiento de insolvencia que el acuerdo que se alcance tendrá los mismos efectos que la ley atribuye al acuerdo conciliatorio. En este sentido tiene fuerza vinculante, obliga a las partes al cumplimiento de las obligaciones conciliadas, hace tránsito de cosa juzgada, no se puede volver a tratar el tema de controversia, y presta mérito ejecutivo, en caso de incumplimiento de una de las partes la otra puede dirigirse al sistema judicial solicitando el cumplimiento (se desarrollará más adelante).

El acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, es decir que los acuerdos adelantados antes los respectivos conciliadores, aseguran que lo consignado en ellos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. De otra parte, el acta de conciliación presta mérito ejecutivo, esto es, que cuando el acta de conciliación contenga una obligación clara, expresa y exigible, será de obligatorio cumplimiento para la parte que se imponga dicha obligación.

Respecto a los procesos que se encuentren en curso ordena el artículo 555 CGP que se suspenderán hasta tanto se verifique el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> (Corte Suprema de Justicia, 2017) “Así las cosas, desacierta el recurrente cuando afirma que una vez el Juzgado 64 Civil Municipal de Bogotá profirió el proveído de 9 de agosto de 2016 el trámite de insolvencia finalizaba, pues esa circunstancia dista mucho de lo que establece el artículo 552 del CGP, que dispone que las objeciones presentadas en desarrollo de la audiencia de negociación serán remitidas al juez correspondiente, quien las resolverá de plano y ordenará la devolución de las diligencias al conciliador, quien una vez las reciba, debe señalar fecha y hora para la continuación de la audiencia, que se comunicará

### 5.13.2. Impugnación del acuerdo de pago

Uno de los aspectos que comprende el debido proceso es al derecho a recurrir, de impugnar las resoluciones. Para que un derecho sea respetado no basta que se encuentre contenido en una Constitución, legislación o declaración de derechos, sino que es necesario un marco legal de protección a esos derechos y libertades que incluya los instrumentos para hacerlos efectivos. Así, la correcta instrumentación del derecho a un recurso efectivo resulta de gran trascendencia en cuanto constriñe al Estado a desarrollar todas aquellas condiciones para asegurar una adecuada defensa de los ciudadanos, cuyos derechos pueden ser afectados por una decisión del poder público.

En la jurisprudencia constante del Sistema Interamericano se ha sostenido la relación existente entre el derecho a un recurso efectivo con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2, ambos de la Convención de garantizar el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos y de adoptar disposiciones en el orden interno para hacerlos efectivos.

El derecho a un recurso efectivo se encuentra contenido en diversos instrumentos internacionales, tanto del sistema universal como de los sistemas regionales. Los más importantes en el sistema interamericano de Derechos Humanos son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) - artículo XVIII y, en forma relacionada, los artículos V y XXVI que establecen el derecho a la protección de la ley y

---

a los acreedores en la misma forma prevista para la aceptación de la solicitud y en la que se realizarán los cambios correspondientes en la relación de acreencias, de acuerdo con la decisión del juez y de esa manera procedió la Notaría Segunda del Círculo Notarial de esta ciudad, según da cuenta el expediente, quien en audiencia de 7 de octubre de 2016 (...) procedió a elaborar y aprobar el acuerdo de pago, de manera que era deber del censor haberse hecho presente allí, a fin de defender su acreencia, de acuerdo con las consideraciones efectuadas por el juzgador que declaró fundadas sus objeciones en el primer intento de negociación, mas no pretender la continuación del presente cobro compulsivo, si se considera, además, que una vez fue citado a la referida audiencia de negociación, no compareció (...)

“Ahora bien, la determinación fustigada se encuentra ajustada a derecho, porque, al tenor del artículo 555 del CGP, una vez celebrado el acuerdo de pago, los procesos de ejecución promovidos por los acreedores deben continuar suspendidos hasta tanto se verifique el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo (...).” “Por otro lado, el censor debe parar mientes en que la ejecutada no solicitó por segunda vez el inicio del trámite de insolvencia, pues lo cierto es que el hecho que el juez municipal haya declarado fundadas las objeciones formuladas contra la relación de acreencias, no es una circunstancia que ponga fin al mismo, el cual continúa, como recién se ilustró, mediante la convocatoria a una nueva audiencia, en la cual se realizarán las correcciones pertinentes (...).”

las garantías judiciales<sup>41</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) cuyo artículo 25 establece el derecho a la protección judicial en el que se encuentra contenido el derecho a un recurso efectivo<sup>42</sup>.

En la Constitución Política de Colombia, se reconoce ese derecho a recurrir en los artículos 29 y 31. El Código General del Proceso desarrolla en sus normas, estableciendo los recursos, pero desde el inicio hay la norma rectora que es el Artículo 9, que dice: “Los procesos tendrán dos instancias a menos que la ley establezca una sola”. (Código General del Proceso, 2012)

En el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante regulado en el Código General del Proceso, en el artículo 557 se prevé la posibilidad de impugnar el acuerdo de negociación de deudas, señalando las causas en las cuales debe fundamentarse el impugnante.

#### **5.13.2.1. Causales de impugnación**

Consagra el artículo 557 cuatro causales, a través de las cuales es procedente a impugnación. Estos son:

- “1. Contenga cláusulas que violen el orden legal de prelación de créditos, sea porque alteren el orden establecido en la Constitución y en la Ley o dispongan órdenes distintos de los allí establecidos, a menos que hubiere mediado renuncia expresa del acreedor afectado con la respectiva cláusula.
2. Contenga cláusulas que establezcan privilegios a uno o algunos de los créditos que pertenezcan a una misma clase u orden, o de alguna otra manera vulneren la igualdad entre los acreedores, a menos que hubiere mediado renuncia expresa del acreedor afectado con la respectiva cláusula.
3. No comprenda a todos los acreedores anteriores a la aceptación de la solicitud.

---

<sup>41</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

<sup>42</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.



4. Contenga cualquier otra cláusula que viole la Constitución o la Ley.” (Código General del Proceso, 2012)

La establecida en el numeral 1° está relacionado con el principio de legalidad, el sistema normativo establece como debe hacérsela clasificación de los créditos con base a la prelación que regula el Código Civil.

Por ejemplo, aquellos casos en que se invierten los órdenes de prelación, disponiendo el pago de créditos de un grado inferior antes que los de grado superior. Esta causal tiene que ver, también, con la seguridad y estabilidad jurídica en cuanto a que las personas en sus relaciones se atienen al ordenamiento jurídico, de manera que una violación de ese sistema crearía inseguridad jurídica. Salvo que el afectado haya realizado renuncia expresa a su derecho de prelación, tomándose en cuenta aquí el principio de autonomía de la voluntad. Obviamente su renuncia no debe afectar a derecho de terceros que concurran al procedimiento.

El numeral 2° lo dice claramente que su relación es con el principio de igualdad que debe regir entre los acreedores, salvo que el afectado con base su autonomía de voluntad renuncie al derecho de prelación. Por ejemplo, son los casos en que se dispone un trato distinto a acreedores que pertenecen a una misma clase, y que deberían ser pagados al mismo tiempo. Ello ocurre, por ejemplo, en algunos casos en los que se distinguen dentro de las obligaciones quirografarias, aquellas que se contrajeron con entidades financieras, para establecer condiciones distintas para su pago. O puede ser, también, cuando créditos que deberían ser pagados en un mismo momento son satisfechos en oportunidades distintas.

Con relación a la causa establecida en el numeral 3°, está relacionada con el principio de universalidad de los acreedores en los procedimientos concursales, debe recordarse que en la solicitud el deudor solicitante debe relacionar todas sus deudas y sus acreedores, cualquier omisión u error debe corregirlo en la audiencia, pues de lo contrario el acreedor o acreedores *olvidados*, no relacionados puede pedir la nulidad del acuerdo.

La última causa garantiza la supremacía e integridad constitucional, así como el principio de legalidad. Por ejemplo, no puede pactarse sobre derechos no disponibles,

aquellos que establezcan condiciones que quebranten el debido proceso. El conciliador debe estar atento y orientar a las partes para que no produzcan este tipo de violaciones.

#### **5.10.2.2. Legitimación para impugnar**

El artículo 557 del CGP establece claramente quienes están legitimados para impugnar. Dice “Los acreedores disidentes deberán impugnar el acuerdo en la misma audiencia en que éste se haya votado”. Ello quiere decir que, para poder utilizar este recurso, es absolutamente necesario que el acreedor haya asistido a la audiencia y que, al momento de votar, lo haya hecho en contra de la propuesta aprobada. Examinadas las normas que regulan el régimen se observa que su referencia es exclusiva a los acreedores convocados y disidentes. Nótese que el párrafo segundo del artículo 557, niega que los acreedores ausentes puedan impugnar el acuerdo, en efecto dispone “Párrafo segundo. Los acreedores ausentes no podrán impugnar el acuerdo”.

PÁJARO MORENO manifiesta que:

“Carecen de legitimación en la causa por activa los acreedores que votaron a favor del acuerdo como aquellos que no estuvieron representados en la audiencia en la que éste fue votado”. Obviamente, quienes hayan votado a favor del acuerdo no podrán impugnar, ese es un principio general del régimen de nulidades “quien a haya dado base al a error o convalidado no podrá solicitar la nulidad” (Pájaro Moreno, 2013)

Entonces, ¿para qué el legislador establece la causal en el numeral 3º del artículo 557? La cual dice “No comprenda a todos los acreedores anteriores a la aceptación de la solicitud”. Puede interpretarse que estos acreedores no convocados o no relacionados, mantienen intacto su derecho y pueden proceder por vía judicial a reclamar sus acreencias, por lo que puede inferirse que no podrá oponerse a estos el acuerdo. Se considera que, esta primera interpretación no es adecuada, pues podría traer consecuencias perjudiciales a los otros acreedores.

De acuerdo al encabezado del artículo 557, los acreedores no relacionados pueden impugnar el acuerdo, pues la norma los reconoce y esa *no relación de esos acreedores* la coloca como causa de impugnación. Así, que la vía correcta es la petición de nulidad del procedimiento, basado en esa causal en correspondencia con el artículo 133 del Código General del Proceso en su numeral 8º que estipula:

“8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”. (2012)

El hecho que no hayan sido convocados todos los acreedores por omisión del deudor que solicitó el procedimiento de insolvencia, de ninguna manera que su derecho perezca. Es más, su no convocatoria al procedimiento constituye violación al derecho fundamental debido proceso en su aspecto de derecho a ser oído.

### **5.13.2.3. Órgano competente**

El artículo 557 *in comento* que debe ser presentada la impugnación ante el conciliador “Los acreedores disidentes deberán impugnar el acuerdo en la misma audiencia en que éste se haya votado”. Recibido los recaudos probatorios y alegatos el conciliador deberá remitir al juez municipal competente “Los escritos presentados serán remitidos de manera inmediata por el conciliador al juez, quien resolverá de plano sobre la impugnación”.

Así pues, que el órgano competente para resolver sobre la impugnación es el juez municipal competente, salvo que se haya declarada desierta la impugnación por no haber realizado las actividades que dispone la norma.

### **5.13.2.4. Forma y trámite de la impugnación**

La disidencia debe manifestarse en la misma audiencia en donde se alcanzó el acuerdo. El acreedor o acreedores disidentes deberán presentar su inconformidad de forma escrita, sustentándola en causal legal (art.557). El término o lapso para presentar su escrito es dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia, debe sustentar su inconformidad y aportar las pruebas que piensa hacer valer para demostrar los hechos que alega en su inconformidad. Si se vence el lapso y no hace esa presentación el conciliador deberá declarar desierta la impugnación.

Si no ha sido declarada desierta la impugnación correrá igual lapso para el deudor y los acreedores no disidentes, dándosele traslado a ellos sobre los alegatos y prueba del impugnante, para que se pronuncien por escrito sobre la sustentación y aporten las pruebas documentales a que hubiere lugar.

### **5.13.2.5. Decisión sobre la impugnación**

El juez municipal es un juez de resolución, en el sentido, que recibe los recaudos del conciliador, los examina y hace la valoración correspondiente del material, conforme a la sana crítica, y aplicando los principios de congruencia y exhaustividad.

Estatuye el artículo 557 del CGP (párrafo primero) que el juez para resolver la impugnación planteada debe atender el principio de la conservación del acuerdo. Este es un principio que es común a las nulidades procesales denominándose principio de la conservación del acto.

En esta tarea deberá interpretar el acuerdo para darle un sentido orientativo y salvar la esencia del acuerdo, en efecto, dice el artículo 557 citado “Si el juez no encuentra probada la nulidad, o si ésta puede ser saneada por vía de interpretación, así lo declarará en la providencia que resuelva la impugnación y devolverá las diligencias al conciliador para que se inicie la ejecución del acuerdo de pago”. (2012)

Si encuentra probada la nulidad, debe declararla y proferir sin fallo motivando, es decir, explicando las razones porque ha considerado probada la nulidad. En este caso el juez procederá a devolver “al conciliador para que en un término de diez (10) días se corrija el acuerdo. Si dentro de dicho plazo el acuerdo se corrige con el cumplimiento de los requisitos para su celebración, el conciliador deberá remitirlo inmediatamente al juez para su confirmación. En caso de que el juez lo encuentre ajustado, procederá a ordenar su ejecución”. (2012) Puede verse que siempre tratará de salvarse el acuerdo.

El conciliador citará a las partes a audiencia (art. 556 CGP) y comunicará la resolución del juez y abrirá el debate para que se hagan las correcciones. Si el acuerdo no fuere corregido dentro del plazo mencionado el conciliador deberá informar tal circunstancia al juez para que decrete la apertura del proceso de liquidación patrimonial y remitirá las diligencias. En caso que el juez encuentre que pese a las correcciones subsisten los errores o falencias que él había detectado en su decisión originaria, procederá a dictar al decreto de liquidación patrimonial. (Código General del Proceso, 2012)

#### **5.14. Fracaso del proceso de negociación de deuda**

El fracaso del acuerdo es simplemente que no concordaron los intereses de las partes en el conflicto. Un acuerdo de pago es la consecuencia que se alcanza con la puesta en trámite del procedimiento de negociación de deudas por insolvencia de persona natural no comerciante. Ahora bien, para obtener el acuerdo de pago se requiere de la votación mayoritaria de los acreedores y si ello no es posible, ya sea por falta de quórum o porque no se pudo obtener dicha votación positiva después de las negociaciones, y pasados los términos consagrados en la Ley, se entenderá fracasada la negociación

En el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante el Código General del Proceso establece, prácticamente dos causas: 1) vencimiento del plazo de negociación, 2) que no haya acuerdo por decisión de las partes. Examinando las normas regulatorias del procedimiento, artículos 544, 550, 551, 552, 553 y 557 del CGP se puede afirmar como conclusión, que el fracaso del acuerdo de pago se obtiene por las siguientes causales:

- “1. Obtener una votación negativa del acuerdo que supere el 50% de los votos de los acreedores.
2. Que no hubiese podido obtener votación, por falta de quorum para votar, es decir no asisten más del 50% de los votos.
3. Que el trámite de negociación de deudas supere el límite de tiempo permitido por la Ley para su desarrollo, es decir, más de 90 días.
4. Cuando el acuerdo sea impugnado y su nulidad confirmada.” (Código General del Proceso, 2012)

El conciliador debe declarar el fracaso del acuerdo de pago, es imprescindible que él haga esa declaración, así lo dispone el artículo 559 CGP. Declarado el fracaso, el conciliador deberá remitirlas actuaciones al Juez Municipal competente, quien deberá decretar la apertura del proceso de liquidación patrimonial.

#### **5.15. Acciones revocatorias y de simulación**

Es por eso que, se hace necesario hacer una referencia doctrinal sobre este tema de las acciones revocatorias y de simulación. El legislador ha previsto una serie de mecanismos tendientes a la protección de terceros, que pueden verse afectados por maniobras del deudor, dentro de estos mecanismos, se encuentran diversas acciones como la acción pauliana, la acción de simulación y las acciones revocatorias concursales.

En la redacción del artículo 572 CGP habla de la acción revocatoria o simulación sin separarlas. A veces tiende a asimilarse la acción revocatoria con la acción de simulación, no pueden hacerse equivalentes, no puede olvidarse que se trata de dos figuras que persiguen fines distintos, pues la acción de simulación tiene como finalidad sacar a la luz el contrato oculto (no hay identidad entre la voluntad formal manifestada y la voluntad real), y la revocatoria tiene como finalidad dejar sin efecto un acto realizado por el deudor en detrimento de los acreedores.

En la doctrina procesal se ha definido la acción revocatoria, en forma general, “como la tendiente a quitarle eficacia a un acto realizado por el deudor en virtud del cual merma su patrimonio y deja a su acreedor sin el respaldo necesario para hacer efectivo su crédito”. (Camacho, 1998)

La acción pauliana se encuentra prevista en el artículo 2491 del Código Civil y tiene como finalidad la protección de los acreedores para los casos en que de mala fe el deudor ha efectuado negocios jurídicos en detrimento de sus acreedores. En la acción pauliana no se presume el fraude del deudor, lo que hace que deba probarse su mala fe para que esta prospere, a diferencia de lo que ocurre respecto de las acciones revocatorias concursales, basta el perjuicio o la afectación del orden de prelación de los pagos, y que los negocios jurídicos se den dentro del periodo de sospecha para que se produzca la revocación de los mismos, sin que deba examinarse la intención de fraude del acreedor. “En consecuencia, mientras en la acción pauliana ordinaria se requiere de la existencia de elementos axiológicos como el fraude o el *consilium fraudis* en la concursal basta con la ocurrencia del perjuicio o daño” (Talero, 2007), pues lo que aquí interesa es proteger el principio de universalidad de la masa y a los acreedores.

La finalidad de la acción revocatoria es hacer efectivo los principios de la ley de insolvencia, de universalidad e igualdad, en cuanto que lo que se pretende es que la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores queden vinculados al proceso, por lo demás debe observarse que la ley de insolvencia contiene normas imperativas y de orden público, lo que haría imposible desistir de las acciones revocatorias, pues con la acción revocatoria no se mira el interés del accionante sino de la universalidad de acreedores.

Podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los actos o negocios realizados por el deudor cuando se acredite los presupuestos siguientes: a) Hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y, b) Cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos.

En cuanto al objeto de la demanda según lo establece el artículo 572 CGP pueden ser:

“1. Los contratos a título oneroso, la constitución de hipotecas, prendas, y en general todo acto a título oneroso que implique transferencia, disposición, limitación o desmembración del dominio sobre bienes que representen más del diez por ciento (10%) del total de sus activos, y que hayan sido celebrados dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la aceptación de la iniciación del respectivo procedimiento.

La revocatoria procederá si se acredita además que a través del acto demandado se causó un daño a los acreedores y que el tercero que adquirió los bienes conocía o debía conocer el mal estado de los negocios del deudor.

2. Todo acto a título gratuito celebrado en perjuicio de los acreedores dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores a la aceptación de la solicitud de negociación de deudas.

3. Los actos entre cónyuges o compañeros permanentes y las separaciones de bienes celebradas de común acuerdo dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores a la aceptación de la solicitud de negociación de deudas, siempre que con ellos se haya causado un perjuicio a los acreedores.” (Código General del Proceso, 2012)

De acuerdo a la norma transcrita puede verse que el demandante debe acreditar varios hechos que fundamenten su pretensión. Ya se ha señalado que, debe acreditar el daño sufrido por los actos del deudor, bien sea perjuicio directo material, bien en el orden de prelación, y demostrar que los bienes relacionados son insuficientes para solventar las deudas relacionadas.

Tradicionalmente en legislador en el régimen de revocatorias concursales desconfía de los actos celebrados dentro de un período inmediatamente anterior a la apertura del concurso, a los que, por su cercanía con la crisis, los considera como su causa. Las operaciones que se celebraron en este *período de sospecha* son revocables sin que importe la buena o la mala fe del deudor al celebrarlos. Dicho período se establece en 18 meses, para los actos a título oneroso (numeral 1° art. 572), y 24 meses para los actos a título gratuito (numeral 2° *eiusdem*) y las operaciones entre cónyuges o compañeros permanentes (numeral 3° *eiusdem*). Esto supone acreditar con fecha cierta estas operaciones.

Con relación a los actos a título oneroso debe probarse la mala fe del adquirente. En principio, lo cual es común en este tipo de acciones, se dejan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe. No obstante, para el artículo 572 numeral 1 del Código General del Proceso señala que carece de buena fe el tercero que conocía o debía conocer el mal estado de los negocios del deudor, con lo que se asume una noción netamente objetiva del principio general de buena fe.

Los acreedores también pueden solicitar que se desconozca la situación generada con un contrato, cuando demuestren que a través de él las partes buscaban encubrir una situación distinta, que alteraba la composición del patrimonio del deudor, agravando la insuficiencia patrimonial. DECASTRO Y BRAVO dice que “La simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea este contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)” (De Castro & Bravo , 1997, pág. 334)

En otras situaciones, la finalidad es ocultar las verdaderas condiciones en las que se celebró el negocio, por ejemplo, ocultar una donación a través de una compraventa, o cuando se expresa un precio distinto del que realmente se pagó (fraude tributario): en estos casos se habla de simulación relativa. Así pues, cuando la voluntad expresada difiere de la que verdaderamente emiten las partes o los interesados, todo con la intención de burlar la ley o de engañar a terceros (*animus decipiendi*) se está en presencia de un negocio jurídico simulado, independientemente de que con tal simulación se quiera o no causar daño, pues el *animus nocendi* no es presupuesto esencial de la simulación, como sí lo es del fraude pauliano.

Uno de los problemas fundamentales que presenta la simulación contractual es el de su prueba judicial. En los casos de simulación, por lo general, se trata de atacar un negocio respaldado por instrumento público, el cual tiene presunción de autenticidad, lo que dificulta la actividad probatoria. Normalmente, si no se tiene contradocumento debe acudir al medio testimonial, acompañado de hechos circunstanciales (hechos indicantes) a través de diversos medios probatorios que apuntan a algo, es la prueba indirecta, es decir la que se hace por medio de indicios. A través de esta técnica probatoria



se aspira generar en el juzgador la presunción de veracidad del hecho simulatorio, partiendo de la demostración de otros hechos, que, sin estar referidos directamente a demostrar la disconformidad de voluntades, la hagan suficientemente verosímil.

MUÑOZ SABATÉ (1968) ha tratado este problema de la simulación y la prueba por indicios, has señalado un conjunto de hechos que pueden tomarse como indicadores, entre ellos: precio vil, *causa simulandi*, *affectio societatis*, subfortuna (el adquirente carece de fortuna), *retentio possessionis* (preservación del dominio sobre la cosa), precio diferido, tempus. Obviamente, encontrar hechos indicadores depende del caso concreto.

Respecto a la legitimación para intentar las acciones revocatorias o de simulación, cualquier acreedor puede impetrarlas, anterior al inicio del procedimiento de negociación de deudas, convalidación del acuerdo privado o liquidación patrimonial, según fuere el caso. Esta legitimación alcanza a cualquiera de esos procedimientos. Expresa la norma 572 que la providencia que declare la revocatoria sólo beneficiará a los acreedores que fueren reconocidos dentro del procedimiento respectivo. También concede beneficio a quien o quienes hayan promovido exitosamente recuperación de bienes. En cuanto a la oportunidad, el artículo 572 CGP establece que sólo podrá interponerse durante el trámite de dichos procedimientos, so pena de caducidad.

Respecto al trámite la solicitud de revocatoria concursal prevista en el artículo *in comento* 572, seguirá el trámite del proceso verbal sumario, y de ella conocerá el mismo juez que conoce de las objeciones, la impugnación del acuerdo, el incumplimiento o la liquidación patrimonial, sin que sea necesario nuevo reparto.

#### **5.16. Cumplimiento del acuerdo**

El artículo 558 regula lo relativo al cumplimiento del deudor sobre el acuerdo alcanzado en el procedimiento. El deudor debe acudir y solicitar ante conciliador la verificación de su cumplimiento, para lo cual discriminará la forma en que las obligaciones fueron satisfechas, acompañando los documentos que den cuenta de ello. El conciliador dará traslado a los acreedores a fin de que dentro de los cinco (5) días siguientes se pronuncien con relación a tal hecho. Si el acreedor guarda silencio, se

entenderá que consintió en lo afirmado por el deudor. Si el acreedor discute lo afirmado por el deudor, se seguirá el trámite previsto para el incumplimiento del acuerdo.

Una vez que el conciliador haya verificado el cumplimiento, el conciliador deberá expedir la certificación correspondiente, y comunicará a los jueces que conocen de los procesos ejecutivos contra el deudor o contra los terceros, codeudores o garantes, a fin de que los den por terminados.

En caso que el deudor vuelva incurrir en insolvencia, no podrá solicitar un nuevo trámite de negociación de deudas, sino después de transcurridos cinco (5) años desde la fecha de cumplimiento total del acuerdo anterior, con base en la certificación expedida por el conciliador.

### **5.17. Incumplimiento del acuerdo**

Conforme al artículo 560 CGP, ante hechos de incumplimiento de alguna de las obligaciones acordadas, cualquier acreedor o el mismo deudor puede denunciar dicha circunstancia ante el conciliador. Deben darse cuenta precisa de los hechos constitutivos de incumplimiento. Éste citará a las partes, para que intenten negociar una reforma al acuerdo que permita superar el impasse. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de dicha solicitud el conciliador citará a audiencia a fin de revisar y estudiar por una sola vez la reforma del acuerdo de pago, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 556.

El procedimiento en esta audiencia será se presentaren diferencias en torno a la ocurrencia de los eventos de incumplimiento del acuerdo, y éstas no fueren conciliadas, el conciliador dispondrá la suspensión de la audiencia, para que quien haya alegado el incumplimiento lo formule por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes, junto con la sustentación del mismo y las pruebas que pretenda hacer valer. Vencido este término, correrá uno igual para que el deudor o los restantes acreedores se pronuncien por escrito sobre el incumplimiento alegado y aporten las pruebas a que hubiere lugar. Si en el término previsto no se ha presentado el escrito de sustentación, se entenderá desistida la inconformidad y se continuará la audiencia de negociación de deudas.

Los escritos presentados serán remitidos de manera inmediata por el conciliador al juez, quien resolverá de plano sobre el asunto, mediante auto que no admite ningún recurso. En caso de no hallar probado el incumplimiento, el juez ordenará que se devuelvan las diligencias al conciliador, quien comunicará de ello a las partes para que se continúe con la ejecución del acuerdo.

Si no hay consenso sobre el incumplimiento del acuerdo, el juez civil municipal debe decidir sobre dicha circunstancia, y si éste considera que el acuerdo ha sido incumplido, devolverá las diligencias al conciliador para que las partes busquen la reforma.

En caso de que no se logre la modificación al acuerdo, se devolverá la actuación al juez, para que éste dé inicio a la liquidación patrimonial del deudor.

### **5.18. El procedimiento de validación del acuerdo privado**

Este es otro de los procedimientos en el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante previsto en el CGP y que se tramita ante los Centros de Conciliación o Notarías

La convalidación de acuerdos privados, se ha definido como un procedimiento de recuperación que busca dotar de mecanismos de contradicción y oponibilidad a un convenio que el deudor ha celebrado previamente con un número de sus acreedores que representan la mayoría de sus créditos<sup>43</sup>.

#### **5.18.1. Requisitos para el trámite de convalidación de acuerdos privados**

Según dispone el artículo 562 del Código General del Proceso deben exigirse unas condiciones para acudir a este procedimiento especial. Estas son:

1. Que la persona natural se encuentre en situación de desempleo, liquidación de sociedad conyugal o similar.
2. Que esta situación afecte el cumplimiento de las obligaciones dentro de los 120 días siguientes.

---

<sup>43</sup> PÁJARO MORENO, Nicolás. “Algunas preguntas sobre los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante”. ob. cit. p.410

3. Que se haya realizado un acuerdo con sus acreedores que representen el 60% del pasivo a capital a cargo.

Acorde al numeral 1° se trata realmente de encontrarse en una situación de carácter personal que le impida cumplir sus obligaciones.

Exige en el numeral 2° que las consecuencias de su situación personal sea el de afectar en los 120 días siguientes el cumplimiento de sus deudas. Es un lapso prácticamente inmediato y previsible.

El numeral 3° establece una condición con relación al *quantum* del pasivo, exigiendo que el acuerdo debe representar no menos del 60% de ese pasivo a su cargo.

#### **5.18.2. Reglas especiales**

1. La solicitud se tramitará en los mismos términos que el procedimiento de negociación de deudas y deberá llenar los mismos requisitos previstos en el artículo 539. Deberá presentar el acuerdo privado, esto sustituye la propuesta de acuerdo.

2. El acuerdo privado que se presente para convalidación debe constar por escrito, debe cumplir los requisitos exigidos en los artículos 553 y 554 CGP, dicho acuerdo debe ser reconocido ante autoridad judicial o notarial por quienes lo suscriben.

3. La aceptación de la solicitud de convalidación no producirá los efectos previstos en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 545, ni los dispuestos en el artículo 547. Estos efectos sólo se producirán a partir de la providencia que lo convalide.

4. Los acreedores que conjuntamente con el deudor celebraron el acuerdo privado no podrán presentar objeciones ni impugnar el contenido del acuerdo, pero podrán pronunciarse y aportar pruebas para contradecir los reparos que presenten los demás acreedores que no hayan sido parte del acuerdo. En este sentido se garantiza el derecho de contradicción.

5. El acuerdo convalidado, será oponible y obligará a todos los acreedores del deudor, incluyendo a quienes no concurrieron a su celebración o votaron en contra.

Si dentro de la audiencia no se formularon reparos de legalidad al acuerdo o a los créditos que fueron tomados en cuenta para su celebración, el acuerdo quedará en firme

y así lo hará constar el Conciliador en la audiencia. En caso de que existan reparos de legalidad al acuerdo u objeciones a los créditos, se dará aplicación a las reglas respectivas del procedimiento de negociación de deudas.

6. La decisión del juez de no convalidar el acuerdo, impedirá que el deudor presente una nueva solicitud de convalidación durante el término previsto en el artículo 544. No obstante, podrá solicitar la apertura de un procedimiento de negociación de deudas si se encuentra en cesación de pagos. Hay dos aspectos que vale comentar, el primero, la no aceptación del juez de convalidar el acuerdo cierra posibilidad de pedir nueva convalidación, debe seguirse al respecto lo dispuesto en el artículo 544, el segundo, es que no excluyente del procedimiento de negociación de deudas, pues es procedimiento que deberá convocar a todos los acreedores, relaciona todo el pasivo y los activos, formulando una propuesta de acuerdo de pago.

7. En lo demás se sujetará al procedimiento de negociación de deudas.

En estas reglas especiales se la especialidad del procedimiento y sus diferencias elementales con el proceso de negociación de deudas.

El procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, regulado en el Código General del Proceso (Ley 1564/12) y sus decretos reglamentarios 962 del 2009, 2677 del 2012 y 1829 del 2013, está previsto para las personas naturales que no desarrollen actividades mercantiles de manera habitual.

Es un procedimiento especial que se aparta del modelo concursal unitario tradicional, para dar oportunidad a la persona natural no comerciante que se haya sobreendeudado y no tenga capacidad de pago para cumplir sus obligaciones, para que mediante una negociación logre un acuerdo para solventar sus deudas y así mantenerse en la vida civil.

Este procedimiento contiene tres opciones: negociación de la deuda, validación de acuerdos privados entre deudor y acreedores y la liquidación patrimonial. Los dos primeros, se tramitan ante Centros de Conciliación o Notarías, designándose un conciliador y, el tercero, ante órgano jurisdiccional: Juez municipal

## **Capítulo. VI: procedimiento de liquidación patrimonial**

### **6.1. Nociones generales sobre la liquidación patrimonial**

En virtud de la importancia que tiene este procedimiento, es necesario, previamente, definir la Liquidación Patrimonial del Persona Natural no Comerciante. Se hace la advertencia que el Código General del Proceso en este tipo de procedimiento hace mención al término *Liquidación* como concepto general sin diferenciarlo, de tal manera que resulta conveniente hacer la comparación con los procedimientos liquidatorios que existen en el ordenamiento jurídico colombiano.

En todo caso, se tiene en cuenta que la tendencia actual es de tratar de preservar la empresa como unidad productora de bienes y servicios, como unidad económica, e incluso a la persona natural en esa función.

Así pues, los nuevos planteamientos concursales en los ordenamientos jurídicos continentales europeos y anglosajones, la finalidad va orientada progresivamente a procurar conservar la empresa, en beneficio de los acreedores –y del propio deudor, sobre todo en aquellos ordenamientos donde el favor *debitoris* de buena fe, sigue siendo un criterio principal-, de su colectivo laboral, así como a proteger los diversos intereses sociales que están en juego. Por ello, el acuerdo, convenio o concordato es la solución más adecuada del concurso, al que las diferentes legislaciones asisten con diversas medidas, siempre con el objetivo de la continuidad.

Se tiene además, la posibilidad de la continuidad de empresa que no tiene por qué encarnar siempre la continuación de los empresarios o dirigentes de la empresa, ya que incluso en los acuerdos deudor-acreedores, puede abarcar la enajenación de la empresa, aunque desaparezca, se disuelva y se liquide la persona jurídica del deudor, toda vez que en algunos ordenamientos concursales, como el caso español, se incluya también en la transmisión, el pago a los acreedores por el adquirente, quien asume el riesgo del pasivo con terceros, en función de los acuerdos concertados empresarial, cuando se considere que las empresas son total o parcialmente viables, en beneficio, como se indica en la

Exposición de Motivos de la ley concursal española no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. (Ley 22, 2003)<sup>44</sup>.

En los procesos liquidatorios es necesario examinar dos conceptos adicionales y complementarios, como lo son, la disolución, y la extinción.

Entonces, se toman los conceptos del Código de Comercio colombiano en sus artículos 218 y siguientes, que contienen las reglas para la disolución, liquidación y extinción de una sociedad, lo que para ciertas personas jurídicas es por analogía. Siendo esto lo que nos permite una mayor claridad, que se procederán a explicar, así:

**“Disolución:** En términos mercantiles, la disolución es un acto específico de consecuencias jurídicas mediante el cual una sociedad mercantil suspende todos y cada una de las actividades en desarrollo de su objeto social, y mantiene su capacidad jurídica única y exclusivamente para actos que conlleven su liquidación.

En otros términos, la liquidación es un *acto* que antecede y da apertura al procedimiento de liquidación.” (Insolvencia.co, 2019)

Téngase en cuenta, el artículo 222 del Código de Comercio, que expresa lo siguiente:

“Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.” (1971)

La procedencia de la disolución procede por el cumplimiento de alguna de las causales establecidas por el Código de Comercio.

Ahora, por otro lado, los siguientes conceptos, se definen así:

**“Liquidación:** La liquidación al contrario del concepto de disolución no es un acto sino un procedimiento, que puede ser adelantado de manera voluntaria y privada, tal y como se dispone en el Código de Comercio, o por el contrario de manera Judicial como se establece en la Ley 1116 de 2006. En este procedimiento lo que se pretende es que los activos sociales sean utilizados para el pago de los acreedores externos e internos de la sociedad, ya sea mediante la enajenación de los mismos haciendo uso de subastas, venta directa o por adjudicación de los mismos, siempre siguiendo los órdenes de prelación legal para el pago.

**Extinción:** Por regla general La consecuencia directa de la liquidación en cuestiones de sociedades mercantiles, es la extinción de la persona jurídica desapareciendo esta de la vida

---

<sup>44</sup> Además, esta ley agregó lo siguiente: “La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución”. (Ley 22, 2003)

jurídica para todos los efectos legales, una vez haya finalizado la liquidación correspondiente.” (Insolvencia.co, 2019)

Una vez hecha la claridad de las etapas de la liquidación, se observa que para una persona natural no se puede aplicar en su totalidad, esto porque no se puede liquidar que una persona jurídica, razón por la que con esta última es posible la creación de una persona ficticia, con capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, de acuerdo al artículo 633 del Código Civil Colombiano<sup>45</sup>, pero siendo esta una persona ficticia, el hecho de su creación o su extinción reporta menores problemas que para una persona natural o material. (Insolvencia.co, 2019)

Por otro lado, que la persona natural es sujeto titular de derechos fundamentales, de realizar actividades económicas, sociales, de desarrollo de su propia existencia y vida, y puede negarse a realizar las actividades de este tipo comunes o cesar en su realización, solo debiendo cumplir las obligaciones que haya contraído sin que por esto pueda ser acabado como persona o castigado, siendo esto una diferencia entre las personas naturales y jurídicos. (Insolvencia.co, 2019)

No es posible restringir la actividad que desarrolla una persona natural y que se enfoque en los actos propios de su liquidación, ya que ello vulneraría casi todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y mucho menos extinguir la personalidad jurídica que no solo es un derecho fundamental, sino un atributo propio de la personalidad que solo se produce con la muerte material de la persona del deudor, de acuerdo al artículo 94 del Código Civil.<sup>46</sup> (Insolvencia.co, 2019)

Así, se ha afirmado que:

“Por las anteriores razones el legislador optó por el término *Liquidación Patrimonial* que lleva consigo un trámite y efectos con ciertas similitudes en la forma con la liquidación de sociedades y personas jurídicas en Colombia, pero que en definitiva va orientado a la liquidación del patrimonio de una persona natural y no de la extinción de su personalidad jurídica.” (Insolvencia.co, 2019)

---

<sup>45</sup> Tal artículo manifiesta que Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. (...). (Código Civil, 1873) Se advierte que las sociedades industriales y mercantiles se rige por el Código de Comercio.

<sup>46</sup> Dicho artículo, reza lo siguiente:” La persona termina en la muerte natural”. (1873)



Es necesario, también definir el concepto de *patrimonio personal* en el ámbito de una persona natural no comerciante, pues se indica que el concepto de patrimonio hasta hoy día, tiene aplicaciones específicas, pero en un sentido general se define así:

“el patrimonio como el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, y cuya relaciones jurídicas están constituidas por deberes y derechos bajo este entendido, desde el aspecto contable estos deberes y derechos podemos definirlos como “activos” y “pasivos”.” (Morales Ferrer & Daza Coronado, 2016)

Estudiosos en el tema han agregado tres perspectivas a estudiar de este concepto, las cuales son:

“Desde el punto de vista de su composición: Normalmente, está compuesto por un conjunto derechos y de obligaciones de manera unitaria, es decir todo dentro de un bloque de derechos y obligaciones unidos entre si sea que estén afectos a un fin determinado o no.

Desde el punto de vista económico y pecuniario: Desde el punto de vista económico son las relaciones jurídicas de carácter pecuniario, es decir valorables en dinero, son las que conforman el patrimonio

Desde el punto de vista del titular: Por regla general siempre deberá el patrimonio ser atribuido a un titular, que será quien detente el mismo. Salvo casos en los cuales se configuren patrimonios autónomos, para que exista derechos y obligaciones debe existir un titular de ellas, algo o alguien que las detente, sea persona natural o jurídica.” (Insolvencia.co, 2019)

Se puede afirmar entonces, que el patrimonio nace con la persona y debe extinguirse con esta, cualidad es el soporte sobre el cual, recae el procedimiento de liquidación patrimonial de persona natural no comerciante, pues no es posible realizar la liquidación de manera absoluta del conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen estimación pecuniaria ya que ello implicaría como se manifestó previamente, una violación a casi todos los derechos fundamentales de una persona.

Lo anterior es razón por la cual el legislador ideó la forma en que el patrimonio de la persona natural no comerciante se liquidara de manera parcial, es decir, se tomaría solamente el componente de activos y pasivos de la persona que conformara el patrimonio hasta el momento de la apertura del procedimiento para conformar a su vez la masa liquidatoria y se dejarían por fuera de la misma los bienes inembargables, así como los activos y pasivos que se adquirieran con posterioridad al inicio de dicha apertura del procedimiento.

Previo a la liquidación patrimonial, el legislador previó los procedimientos que se examinaron en capítulos anteriores: negociación de deudas y convalidación de acuerdos, en este punto, la doctrina colombiana ha manifestado que:

“En caso de no ser posible una salida negociada de la crisis, el procedimiento de liquidación patrimonial dispone la adjudicación de los bienes del deudor a sus acreedores, hasta donde lo permita su patrimonio. Esta salida corresponde a un verdadero “borrón y cuenta nueva”, que permitirá que el deudor pueda dejar la crisis en el pasado y tener un nuevo inicio para reincorporarse al escenario social de relaciones económicas.” (Pájaro Moreno, 2013)

Para interpretar el proceso de **liquidación patrimonial de la persona natural no comerciante**, es necesario entender primero el concepto de liquidación patrimonial, que consiste en:

“Un procedimiento judicial por medio del cual se extingue parcialmente el patrimonio de una persona natural no comerciante por parte de un auxiliar de la justicia a quien se nombra como liquidador, adjudicando a sus acreedores los activos del deudor en mora que existan a la fecha de apertura del trámite, con el fin de saldar los pasivos que aquél les adeuda.” (Código General del Proceso, 2012)

Con lo anterior, se afirma que este procedimiento se basa en usar los activos para el pago de los acreedores, puede ser mediante la enajenación de los activos, subastas, venta directa o por adjudicación de los mismos, siguiendo los órdenes de prelación legal para el pago. (Chaodeudas.co, 2019)

Asimismo, se ha dicho que:

“Es necesario entender que para acceder a una liquidación patrimonial no es necesario que los activos (propiedades: inmuebles o muebles, o liquidez en cuentas bancarias) sean iguales o superiores al pasivo (las deudas), de hecho, **en Colombia se han dado casos en donde los deudores morosos entran a una liquidación aún sin tener nada a su nombre y salen libres de deudas.** Un ejemplo concreto es el caso de un deudor con una deuda de 200 millones de unidades monetarias que posee un único bien a su nombre, un automóvil por el valor de 60 millones. En este caso, el deudor entraría a un proceso de liquidación entregando su vehículo y saldría del proceso libre de deudas a pesar de no haber pagado los 140 millones restantes.

En conclusión, conforme al procedimiento establecido en el Código General del Proceso, la liquidación patrimonial es el procedimiento judicial mediante el cual el patrimonio de una persona natural no comerciante se extingue parcialmente, mediante la adjudicación por intermedio de un auxiliar de la justicia denominado liquidador, de los activos del deudor existentes a la fecha de la apertura del procedimiento, adjudicación que se hace por un juez

civil municipal y a favor de sus acreedores, para atender los pasivos existentes a la fecha de la apertura del procedimiento liquidatorio.” (Chaodeudas.co, 2019)

En este orden de ideas, la liquidación patrimonial supone una ruptura patrimonial, es decir, el patrimonio del deudor se divide, dejándose una parte correspondiente a todos y cada uno de sus componentes existentes al momento de la apertura del procedimiento, y otra que no integrará el trámite liquidatorio, como las obligaciones y bienes adquiridos luego de la apertura del procedimiento. (Insolvencia.co, 2019)

## **6.2. Procedimiento de liquidación patrimonial**

El trámite de liquidación patrimonial forma parte de una de las tres etapas a seguir dentro del mecanismo de insolvencia, establecido en el Código General del Proceso, en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo IV. Acorde con el artículo 531, como se ha expuesto en páginas anteriores, establece:

“A través de los procedimientos previstos en el presente título, la persona natural no comerciante podrá:

1. Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias.
2. Convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores.
3. Liquidar su patrimonio.” (2012)

La liquidación patrimonial para persona natural no comerciante es un procedimiento especial, que tiene la finalidad solventar el endeudamiento de la persona particular con los activos que posea al momento de abrirse el proceso de insolvencia y pueda continuar su vida social y económica.

Se define como un procedimiento judicial por medio del cual se extingue parcialmente el patrimonio de una persona natural no comerciante, por parte de un auxiliar de la justicia a quien se nombra como liquidador, adjudicando a sus acreedores los activos del deudor en mora que existan a la fecha de apertura del trámite, con el fin de saldar los pasivos que aquél les adeuda. De allí que puede concluirse lo siguiente:

“La liquidación patrimonial es el procedimiento judicial mediante el cual el patrimonio de una persona natural no comerciante se extingue parcialmente, mediante la adjudicación por intermedio de un auxiliar de la justicia denominado liquidador, de los activos del deudor existentes a la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia.” (Insolvencia.co, 2019)

Se debe observar sobre el artículo 531 CGP transcrito, contiene una interpretación confusa, puesto que el numeral 3 estipula *Liquidar su patrimonio*, dando la impresión que el deudor puede optar por él en forma autónoma, pero conforme a la sistematización normativa de este procedimiento especial de insolvencia, puede verse que no es autónomo por sí mismo, sino que requiere que se incumpla al menos uno de los supuestos anteriores establecidos en la norma citada, teniéndose en cuenta que esto, para que el juez decreta la liquidación patrimonial. Entonces, el comerciante no puede liquidar su patrimonio, es el juez quien lo impone como una especie de sanción al deudor por incumplir el acuerdo.

Así se interpreta que constituye una competencia funcional equivocada, que dirige al insolvente a buscar soluciones dentro de la jurisdicción ordinaria, puesto que la liquidación patrimonial, esbozada en estos términos, da la impresión de ser un proceso, cuya competencia corresponde al juez municipal en única instancia, a prevención del deudor y sin reparto.

Dispone el artículo 563 sobre la apertura de la liquidación patrimonial.

“La liquidación patrimonial del deudor persona natural no comerciante se iniciará en los siguientes eventos:

1. Por fracaso de la negociación del acuerdo de pago.
2. Como consecuencia de la nulidad del acuerdo de pago o de su reforma, declarada en el trámite de impugnación previsto en este Título.
3. Por incumplimiento del acuerdo de pago que no pudo ser subsanado en los términos del artículo 560.

PARÁGRAFO. Cuando la liquidación patrimonial se dé como consecuencia de la nulidad o el incumplimiento del acuerdo de pago, el juez decretará su apertura en el mismo auto en que declare tales situaciones. En caso de fracaso de la negociación, el conciliador remitirá las actuaciones al juez, quien decretará de plano la apertura del procedimiento liquidatorio.” (2012)

Del artículo 563 transcrito se desprende que no es discrecional del deudor someterse a una liquidación patrimonial, sino que debe mediar el fracaso de la negociación, bien por incumplimiento o porque los acreedores no se pusieron de acuerdo.

Se anota en este punto, que cualquiera de los procedimientos anunciados comporta beneficios civiles y financieros para el insolvente, como se puede percibir con la lectura de la norma; pero debiera ser discrecional en virtud del principio de economía procesal, que el sujeto pueda acudir directamente a liquidar su patrimonio, sin tener que supeditarse a las determinaciones de una asamblea de acreedores o criterios de un conciliador. De

igual forma, si habría de contravenir el acuerdo como requisito para acceder a los beneficios que otorga la liquidación patrimonial, las ventajas debieran subyacer para que se acuda directamente a esta forma de solucionar la insolvencia

En el examen de las normas relativas al proceso de insolvencia de persona natural no comerciante se denota que hay diversos supuestos los cuales pueden dar pie a la apertura de la liquidación patrimonial una vez vencido del plazo de negociación.

### **6.2.1. Requisitos para la liquidación patrimonial**

Conforme lo dispone el citado artículo 563 la liquidación patrimonial se da acuerdo a los eventos que ella precisa. Se interpreta que solo es posible la liquidación patrimonial por la ocurrencia de esos eventos. Esto es, a la liquidación patrimonial siempre se llega como consecuencia de la frustración de uno de los procedimientos de recuperación.

Así las cosas, la liquidación patrimonial procede en cualquiera de los siguientes eventos:

- a) Que haya fracasado el trámite de Negociación de Deudas por no llegar a un arreglo.
- b) Que hayan prosperado las acciones en contra del acuerdo.
- c) Que se haya incumplido el acuerdo.

El primero, el fracaso de negociación de deudas, se da cuando: por vencimiento del término máximo para la celebración del acuerdo (Código General del Proceso, 2012) estos es, si al transcurrir los sesenta días que se cuentan a partir de la aceptación de la solicitud del procedimiento y fracasa la negociación, no llegan a un acuerdo, o por incumplimiento de una obligaciones posterior a la aceptación de la solicitud, como lo son los gastos administración , según el artículo 549 del C.G.P., que reza, el incumplimiento en el pago de los gastos de administración es causal de fracaso del procedimiento de negociación de deudas. (2012)

Con relación al segundo, significa que ha triunfado la impugnación del acuerdo de pago y el juez ha declarado la nulidad del acuerdo de pago, en ese caso, que el acuerdo no haya podido ser salvado por vía de interpretación del juez, o de una reforma del acuerdo.

En cuanto al tercero, el deudor ha incumplido el acuerdo de pago. Debe para estar propiamente en incumplimiento definitivo que éste no haya podido superarse mediante una reforma al acuerdo incumplido, que modifique las condiciones de ejecución, tal como se prevé en el inciso final del artículo 560 del C.G.P.,

“Si al cabo de la audiencia de reforma no se modifica el acuerdo, o si pactada la modificación el deudor incumple nuevamente, el conciliador remitirá el proceso al juez civil de conocimiento para que decrete la apertura del proceso de liquidación patrimonial”. (Código General del Proceso, 2012)

Estas exigencias que están contempladas en el artículo 563 *in comento*, trasluce la intención del legislador de conciliar los intereses del deudor y de los acreedores, pues para que haya procedencia de la liquidación patrimonial, previamente debe haberse agotada la vía de la negociación de la deuda, bien por no haber acuerdo o por incumplimiento del acuerdo.

En las formas tradicionales concursales el deudor podía instar directamente la petición la liquidación patrimonial debido a su estado de insolvencia, en este procedimiento previsto en el Código General del Proceso, solo se llega a la liquidación patrimonial si ha fracasado la negociación de la deuda.

Se aprecia que es una concepción que corresponde con el Estado social de derecho que persigue una organización social responsable y solidaria, en la cual se concilien los intereses y se fortalezca la cohesión social. Esto es una visión distinta al Estado liberal capitalista, que privilegiaba el interés económico sobre lo social.

### **6.2.2. Competencia**

En el Código General del Proceso el artículo 17 numeral 9 dispone:

“Artículo 17. Competencia de los jueces civiles municipales en única instancia. 9. De las controversias que se susciten en los procedimientos de insolvencia de personas naturales no comerciantes y de su liquidación patrimonial, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales otorgadas a las autoridades administrativas.” (2012)

En correspondencia con el artículo 534 *eiusdem*, la liquidación patrimonial de la persona natural no comerciante es competencia del juez civil municipal, en única instancia.

Con relación a la competencia territorial, corresponde al juez del domicilio del deudor o del lugar donde se haya llevado a cabo la negociación de deudas o la convalidación del acuerdo privado, si ésta o aquélla se llevaron a cabo en un municipio distinto.

Así, se considera adecuado que la competencia en la situación de la liquidación patrimonial de persona natural no comerciante sea el juez municipal del domicilio del deudor en donde se haya llevado a cabo la primera fase del procedimiento especial de insolvencia, pues en razón de la finalidad del procedimiento. Por un lado, el juez del municipio del domicilio del deudor es quien está más cercano a la realidad del deudor y puede comprender la situación del endeudamiento, y por otro lado se ajusta a la idea de economía procesal, pues esa cercanía ayuda a disminuir los costos a las partes y a la agilidad procesal.

Se tiene en cuenta que anteriormente el procedimiento era de carácter mercantil cuando la persona era comerciante o de carácter civil, en los casos de concurso de acreedores por insolvencia de la persona natural, en cuyo caso se tomaba aspectos de cuantía y de materia, lo que normalmente, conducía a juzgados de primera instancia, en muchos casos alejados de la realidad social del deudor. En este apartado del Código General del Proceso, privilegia la realidad social por encima de lo económico.

### **6.2.3. Apertura de la liquidación**

Acorde al párrafo único del artículo 563 el juez municipal deberá decretar la apertura de la liquidación patrimonialmente en las siguientes situaciones:

- “a) Cuando la liquidación patrimonial se dé como consecuencia de la nulidad o el incumplimiento del acuerdo de pago, el juez decretará su apertura en el mismo auto en que declare tales situaciones,
- b) En caso de fracaso de la negociación, el conciliador remitirá las actuaciones al juez, quien decretará de plano la apertura del procedimiento liquidatorio.” (Código General del Proceso, 2012)

Es evidente que, si entre el deudor y los acreedores no han llegado a un acuerdo, lo procedente es acudir a liquidar el patrimonio, en aplicación de la norma que establece que el patrimonio del deudor es garantía de los acreedores.

Luego de decretarse el fracaso de la negociación debe producirse la consecuencia prevista en la norma que dispone que el Juez Municipal, que de plano debe dictar la

apertura del proceso de liquidación patrimonial, no hay debate sobre la apertura, esta procede de inmediato, una vez que reciba el juez los recaudos correspondientes. Lo que resulta curioso, es que la norma indicada no fija lapso para que el juez resuelva el decreto de liquidación.

En este sentido, se interpreta que aplicándose lo que dicta el Código General del Proceso sobre los lapsos para decidir sobre las causas sometidas a su juzgamiento, y les obliga a los jueces impulso procesal, según el artículo 8, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya, en correspondencia con el artículo 42.8 de dictar las providencias dentro de los términos legales, fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal y asistir a ellas y artículo 120, que prevé que los términos para dictar las providencias judiciales por fuera de audiencia. En las actuaciones que se surtan por fuera de audiencia los jueces y los magistrados deberán dictar los autos en el término de diez (10) días y las sentencias en el de cuarenta (40), contados desde que el expediente pase al despacho para tal fin. (2012)

Para entenderse entonces, que en una situación será “cuando la liquidación patrimonial se dé como consecuencia de la nulidad o el incumplimiento del acuerdo de pago” (2012), deberá dictarse en la misma audiencia convocada para tratar la nulidad o la denuncia de incumplimiento de pago, y en otra, cuando el fracaso de la negociación y remisión del conciliador al juez, (2012) y el próximo funcionario judicial que dentro de los diez (10) de recibida las actuaciones, debe producir el auto de apertura de la liquidación.

Por parte de la orden de apertura debe contener diversos aspectos, en especial, la designación del liquidador, además, todo lo relativo a los activos del deudor, incluyendo las notificaciones a los deudores del deudor, y la acumulación de los procesos que cursaban contra el deudor.

Así las cosas, la apertura de la liquidación patrimonial genera como consecuencias lo siguiente:

a) Conforme el artículo 565.3 CGP La incorporación de todas las obligaciones a cargo del deudor que hayan nacido con anterioridad a la providencia de apertura (2012). Esto



significa que solo aquellas que se hayan sido contraídas hasta ese momento. Se discute, su referencia real es sobre las que hayan existido en el momento de la solicitud de acogerse al régimen de insolvencia. Se interpreta que, deben ser todos los acreedores, pues por el principio de universalidad la masa patrimonial es prenda para todos los acreedores. A los efectos, de esta convocatoria debe notificarse a sus titulares y publicarse un aviso en un periódico de amplia circulación nacional, como así lo dispone el numeral 2 del artículo 564 *eiusdem*;

b) Estatuye el artículo 565 numeral 7°

“La remisión de todos los procesos ejecutivos que estén siguiéndose contra el deudor, incluso los que se lleven por concepto de alimentos. Las medidas cautelares que se hubieren decretado en éstos sobre los bienes del deudor serán puestas a disposición del juez que conoce de la liquidación patrimonial”. (Código General del Proceso, 2012)

Para lo cual el juez de la liquidación debe oficiarles sobre la apertura de la liquidación (art.564.4 *eiusdem*). Al iniciarse el procedimiento de insolvencia, quedan paralizados los juicios que estaban en trámite, si bien la norma señala los que son juicios ejecutivos, debe entenderse todos aquellos cuya pretensión es la satisfacción de una obligación dineraria, cuestión que se afirma con la inclusión de los juicios por alimentos.

c) El artículo 565 numeral y dispone la interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones a cargo del deudor que estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación (2012).

Puede verse que la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones que surjan de los créditos a cargo del deudor perfeccionadas y exigibles, se produce una interrupción de estos términos de prescripción y caducidad, artículo 565.5, la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo del deudor, la norma estipula que no conlleva la exigibilidad a los codeudores solidarios, artículo 565.6, y la terminación de los contratos de trabajo en los que el deudor tenga la condición de patrono, con el consecuente pago de las indemnizaciones a que ello haya lugar, artículo 565.8.

#### 6.2.4. Sujetos procesales

Se debe advertir que, normalmente, esto de los sujetos procesales en los procesos concursales es especialmente controvertida, puesto que ha resultado en la práctica lo relativo a la capacidad procesal del deudor persona jurídica, ya que una vez abierta la fase de liquidación, por cuanto las leyes concursales, por lo general, disponen que junto a la declaración judicial de disolución de ésta, si no estuviese acordada, “el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder a la liquidación de conformidad con lo dispuesto en la Ley” (Ley 22, 2003).

Teniéndose como referente a España, la doctrina en este país ha manifestado que:

“por ejemplo en España<sup>47</sup>, la interpretación literal de este precepto, que imponía la sustitución completa –entiéndase, sustantiva y procesal– del órgano de administración –o liquidación–, no podía sostenerse a la luz del derecho de defensa (art. 24 CE), pues impediría que la concursada pudiera sostener intereses propios y diferentes a los que habría de defender la administración concursal en interés de la masa. Así habría de suceder, por ejemplo, si estuviera pendiente la apelación frente al auto de declaración de concurso; o también, si frente a la concursada se ejercitaran acciones de reintegración o se pretendiera la calificación de concurso culpable. De ahí que postulara la superación del tenor literal del precepto y la interpretación de la expresión “cese” con un alcance limitado a la liquidación.” (Senés, s.f.)

Estos aspectos han sido revisados en varias legislaciones, entre ellas Colombia en la ley 1186/2006, que determinó una legitimación al deudor con ciertas limitaciones.

El procedimiento de persona natural no comerciante, están definidos los sujetos procesales, por un lado, los acreedores existentes en el momento del procedimiento de negociación de deudas o convalidación de acuerdo privado, que hayan o no acudió al procedimiento de negociación conforme al art. 566 C.G.P., pero que sus deudas sean anteriores al decreto de apertura art. 565.3 *eiusdem*, es parte pasivo material (ficción) la masa de activos sobre las cuales se produce una sucesión procesal por medio del liquidador, -artículo 68 C.G.P.-, se aclara que el patrimonio a liquidar no es sujeto de

---

<sup>47</sup> España LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Dice en su exposición de motivos: “El concursado quedará sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y sustituido por la administración concursal; si fuese persona natural, perderá el derecho a alimentos con cargo a la masa; si fuese persona jurídica, se declarará su disolución, de no estar ya acordada, y, en todo caso, el cese de sus administradores o liquidadores”.

derecho, aunque se le admita capacidad procesal<sup>48</sup>, además que se mantienen vigentes las relaciones jurídicas pasivas y activas para el momento de la apertura de liquidación, manteniendo el patrimonio su autonomía y cohesión, como se señaló conforme a las garantías constitucionales, que el deudor persona natural no comerciante, conserva legitimación procesal con limitaciones para actuar en el proceso de liquidación.

El deudor sujeto a la liquidación patrimonial conserva legitimación procesal, con limitaciones, para actuar dentro del proceso de liquidación, pues fue quien dio inicio al procedimiento de insolvencia, artículo 538 C.G.P. En otras acciones o actuaciones procesales relativas a su patrimonio, el deudor pierde, como regla, la legitimación procesal, que se transfiere al Liquidador. Se denota que el deudor conserva legitimación plena para actuar en procesos sin contenido patrimonial.

### **6.3. Inventarios y avalúos de bienes**

Como se ha comentado en el Código Civil se establece que la masa de bienes de la persona es prenda general de los acreedores. Cuando se decreta la liquidación patrimonial en el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, el liquidador designado debe acatar la orden del juez de actualizar el inventario de bienes del deudor bajo ese procedimiento, -artículos 564.3 y 565.3 C.G.P.). Este mandato del juez debe cumplirlo el liquidador designado, dentro de los 20 días siguientes a su posesión.

El inventario consiste en una relación detallada, ordenada y valorada de los elementos que componen el patrimonio de una empresa o persona en un momento determinado. Conforman una relación detallada, ordenada y valorada de todos los bienes, derechos y deudas de una persona o empresa. Es detallado porque se especifican las características de cada uno de los elementos que integran el patrimonio, también sirve para comprobar cuáles son los elementos que componen el patrimonio de una empresa en un momento determinado.

Debe satisfacer los siguientes principios:

---

<sup>48</sup> España, La herencia yacente, tiene capacidad procesal suficiente para ser parte de los procedimientos civiles, conforme a lo establecido en el art 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre otros: Venezuela, Honduras

- **Integridad:** hay que incluir todas las existencias con su cantidad correcta.
- **Precisión:** la naturaleza, la cantidad y el valor de los activos deben ser enumerados correctamente.
- **Claridad:** es necesario identificar claramente las existencias para que puedan asignarse posteriormente.
- **Verificabilidad:** esta característica permite que la información pueda ser revisada con posterioridad a su emisión.
- **Puntualidad:** el liquidador tiene que actualizar el inventario de los bienes durante el plazo previsto para ello.
- **Partida individual:** cada activo y cada deuda se registran individualmente en el inventario.

Los inventarios son bienes reales y concretos, es decir, bienes muebles e inmuebles, los fungibles no entran en este inventario, pues perecen o se consumen en su uso, solo se incluyen los no fungibles. Lo que se tiene en el inventario forma el caudal comercial de una persona o de una empresa.

Conforme lo disponen las normas señaladas la actualización de inventario comprende activos y pasivos, véase que el artículo 565.3 dispone que la incorporación de todas las obligaciones a cargo del deudor que hayan nacido con anterioridad a la providencia de apertura y advierte que las obligaciones de carácter alimentario a favor de los hijos menores tendrán prelación sobre todas las demás (2012), así como las acreencias de administración ocurridas en el proceso, tendrán derecho preferente a los acreencias en incorporadas en el procedimiento.

Asimismo, los bienes y derechos que deben integrar la masa de activos para la liquidación, son todos aquellos bienes y derechos de las cuales el deudor tenía titularidad para el momento de haberse decretado la apertura de la liquidación patrimonial, artículo 565.4 C.G.P., no incluyéndose los que tengan la condición de inembargable.

Sin embargo, dispone el artículo 40 en el párrafo único del Decreto 2677 de 2012, que el liquidador debe actualizar, dentro de los veinte (20) días siguientes a su posesión, el

avalúo del inmueble constituido como patrimonio de familia inembargable o afectado a vivienda familiar, en los términos del artículo 564 numeral 3 del Código General del Proceso. (Decreto 2677, 2012) Así, el resultado de dicho ejercicio será incluido en los inventarios y avalúos de que trata el artículo 567 del Código General del Proceso, como bien excluido de la masa.

Para los lineamientos de la presente investigación, resulta interesante que ese bien inembargable sea evaluado, aun cuando no vaya a formar parte de la masa a liquidar, para tener un punto de referencia sobre la capacidad económica del deudor en ese momento y prever que en futuro se endeude y acreciente el valor de ese inmueble invirtiendo lo obtenido en sus préstamos, refugiándose en esa inembargabilidad en fraude de acreedores de buena fe.

De manera que, la integración de la masa de los activos del deudor, que se conformará por los bienes y derechos de los cuales el deudor sea titular al momento de la apertura de la liquidación patrimonial.

No se contarán dentro de la masa de la liquidación los activos los bienes propios de su cónyuge o compañero permanente, ni aquellos sobre los cuales haya constituido patrimonio de familia inembargable, los que se hubieren afectado a vivienda familiar, así como aquellos que tengan la condición de inembargables.

Además, es importante señalar que acorde con el artículo 564.2 CGP debe publicarse un aviso en periódico llamando a los acreedores, de manera que éstos sean informados de la apertura de liquidación patrimonial del deudor para que en el término allí establecido se integren a las obligaciones que participarán en la liquidación, -artículo. 566-, los que no hayan participado en el proceso de negociación deberán presentarse por sí o mediante apoderado, pero deberán acreditar, al menos, prueba sumaria de la obligación.

### **6.3.1. Patrimonio inembargable**

El embargo es una declaración judicial que establece los bienes o derechos de contenido económico afectados, para saldar con ellos una obligación ya declarada, como lo es, el embargo ejecutivo. (Garanley Abogados, s.f.)

El legislador ha tenido en cuenta diversos aspectos que deben asegurarse en un Estado social de derecho para evitar agudizar la problemática social. De aquí que, se establezca que hay un patrimonio que es inembargable, en cuyo caso a privilegiado, ese valor que busca proteger sobre la actividad económica. No se puede violentar los derechos fundamentales de una persona, para cobrar una deuda, así como de unas personas en una situación especial o relación.

Así las cosas, el concepto inembargable surge del derecho y lo define como a los bienes que no pueden ser embargados o quedan excluidos de ejecución, como medio de pago de una deuda.

Para el derecho civil general, se puede embargar el patrimonio del deudor cuando llega a la ejecución, pero esto no abarca a todos los bienes, puesto que hay unos excluidos por la ley y se califican como inembargables. Por lo que el término inembargable alude a la cualidad que tiene cierto objeto o derecho que no se puede embargar.

Tradicionalmente en el Código Civil se ha establecido como inembargables, artículo 1677, los siguientes:

- 1º. Las dos terceras partes del sueldo, renta o pensión, que, por su empleo, oficio, profesión o cualquier otro motivo goce el deudor.
- 2o.) El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.
- 3o.) Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor.
- 4o.) Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección.
- 5o.) Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.
- 6o.) Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.
- 7o.) Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.
- 8o.) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.
- 9o.) Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación.”  
(Código Civil, 1873)

Ahora bien, en Colombia, tanto jurisprudencial como doctrinariamente se ha aceptado de forma unánime que los bienes relacionados en los artículos 1677 del Código Civil y 594 del Código General del Proceso no son los únicos inembargables.

Puesto que, además de los que señala el artículo 684 del Código General del Proceso, existen otros bienes inembargables por disposición de diferentes normas legales.

Así, entre varios, el patrimonio de familia inembargable, Ley 70 de 1931, el inmueble afectado a vivienda familiar, ley 258 de 1996, así que teniendo en cuenta que la protección especial a la vivienda, constituye uno de los requisitos básicos para garantizar el desarrollo integral y armónico de los niños y de sus familias, la legislación colombiana creó el patrimonio de familia inembargable con el fin principal de proteger o asegurar a futuro una vivienda familiar en favor de otra persona o en favor de hijos menores, un bien protegido bajo esta figura permite automáticamente que la vivienda quede excluida del derecho de los acreedores, es decir, que dicho bien no es objeto de afectación de medidas cautelares de embargo y secuestro, ni podrá ser sometido a remate para el pago de una deuda.; los depósitos en cuentas de ahorros hasta determinado tope reajutable cada año.

En este sentido, cuando un bien está considerado, expresamente, como inembargable por una determinada norma no debe existir mayor problema; pero, éste surge cuando sin estar incluido en forma expresa como inembargable, el embargo del mismo afecta derechos considerados como fundamentales en la Constitución Política.

En España, la ley procesal también regula los bienes que no pueden ser objeto de embargo. En la LEC reglamenta esta materia de los bienes inembargables, específicamente el artículo 605 enumera los absolutamente inembargables, por su parte, el precepto 606 del mismo texto legal enumera los bienes relativamente inembargables.

Por otra parte, son parcialmente inembargables todos los salarios y pensiones, mientras no superen el Salario Mínimo Interprofesional (SMI). Si se sobrepasa este tope, los jornales y sueldos se embargan conforme a una escala que establece el artículo 607 de la LEC. (2000)

En Colombia, como se ha reseñado, existen un conjunto de bienes inembargables, no obstante, se presentan unas excepciones, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2677 de 2012.

Se expuso anteriormente que, en la providencia de apertura de la liquidación, el juez ordenará que se publique un aviso en prensa, lo cual, constituye una garantía para los acreedores, especialmente aquellos que no participaron en el proceso de negociación. Desde la apertura hasta el vigésimo día siguiente a la publicación del citado aviso, pueden hacerse parte los acreedores que no hubieren estado relacionados, presentando, al menos, prueba que acredite su crédito.

En dicha oportunidad podrá hacerse parte, entre otras, el acreedor garantizado con hipoteca sobre inmuebles gravados con patrimonio de familia inembargable o afectación a vivienda familiar, de acuerdo al artículo 41 del Decreto 2677-, para que sean pagados como créditos excluidos de la masa, como lo regula el art. 565.4 y art. 40 del mismo decreto y le sea adjudicado el bien en la audiencia, -artículo 42 del Decreto 2677-.

En efecto, el Decreto 2677 trata del artículo 40 al 41, sobre los bienes que se excluyen de la masa, la presentación del crédito garantizado con el bien constituido como patrimonio de familia inembargable o afectado a vivienda familiar y lo relativo a la solicitud de adjudicación del bien constituido como patrimonio de familia inembargable o afectado a vivienda familiar.

Tal como lo consagra el artículo 45 del Decreto 2677 de 2012, si hay insuficiencia de activos realizables para solventar los créditos de la masa de acreedores, cualesquiera de los acreedores perjudicados podrán solicitar el levantamiento de la afectación a vivienda familiar, en los términos del artículo 4° numeral 7 de la Ley 258 de 1996 siendo la oportunidad durante el término de traslado de los inventarios y avalúos presentados por el liquidador, según el artículo 567 C.G.P.

Luego, la solicitud debe ser presentada ante el juez que conoce el procedimiento de liquidación patrimonial, en virtud de la competencia preferente establecida en los artículos 17 numeral 9 y 576 del Código General del Proceso.



Con la solicitud, el acreedor deberá acompañar prueba del perjuicio que le causa la afectación a vivienda familiar, por la insuficiencia de los activos que conforman la masa de la liquidación. El Juez resolverá sobre la procedencia del levantamiento en el auto que cite a audiencia de adjudicación.

En dicha providencia, el Juez procurará la protección del derecho constitucional a la vivienda digna del deudor. Para ello tendrá en cuenta, entre otros criterios, el valor de la vivienda afectada con dicho gravamen, y protegerá especialmente las viviendas de interés social, y aquellas cuyo valor no supere el monto previsto en el artículo 1° de la Ley 495 de 1999, que dispone en su artículo 3° que en el momento de la constitución no sea mayor de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales vigentes. (1999)

Para efectos de la investigación, llama la atención sobre el artículo anteriormente citado, porque contiene una contradicción en sí mismo y a principios constitucionales.

Haciendo un breve análisis, entonces, la familia, célula vital de la sociedad, requiere para alcanzar un desarrollo óptimo, un soporte económico que le permita a sus integrantes obtener metas acordes con su naturaleza humana; este sustrato material, económico debe comprender bienes en cantidad suficiente que permitan dotar de una morada y fuentes de trabajo, liberándolos de la incertidumbre y riesgos propios de la sociedad actual

El bien de familia, hogar de familia, asilo de familia, *homestead*, patrimonio de la familia, o patrimonio familiar, gravita en causar un inmueble para albergue del grupo familiar y que se haya realizado el procedimiento de constitución de patrimonio familia según el ordenamiento jurídico, ese bien se convierte en inembargable e inalienable.

GUIDO TEDESHI expresa que:

“El patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los cónyuges y los hijos, ni por último constituye una persona autónoma como si fuese una fundación, constituye en cambio un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos y se distingue del resto de su patrimonio por su función, y por las normas que la ley dicta en su protección.” (Tadeshi, 1953, pág. 83)

El patrimonio familiar, así lo denomina en la constitución política de Colombia, es reglamentado en los ordenamientos jurídicos mediante diversas denominaciones: el *homestead* en Estados Unidos de Norteamérica; Argentina, Brasil y Uruguay lo legislan

con el nombre de bien de familia; en Suiza es tratada como asilo de familia; en Portugal como casal de familia; Colombia y México como patrimonio de familia; en Venezuela como hogar de familia,

Para aproximarnos con fundamento a la institución en análisis, se analizará en forma sucinta cómo se ha definido la institución bajo las denominaciones que ya se han citado, y se transcribirán las definiciones que trata AGUILAR LLANOS:

“Bien de familia, conjunto de objetos aprovechables y útiles que se emplean para satisfacer las necesidades del grupo familiar, los mismos que se hallan unidos por lazos de parentesco o convivencia.

Patrimonio familiar. Para Italia es un régimen patrimonial que puede constituirse dentro del matrimonio y en el que están interesados no sólo los cónyuges, sino los hijos si existen; estas personas tienen derecho a estar rodeadas de una esfera económica que constituye el haber con que se atiende el sostenimiento.

Hogar de familia, predio de propiedad del jefe de familia, y que es destinado para la morada de los integrantes de la familia y que goza de las características de ser inembargables e inalienable.

Asilo de familia, pueden constituirse en asilo de familia los fundos agrícolas o industriales y las casas habitación y que reúnan ciertas condiciones legales, estos bienes no pueden ser gravados en adelante, pero igualmente el propietario no puede venderlo ni darlo en arrendamiento.

Homestead, el término implica hogar y lugar y que podría significarnos como el lugar de la familia, en donde tiene asentado su hogar; se incluye no sólo la casa habitación, sino igualmente la finca y no sólo la rural sino también la de la ciudad.” (Aguilar Llanos, 2005)

Se puede percibir que la mayoría de las legislaciones conceptúan el patrimonio familiar como bien de familia que conlleva implícitamente la posesión plena, ocupación efectiva, la inembargabilidad y la restricción de la enajenación consagrada por las leyes.

Realmente la institución se ha ido edificando el instituto de patrimonio familiar en función de la protección a la familia, por tanto, se explica la figura en tanto se proteja o garantice un soporte material (bien de albergue) que permita a los miembros del núcleo familiar desarrollarse.

A mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, el derecho de propiedad y la institución familiar se compenetran en una institución de gran importancia, en la que la propiedad servirá de base a la familia para permitir su desarrollo, por cuanto las necesidades más elementales del ser humano, como son alimentación y habitación van a

ser garantizadas con la existencia del bien de familia, hoy, según nuestra legislación, patrimonio familiar (Aguilar Llanos, 2005).

La función del patrimonio familiar es conservar a la familia unida, por lo que la fija en un lugar determinado, e incluso de acuerdo a nuestra legislación, se exige que el grupo doméstico viva en forma permanente e ininterrumpida en el bien, siendo causa de extinción el abandono del patrimonio familiar, pues bien, “(...) al afincarse en un lugar determinado se contribuye a afirmar los vínculos éticos entre los componentes de la familia, facilita el cultivo de los hábitos domésticos, los mismos que nacen de la intimidad del hogar(...)”. (Juan Pablo II, 1995)

El fin último del patrimonio familiar es la de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar, tratando de liberarla de los riesgos y peligros del porvenir, en atención a los privilegios de que goza la institución como la de su inembargabilidad.

SARA MONTERO, refiere que el fundamento del patrimonio de familia radica en la protección judicial que al jefe de familia se le presta para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio esencial para la subsistencia de la familia. (Montero, 2015)

De acuerdo a la Constitución Política de Colombia en sus artículos 5, 42, 44 y 46 el constituyente eje fundamental en la construcción social, por lo que merece apoyo para su integridad y estabilidad, de manera que posibilite el desarrollo de la personalidad de sus integrantes. Por eso nos parece contradictorio que un reglamento abra el camino para desafectar un bien que constituye patrimonio familiar en razón de un perjuicio económico que sufre un individuo, así en cierto sentido es privilegiar lo económico sobre lo social.

No obstante, pareciera que el legislador en ese momento, tratara de paliar su apertura a la desafectación y establece unos criterios orientadores para la labor del juez, tales como: valor de la vivienda, proteger la vivienda de interés social y que valor de la vivienda no supere el monto, en el momento de la constitución, no sea mayor de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales vigentes.

Se trae a consideración, que estos criterios no pueden ser determinantes para disponer el despojo de la vivienda de una familia, pues, en últimas, solo está tomando en cuenta lo económico, en menoscabo de los derechos sociales, dado que no involucra otros factores

que deben ser tomados en consideración en función de los principios de protección de la familia y la dignidad humana que pregona la Constitución Política colombiana.

Ahora bien, el juez debe tomar en cuenta para su decisión de desafectación de inembargabilidad de la vivienda familiar la realidad social, pues un a medida de esa naturaleza puede conducir a profundizar la problemática social.

Actualmente, por ejemplo, que se ha vivido la pandemia que ha producido efectos perversos en el orden socioeconómico: desempleo, recesión económica, escasez de productos, cierre de innumerables empresas, especialmente pequeñas y medianas, proceder a dejar a familias sin vivienda, es agudizar la crisis y profundizar la problemática social, deteriorando la paz y la cohesión social.

Para el juez del Estado social debe ponderar en este marco sus decisiones, ajustándose a los principios constitucionales que privilegian la dignidad de la persona humana, la familia y los factores propicios para el desarrollo de su personalidad.

Por lo tanto, deben fijarse otros criterios que indiquen sin lugar a dudas que ha habido mala fe y una valoración superior de la vivienda deviene de fraude intencional del constituyente del patrimonio familiar, procediéndose a evaluar el inmueble y fijar un porcentaje de la realización para salvaguardar la vivienda familiar. Esto puede hacerlo el juez en uso del control de constitucionalidad y convencionalidad.

### **6.3.2. Incidente sobre objeciones y aprobación de inventarios y avalúos**

El proceso, cualquiera que fuese, debe respetar el principio democrático constitucional del contradictorio y la bilateralidad, de manera que todos los actos que puedan afectar derechos y garantías de las partes sean sometidos al derecho de contradecir o impugnar, en este caso sobre el inventario y avalúo que se haya elaborado.

De los inventarios actualizados, se correrá traslado a las partes del proceso durante el término de 10 días para que éstos presenten las observaciones que sean del caso, y en caso de considerarlo pertinente, alleguen un avalúo diferente, de esta forma lo estatuye el artículo 567 CGP. En esta oportunidad los acreedores que se vean perjudicados con la afectación a vivienda familiar de un inmueble del deudor, como ya se comentó *ut supra*,

podrán solicitar su levantamiento ante el juez del concurso, para que sea reintegrado a la masa y beneficie a todos los acreedores del concurso.

Las observaciones presentadas se dejarán luego a disposición de las demás partes por un término común de 5 días para que se ejerza el derecho de contradicción frente a ellas.

Efectuado ese trámite el juez debe resolver la incidencia, tanto lo relativo a las impugnaciones de inventarios y avalúos, como lo concerniente a la solicitud de los acreedores o alguno de los acreedores, sobre la desafectación del bien del deudor constituido como patrimonio familiar.

También, en el mismo auto, así lo exige el art. 568 C.G.P. debe resolver sobre:

- “1. Los créditos presentados, tanto por listado de deudas presentadas por el deudor como las acreencias presentadas por sus titulares y las objeciones que se hubieren propuesto contra ellos.
2. Los inventarios y avalúos presentados por el liquidador y las observaciones que se hubieren formulado frente a ellos.” (2012)

En este punto, se resalta que el propósito de inventario y avalúo es tratar de hacer una satisfacción, conforme a las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico. De manera que tiene que emitirse citación para que se realice la audiencia de adjudicación, dentro de los veinte días siguientes, a su vez en el mismo auto ordenará al liquidador que elabore un proyecto de adjudicación, en los diez días siguientes. El proyecto de adjudicación permanecerá en secretaría a disposición de las partes interesadas, quienes podrán consultarlo antes de la celebración de la audiencia.

#### **6.4. Acuerdos en el procedimiento de liquidación patrimonial**

Como se trata de un procedimiento especial, concebido para una finalidad social en el marco del Estado social de Derecho, hay flexibilidades que tengan como fin la satisfacción amigable del conflicto y se preserve la cohesión social.

En este sentido, el Código General del Proceso da la alternativa antes de concretarse la adjudicación el deudor y sus acreedores pueden celebrar un acuerdo resolutorio, aprobado por un número de acreedores que represente por lo menos el 50% del capital pendiente de pago, -artículo 569 C.G.P.-, acuerdo que tiene la misma filosofía que inspira

la negociación de la deuda y el acuerdo voluntario de que las partes busquen una solución consensuada, así tiene un espíritu conciliatorio.

El acuerdo que se realice en esta oportunidad debe reunir los mismos requisitos de un acuerdo de pago, y producirá en términos generales, los mismos efectos en cuanto a su alcance y oponibilidad.

Por tanto, el haberse suscrito el mismo, resulta coherente a las normas que rigen el procedimiento de insolvencia, en lo específico de los acuerdos, que deba suspenderse el curso de la liquidación patrimonial, que se terminará de ser cumplido, o se reanudará en caso de hallarse probado el incumplimiento.

## **6.5. Audiencia de adjudicación**

Surtidos los trámites de conformación del pasivo y reconstitución del activo examinados en epígrafes anteriores, el juez pronunciará una providencia en la que decidirá sobre todos los asuntos pendientes y citará a audiencia.

Llegado el día y la hora fijada en la providencia anterior, el juez dará inicio a la audiencia de adjudicación. El objeto de ella consiste en el pago a los acreedores del concurso con los bienes que se encuentran en el patrimonio del deudor.

En primer lugar, así dispone el artículo 42 del Decreto 2677 de 2010:

“En la audiencia de adjudicación, antes de escuchar las alegaciones de las partes sobre el proyecto presentado por el liquidador, el Juez verificará que el acreedor garantizado haya presentado oportunamente el comprobante de la consignación de que trata el inciso anterior teniendo en cuenta, en lo pertinente, la regla prevista en el inciso final del artículo 453 del Código General del Proceso.” (Decreto 2677, 2012)

Y si fuere el caso, el juez adjudicará el bien gravado con patrimonio de familia inembargable o afectación a vivienda familiar, como bien de la no masa, al acreedor hipotecario que en su oportunidad así lo haya solicitado y que haya presentado el comprobante de consignación de la diferencia.

A continuación, deberá oír las alegaciones que las partes tengan sobre el proyecto de adjudicación presentado por el liquidador, el juez proferirá la providencia de adjudicación. En ella se pagarán los distintos créditos, en el orden constitucional y legal

de prelación, y respetando los criterios de igualdad, por medio de la adjudicación de los bienes del deudor, empezando por el dinero, pasando por los más líquidos hasta llegar a los menos líquidos, salvo algunas pocas excepciones, los saldos insolutos al cabo de este ejercicio serán objeto de descarga, y mutarán en obligaciones naturales, (Código General del Proceso, 2012).

Así, se hace oportuno desarrollar qué significa descarga en el proceso de liquidación. En la práctica concursal los procedimientos de liquidación de hacían lentos y dispendiosos, además, con la liquidación de los bienes existentes no concluía el proceso contra la persona, pues se podía esperar a que nuevos bienes ingresaran a ese patrimonio y se podría afectar. Esto prácticamente determinaba la muerte civil del deudor y constituía un freno para su recuperación.

Para prevenir estos perversos e indeseables, los ordenamientos jurídicos de muchos países han previsto mecanismos para poner fin al procedimiento a pesar de que aun existan saldos sin pagar por parte del deudor. Se trata de soluciones para cerrar poner fin al estado de insolvencia, ayudar al deudor y a sus acreedores terminar el conflicto y que las partes puedan desenvolverse en nuevas relaciones mercantiles y crediticias en la sociedad. Estos mecanismos han sido llamados de *descarga* (*discharge*) de las obligaciones insolutas del deudor, o de vías para lograr un nuevo inicio (*fresh start*) en sus relaciones de crédito.

En Estados Unidos, ocurre que:

“Desde 1898 forma parte de la esencia del concurso personal la figura del *fresh start* o *discharge*<sup>49</sup> por virtud del cual y siempre que se reúnan determinados requisitos, particularmente la buena fe del deudor (honesto pero desafortunado, liquidado su patrimonio, quede exonerado de las deudas pendientes pudiendo “volver a empezar” y reintegrarse en la sociedad.” (Cuenca Casas, 2011)

El régimen de la segunda oportunidad o *fresh start* es un instrumento diseñado de manera específica para resolver la insolvencia de la persona física provocada por

---

<sup>49</sup> Este es el fundamento del régimen de segunda oportunidad para el deudor persona física en USA: Que el deudor honesto y desafortunado tenga estímulos a nuevos esfuerzos que no se vean obstaculizados por la presión de la deuda preexistente *\_Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934).

circunstancias sobrevenidas (paro, divorcio, enfermedad), el denominado deudor “honesto pero desafortunado”.

Son variados los modelos que se han diseñado en el derecho comparado y que se reconducen una exoneración directa (modelo anglosajón) o tras un periodo de buena conducta o que se produzca el cumplimiento de un plan de pagos.

La doctrina en Colombia, respecto de este punto, manifiesta lo siguiente:

“La adjudicación representa la salida última a la crisis. A través de ella se establece un mecanismo de pago en especie a los acreedores, que no requiere de remate, ni implica una desvalorización del patrimonio del deudor, como ocurre en los procesos ejecutivos. En lo práctico, se trata de un proceso de negociación entre acreedores y el deudor.

La descarga de las obligaciones del deudor es, sin duda, el efecto más importante e innovador de todo el procedimiento de liquidación patrimonial y, en general, de la totalidad de los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante.” (Pájaro Moreno, 2013, pág. 415)

No hay dudas que el mecanismo de descarga de las obligaciones del deudor genera ventajas para el deudor, pues, al final posibilita la rehabilitación del deudor.

Seguido de la entrada en vigencia del procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante contemplado en el Código General del Proceso, Colombia se convierte en uno de los países que incorporan este mecanismo de rehabilitación del deudor y se coloca en avanzada dentro del plano internacional.

Así, por ejemplo, en Alemania (La norma alemana [*Insolvenzordnung*] procura la tutela de las economías domésticas, obviando la causa generadora de la situación de sobreendeudamiento) (Martín Faba, 2016), en Austria (Se trata de una variante del modelo alemán, optándose inicialmente por un sistema de concurso privado (*privatkonkurs*), si bien en este caso es solo aplicable a personas físicas no comerciantes<sup>50</sup>,

---

<sup>50</sup> “El sistema austriaco, de carácter judicial, se configura como un procedimiento subsidiario del arreglo conciliador entre las partes. Si no hay negociación y resultan frustrados esos mecanismos, al deudor le cabe la postrera posibilidad de solicitar judicialmente la incoación del procedimiento de liquidación, una vez conste ya ejecutado su patrimonio. Iniciado el procedimiento, el consumidor queda obligado durante un período de siete años a procurarse una actividad económica que le permita, obviando un mínimo de subsistencia, entregar a un fiduciario judicial sus ingresos. Si el deudor es capaz de sanear la mitad de su pasivo en el plazo de tres años o el 10% en el plazo de siete podrá obtener la liberación del resto de la deuda.” (Asociación estatal de directoras y gerentes en servicios sociales, s.f.).



Bélgica<sup>51</sup>, en Dinamarca (El Derecho concursal danés, permite también a las personas sobreendeudadas (personas físicas sin actividad empresarial) acudir al denominado procedimiento de saneamiento de deudas (*Gældssanering*)<sup>52</sup>, en Italia (La LEGGE 27 gennaio 2012 , n. 3. *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, establece la posibilidad de que el particular denuncie ante el “juez de paz” su situación de insolvencia, lo que activa la participación de un órgano mediador: El Organismo *di composizione della crisi*), Países Bajos<sup>53</sup>, en Estados Unidos (En Estados Unidos existe uno de los ordenamientos jurídicos que mayor accesibilidad permite al particular sobreendeudado para alcanzar una solución a su situación de insolvencia. La filosofía subyacente en la normativa norteamericana es la concesión de una segunda oportunidad o un nuevo comienzo (*fresh start*) al deudor honesto que hubiere tenido la mala fortuna de verse sumido en una situación de endeudamiento excesivo (Alvarez Rubio, 2008), en el Reino Unido<sup>54</sup> se han previsto mecanismos de rehabilitación patrimonial, que en algunas ocasiones cuentan con mecanismos de remisión de deudas, de protección, educación y guía del deudor para reincorporarlo en el mercado.

---

<sup>51</sup> “En Bélgica existe la figura y servicios del MEDIADOR DE DEUDAS nombrado por el juez para el caso concreto (si no hay acuerdo sobre el mediador, pueden ejercer las funciones el secretario judicial o incluso un notario si así lo determina el juez). Estos servicios median entre los acreedores y el deudor con dificultades de solvencia, proponiendo un plan y controlando el comportamiento presupuestario del deudor, y también intervienen en el procedimiento de arreglo colectivo de deudas.” (Asociación estatal de directoras y gerentes en servicios sociales, s.f.)

<sup>52</sup> “Si el deudor dispone de ingresos por trabajo, el plan le impondrá la obligación de pagar parcialmente sus deudas durante un cierto tiempo, generalmente cinco años. Si el deudor es un parado o un jubilado, podrá obtener el perdón de sus deudas sin realizar pago ninguno. El plan no afecta a los acreedores asegurados con garantías. Sin embargo, sí puede el tribunal ordenar al deudor, por ejemplo, que venda un inmueble con el fin de reembolsar anticipadamente un crédito hipotecario. En el caso de que el deudor no respete el plan, los acreedores pueden solicitar el cumplimiento forzoso.” (Asociación estatal de directoras y gerentes en servicios sociales, s.f.)

<sup>53</sup> En los Países Bajos no existe una legislación específica para resolver las situaciones de sobreendeudamiento, ni siquiera se prevé la posibilidad de acudir a los jueces para que concedan un plazo de gracia al deudor con dificultades pasajeras. Sin embargo, desde los años 30 del siglo pasado, los Bancos Municipales de Crédito (banca social) están desarrollando una labor de mediación entre los particulares sobreendeudados y sus acreedores. (Asociación estatal de directoras y gerentes en servicios sociales, s.f.)

<sup>54</sup> En el Reino Unido se comenzó a tratar las quiebras de personas naturales de Inglaterra y Wales con el Insolvency Act de 1986. A la vez, Irlanda Norte y Escocia mantuvieron reglamentaciones separadas. En Escocia se denominó el proceso un secuestro (“sequestration”) y la orden la puede dictar un tribunal o un profesional de insolvencia. Parecido al sistema de los EE. UU., Inglaterra define insolvencia como la incapacidad para pagar sus deudas a tiempo cuando estén vencidas. Contrario al sistema de los EE. UU., antes del acreedor presentar una petición involuntaria, este tiene el deber de hacer una reclamación de pago.

Es necesario comentar que España cuando se produce una situación de quiebra de persona natural, permite que se protejan los bienes objeto de embargo si se determina que resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor Artículo 55 (Ley 22, 2003), los bienes de los particulares endeudados (personas físicas) se exceptúan de esta fórmula.

El resultado es que elementos tan básicos como la vivienda de una familia, evidentemente necesaria para la continuidad de la actividad productiva familiar) se somete a embargo inevitable desde la óptica concursal. La persona física endeudada está clarísimamente desprotegida en el ordenamiento jurídico.

Dicho de otra forma, imposibilidad de extinción de las personas naturales y la consideración en nuestro ordenamiento de la vivienda como un “derecho” constitucional sí, pero con débil protección, a pesar de ser un medio imprescindible para la vida y la convivencia, impide, sorprendentemente, proteger a las unidades familiares españolas sobreendeudadas del rodillo de las ejecuciones hipotecarias.

Una vez expuesto lo anterior, cabe resaltar que Colombia asumió una posición de vanguardia, lo que significa que más allá de la tendencia, la existencia de un mecanismo de descarga de las obligaciones del deudor reporta ventajas para el deudor, sus acreedores y el mercado en general, siendo las siguientes:

Como un mecanismo de realización del principio de igualdad constitucional que significa que en el ordenamiento existen mecanismos de descarga patrimonial para la liquidación de las personas jurídicas y para la liquidación del patrimonio de la persona natural fallecida, cuando los herederos aceptan con beneficio de inventario la herencia. De manera, que establecer este mecanismo de descarga en los casos de insolvencia de persona natural no comerciante, produce un mayor plano de equidad favoreciendo la igualdad material.

Para facilitar a la administración contable de las obligaciones de cobro difícil o imposible, y es así como la eliminación de las obligaciones de difícil cobro en la actualidad es sumamente difícil para los acreedores que en razón de su naturaleza o de su profesión están llamados a llevar contabilidad.

En la medida en que se preserve perpetua e innecesariamente el proceso de liquidación patrimonial, hasta la cancelación definitiva de las acreencias involucradas en él, la contabilidad de quien aparece como acreedor del proceso aparecerá siempre registradas los créditos a favor, aun los de cobro difícil o imposible. La descarga de las obligaciones del deudor permite a sus acreedores un manejo contable sobre los créditos de difícil cobro y logra realizar una revelación financiera mucho más acorde con la realidad.

Sirve de mecanismo que genera una liquidación pronta evitando un proceso indefinido, siendo evidente que mantener un proceso de liquidación implica un conjunto de costos que acarrearán tanto el deudor como los acreedores del proceso, gastos que son normales en todo proceso concursal, como son los honorarios de los abogados, honorarios de los peritos justipreciadores, vigilancia judicial, los honorarios del liquidador y los gastos de administración.

De manera que la sola posibilidad de que ingresen nuevos activos al patrimonio del deudor, y que con ellos se paguen los saldos insolutos de la liquidación, es tan sólo un beneficio eventual, que no justifica por sí solo los costos de la continuidad del proceso. (Pájaro Moreno, 2013)

Con el fin de evitar la acumulación de procesos judiciales inactivos y derroche jurisdiccional, siendo el mecanismo de descarga de las obligaciones insolutas impide que vayan acumulando inventarios de procesos ejecutivos que no cumplen ninguna finalidad real utilidad a las partes, y que ocasionan pérdida de tiempo a la administración de justicia. En efecto, existen casos en los que el patrimonio del deudor es insuficiente para pagar las obligaciones a su cargo, y que precisamente por esta razón no terminan.

En dichos procesos, además, tradicionalmente han existido incentivos económicos perversos, que impiden el desistimiento expreso por parte del acreedor<sup>55</sup>. La descarga ayuda a poner un punto final y a cerrar dicho capítulo en la historia crediticia del deudor.

---

<sup>55</sup> Acota Pájaro Moreno que: “De acuerdo con el Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que fija las tarifas modelo para el cobro de agencias en derecho: en el proceso ejecutivo hay lugar a cobrar unos valores que oscilan entre el 7% cuando el proceso se tramita en única instancia y el 20% (15% en primera y 5% en segunda) cuando es de doble instancia. Con base en el valor del salario mínimo del año 2013, ello representa, para los procesos de mínima cuantía (hasta 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, \$23'580.000,00), una condena en agencias en derecho de

Y actuando como la descarga facilita la rehabilitación del deudor insolvente y su continuidad como sujeto económicamente activo, pues es un sistema dirigido a deudores de buena fe. Un sistema apropiado para la rehabilitación del deudor, constituyéndose en la práctica en un incentivo que permite que el deudor se mantenga en la vida productiva, que no se acabe civilmente o sea discriminado de por vida, lo cual puede derivar en costos sociales directos o indirectos, los que incluyen problemas crónicos de salud, la promoción de mercado negro de crédito”.

La descarga patrimonial es un mecanismo que, en lugar de mantener al deudor rezagado a la espera de la terminación de varios procesos ejecutivos o de uno liquidatorio, lo rehabilita como un sujeto económicamente activo y lo incorpora nuevamente al mercado.

Por último, proviene a las empresas y personas comerciantes para otorgamiento sensato de créditos

Sin duda que un mercado de competitivo conduce a estimular a las empresas y comerciantes a política flexible de créditos. La situación de insolvencia en la cual se contemple la posibilidad de la descarga es un elemento que debe tomarse en cuenta por los empresarios al momento de otorgar crédito.

Así como también, la presencia de este mecanismo de *borrón y cuenta nueva* incidirá a promover que las políticas crediticias empresariales sean concebidas y ejecutadas de manera responsable, de manera que se evite, en lo posible, la proliferación de obligaciones infra garantizadas, y limitar la creación de burbujas financieras bajo el permanente riesgo de reventarse, tal como sucedió con la llamada *burbuja inmobiliaria*, el caso español es un ejemplo. El riesgo de pérdida por parte de quien concede el crédito lo obliga a hacer un estudio serio acerca de las reales posibilidades de recuperación de la

---

alrededor de \$1'650.600,00; y para los de menor cuantía (hasta 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, \$88'425.000,00), una condena en agencias en derecho de cerca de \$17'685.000,00 (\$13'263.750,00 –15%– en primera instancia y \$4'421.250,00 –5%– en segunda instancia). Si bien en el artículo 316 numeral 4 del Código General del Proceso se permite un desistimiento expreso condicionado a que no se condene en costas, expensas y agencias en derecho, dicha condición puede no ser aceptada por el juez cuando existan oposiciones. (2013)

inversión en los créditos que otorgue, así como exigir garantías fiables, lo que contribuirá al funcionamiento un sistema financiero más vigoroso.

### **6.7. Efectos de la adjudicación**

En cuanto a los efectos de la adjudicación estos están previstos en el artículo 571 del Código General del Proceso, que consisten en la mutación de obligaciones y la tradición de los bienes que hayan sido adjudicados al beneficiario.

En primer lugar, acorde con el numeral 1º del citado artículo 571, que dispone que “los saldos insolutos de las obligaciones comprendidas por la liquidación, mutarán en obligaciones naturales, y producirán los efectos previstos por el artículo 1527 del Código Civil” (Código General del Proceso, 2012). Específicamente este artículo dispone que las obligaciones naturales no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

Debe señalarse que la numeral 1º *in comento*, prevé sanción a los deudores que hayan omitido relacionar bienes, hayan ocultado o simulado créditos, o frente a los cuales hayan prosperado las acciones revocatorias o de simulación. La norma dispone que frente a estos deudores que hayan ocultado bienes o simulado, la adjudicación no producirá como efecto la descarga de los saldos que no se hayan alcanzado a pagar en la adjudicación de los bienes del deudor. Frente a ellos, las obligaciones que queden pendientes subsistirán a pesar de haber concluido la liquidación, y los procesos ejecutivos que se hubieren iniciado para reclamarlas se reanudarán.

Estipula la norma que, los acreedores que no pudieron satisfacer sus acreencias del deudor en liquidación, no podrán perseguir los bienes que el deudor adquiriera con posterioridad al inicio del procedimiento de liquidación. Justamente, porque se trata de una rehabilitación del endeudado de buena fe

En segundo lugar, los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 571 C.G.P., regulan lo relativo a la tradición de los bienes adjudicados, se puede observar ciertas especialidades:

Primero, con relación a los bienes sujetos a registro público para la transferencia del derecho de dominio de los bienes, bastará la inscripción de la providencia de adjudicación en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar ningún otro documento. El

legislador exonera al beneficiario de la adjudicación en cuanto que la providencia de adjudicación providencia será considerada sin cuantía para efectos de impuestos y derechos de registro, también, dispone la norma que el nuevo adquirente no se le pueden hacer exigibles las obligaciones que pesen sobre los bienes adjudicados o adquiridos, como impuestos prediales, valorizaciones, cuotas de administración, servicios públicos o en general aquellas derivadas de la condición de propietario. Es ventaja para los acreedores y estimula que se llegue a acuerdo de adjudicación.

En cuanto a la tradición tratándose de bienes muebles, su tradición se llevará a cabo el día siguiente a la ejecutoria de la providencia., no obstante, la norma estatuye que el liquidador procederá a la entrega material de los bienes muebles e inmuebles dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia de adjudicación, en el estado en que se encuentren.

Finalmente, en cuanto al finiquito o cierre de la liquidación corresponde al juez, y se procede una vez que venza el lapso de ejecutoria, el liquidador deberá presentar al juez una rendición de cuentas finales de su gestión, donde incluirá una relación pormenorizada de los pagos efectuados, acompañada de las pruebas pertinentes. El juez resolverá sobre las cuentas rendidas, previo traslado por tres (3) días a las partes, y declarará terminado el procedimiento de liquidación patrimonial.

## CONCLUSIONES

1. En el diario transcurrir de dicha persona, puede adquirir obligaciones de carácter dinerario que impliquen el pago de sumas de dinero a plazo por concepto de capital e intereses como contraprestación a la entrega de dinero por parte de acreedores, servicios prestados o por obligaciones de carácter tributario. Las obligaciones y su cumplimiento se encuentran generalmente condicionadas a la existencia de ingresos continuos o discontinuos tanto de la persona como de su grupo familiar, y el monto de dichos ingresos es generalmente consecuente con el nivel de las obligaciones dinerarias de una persona. Sin embargo, el flujo de entrada de dinero de un deudor, puede verse afectado por circunstancias que pueden afectar el cumplimiento de dichas obligaciones, y como ejemplo de ello, se encuentran situaciones como el desempleo y la enfermedad, las cuales hacen que dicho flujo sea inexistente o que sea utilizado para la atención de prioridades superiores al del pago de las obligaciones dinerarias previas al acaecimiento de las nuevas situaciones e incluso las obligaciones dinerarias nuevas que se presenten. Es por eso que, ante una difícil situación económica, el legislador ha previsto que una persona natural que no tenga un régimen especial, pueda acudir a un régimen de insolvencia especial para que pueda realizar en general tres tipos de procedimientos. En primer lugar, mediante un trámite ante un centro de conciliación o un notario, realizar un acuerdo de pago que le permita reestructurar sus deudas y así conforme a sus condiciones actuales y las futuras estimadas, poder atender sus pasivos y recuperar sus relaciones crediticias. En segundo lugar, si ha realizado el deudor un acuerdo privado con sus acreedores, llegar a convalidarlo y concederle la solemnidad que contiene un acuerdo en un trámite de insolvencia. Y, en tercer lugar, si el acuerdo fracasa, llegar a liquidar su pasivo, cancelando sus deudas con los bienes que posea.

2. En Colombia el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, previsto para las personas naturales que no desarrollen actividades mercantiles de manera habitual, se encuentra regulado en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), y en sus decretos reglamentarios 962 del 2009, 2677 del 2012 y 1829 del 2013. El ordenamiento jurídico colombiano les permite entonces a estas personas, el negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus

relaciones crediticias; convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores; y, liquidar su patrimonio, procedimiento que se ejecuta ante los Juzgados Civiles municipales, que tienen la competencia para conocer de estos procedimientos.

**3.** La insolvencia económica de persona natural no comerciante, debe entenderse como el reconocimiento legal e institucional que se le confiere a una persona, natural o jurídica, comerciante o no comerciante, que ha incurrido en mora de reajustar con sus acreedores un plan de pago favorable, dado que su situación financiera presente le impide cumplir a cabalidad con sus obligaciones crediticias. Por lo que, es un reconocimiento y una protección normativa que se le hace al deudor que se ha constituido en mora y ha sufrido un revés económico, de poder lograr un acuerdo sobre el plan de pago con respecto a sus acreedores, y de esta manera impedir que se adelanten procesos ejecutivos en su contra que pongan su patrimonio en mayor detrimento.

**4.** Se puede afirmar que la regulación de la insolvencia de la Persona Natural no Comerciante pretende que personas naturales no comerciantes puedan renegociar sus deudas para normalizarlas y/o convalidar acuerdos privados a los que lleguen con sus acreedores; es decir, busca que el deudor natural no comerciante que por sendas dificultades económicas dejó de pagar sus deudas, pueda sincerarse con los acreedores y formular un arreglo de pago el cual no podrá ser superior a cinco años.

**5.** Asimismo, quienes pueden acudir a este procedimiento son las personas naturales no comerciantes, cuando tengan dos o más deudas u obligaciones con diferentes entidades o personas, sean estas naturales o jurídicas, que tengan una moratoria o cesación de pagos mayor a 90 días (no procede por un incumplimiento momentáneo), o contra la cual cursen dos o más procesos ejecutivos o de cobro coactivo. En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del 50 % del pasivo total a su cargo.

**6.** De igual forma, el procedimiento a llevar a cabo debe adelantarse ante los centros de conciliación debidamente avalados por el Ministerio de Justicia y del Derecho y las notarías del lugar de domicilio del deudor; recalando que, el lugar del domicilio del deudor debería ser hoy un concepto más avanzado en la ley, toda vez que se dispone de medios tecnológicos para hacer más accesible este servicio en cualquier lugar del país.



7. Previo al lleno de varios requisitos que exige la Ley 1564 del 2012, la persona puede acogerse a esta figura y pagar sus créditos de acuerdo con su capacidad de pago, en un máximo de cinco años, con excepción de los créditos hipotecarios que pueden ser pactados a plazos más largos, de acuerdo con lo que se hubiera establecido con la entidad financiera. Además, teniendo en cuenta que este procedimiento tiene una duración de 60 días contados a partir de la aceptación de la solicitud, término que podrá ser prorrogado por 30 días más, a solicitud del deudor y de cualquiera de los acreedores incluidos en la relación definitiva de acreencias.

8. Se hace preciso destacar que, la persona puede negociar con todos los acreedores y no solo con cada uno de ellos, lo que hace que la negociación se ajuste a la realidad de sus ingresos; pues también puede negociar sus créditos hipotecarios, prendarios, créditos de libre inversión, libranzas y tarjetas de crédito, etc.; con todas las entidades públicas y privadas, incluyendo sus deudas con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; las cuotas de administración del lugar donde vive o donde tiene su oficina; las cuentas de los servicios públicos atrasados; las cuotas del vehículo o moto; las deudas con cooperativas, con colegios y universidades y con almacenes en general. Incluso, aplica para los conocidos “paga diarios”, definidos como prestamistas que proporcionan efectivo inmediato con interés de alto porcentaje, lo cual, no está legalmente establecido. Es por eso que, al ser este el comienzo del procedimiento, son suspendidos todos los procesos judiciales contra el deudor, así como el cobro de cualquier tipo de interés y de embargos. De igual manera, los acreedores quedan sometidos al acuerdo que se vote mayoritariamente, incluso los que lo hayan votado en contra; permitiéndole al deudor en esta propuesta, incluir daciones en pago con bienes propios para extinguir total o parcialmente una, varias o todas las obligaciones.

9. Es por eso que, aceptada la solicitud, no podrán iniciarse nuevos procesos ejecutivo ni de restitución en contra del deudor, ya que se suspenden los que están en curso. Además, no puede suspenderse la prestación de servicios públicos domiciliarios, y se interrumpen los términos de prescripción y caducidad de las acciones respecto a los créditos exigibles. Así, el legislador de forma expresa consagró la posibilidad de demandar la revocatoria o la simulación de algunos actos celebrados por el deudor durante

el procedimiento de negociación de deudas, convalidación del acuerdo privado o liquidación patrimonial.

**10.** Debe tenerse en cuenta que, al declararse insolvente no se extingue la obligación del pago de sus deudas. Una vez iniciado el proceso de insolvencia, la entidad competente realizará un estudio de su situación patrimonial o financiera, con el objetivo de establecer si en realidad carece de los medios económicos necesarios para cumplir con el pago de sus obligaciones o deudas; ya que, las deudas u obligaciones que lo llevaron a declararse insolvente deberán ser pagadas en su totalidad.

**11.** Este procedimiento contemplado en el Código General del Proceso, es creado para brindarle al consumidor (llámese empleado, profesional independiente, médico, arquitecto, contador, abogado, el pensionado, el agricultor o ganadero), un medio para salir de la crisis económica a la que se enfrenta, por diversas circunstancias de la vida. Crisis que afecta no solo el aspecto económico sino también su vida personal, familiar, social, hasta su salud, al verse en la incapacidad de continuar pagando sus deudas, hasta sus gastos de sostenimiento, arriesgando el patrimonio que ha construido para sí y su familia. Así, la ley ha creado un mecanismo que puede adelantarse ante los Centros de Conciliación avalados por el Ministerio de Justicia o ante una notaría que lo tenga implementado, para que el deudor convoque a todos sus acreedores para buscar llegar a un acuerdo y pagar sus deudas, ajustándose a su capacidad económica.

**12.** En lo que respecta al acuerdo de pago, que es el documento mediante el cual las partes (deudor – acreedores) acuerdan una forma de pago para dar cumplimiento a las obligaciones, no deben olvidarse aspectos como, el ser celebrado dentro de la audiencia; ser aprobado por dos o más acreedores, los cuales deben representar más del 50 % del monto total de la deuda, donde para determinar este porcentaje se tomarán únicamente los valores del capital adeudado, es decir, no se tendrán en cuenta intereses, multas o sanciones; ser aprobado expresamente por el deudor; respetar la prelación de los créditos, ya que en la ley existe un orden en que deben ser pagadas dichas obligaciones, de acuerdo a los artículos 2494 al 2511 del Código Civil; y, que en la negociación podrá proponer como medio de pago bienes propios para extinguir total o parcialmente una o varias de las obligaciones, según el artículo 540 CGP.

**13.** De forma global, se está haciendo cada vez más factible el estudio legal o permisibilidad legal, a las personas naturales no comerciantes, de llegar a un acuerdo con sus acreedores para renegociar el pago de sus deudas, como mecanismo adecuado para salir de la crisis. Sin embargo, en algunos otros ha sido utilizada para fines diferentes a lo pretendido por la Ley. Es por eso que, es fundamental la interpretación de las disposiciones legales por parte de los Jueces Civiles Municipales, cuando tienen que resolver las objeciones presentadas durante el trámite de la insolvencia, las cuales, muchas veces resultan contradictorias. No obstante, se debe reconocer que se trata de una normatividad que llena un vacío que existía entre las personas dedicadas al comercio, tanto naturales como jurídicas, que podían declararse en insolvencia y de esta manera acudir a un mecanismo de reorganización empresarial. Asimismo, las personas naturales no comerciantes que entraban en cesación de pagos y quedaban excluidas de la posibilidad de acordar con sus acreedores nuevas formas de pago, logrando así, la reivindicación consigo mismos, con su familia y con el mundo económico en el que desarrollan sus actividades comerciales.

## RECOMENDACIONES

1. En Colombia, este tema ha sido innovador, pues se ha conglomerado con la entrada del Código General del Proceso, lo que repercutiría que, el mismo, fuera analizado posteriormente en diferentes investigaciones, o, se tomarán en cuenta, las legislaciones de otros países respecto a la insolvencia, para así determinar un precedente y efectuar este procedimiento de la manera en que el deudor, tenga garantías y obligaciones claras.

2. Dicho de esta manera, invito a mi Alma Mater, la Universidad Libre Seccional Cúcuta, para que, dentro del Centro de investigaciones, específicamente en los determinados grupos de investigación, avalados por Colciencias; se proponga este tema para futuras investigaciones, que, en el Derecho Privado, amplíen el conocimiento del tema, para que como personas que todo el tiempo están siendo partes dentro de las diferentes relaciones comerciales, se fije un antecedente respecto de estas situaciones de flujo comercial que en cualquier momento pueden llegar a dejar en un estado de insolvencia; ya que actualmente, un 70% de la población presenta un retraso en sus obligaciones financieras. Por lo que, a través este procedimiento, las personas tendrán la oportunidad de renegociar sus deudas con sus acreedores antes de ser embargadas o desalojadas de sus viviendas, como ocurre día a día.

3. Es de vital importancia que la sociedad colombiana, sea conocedora de procedimientos como estos, donde la insolvencia no es un mecanismo para evitar que las deudas no se hagan efectivas, ni para buscar que se condonen las obligaciones financieras; pues, contrario sensu, lo que pretende es tener la oportunidad de encontrar fórmulas para un arreglo. Una persona podrá declararse insolvente cuando haya incumplido el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, o cuando cursen en su contra una o más demandas de ejecución o cobro judicial. Además, las obligaciones atrasadas deben representar por lo menos la mitad de la deuda total a cargo del deudor. Es así que, se hace vital que, a través de líneas de investigación como estas, los estudiantes pertenecientes a pregrados, puedan invadir espacios como estos, para indagar y formular en la práctica, si este procedimiento se realiza con idoneidad.

4. Según lo estudiado, es evidente que, la insolvencia es un tema que no se ha estudiado ni abordado en nuestro ordenamiento jurídico de manera específica; pues ni las diferentes

Cortes ni la Doctrina, han dejado un precedente estructural sobre lo que respecta a las personas no comerciantes. Es por eso que, se hace menester, hacer una invitación a todos aquellos estudiosos del derecho privado, para que se incursionen en temas como estos; que, al no darles una importancia significativa, restan prestigio a situaciones que hoy en día carecen de vitalidad; pues en Colombia, los índices de pobreza y desempleo, sobrepasan en muchas situaciones, la estabilidad económica de la mayoría de hogares.

5. En definitiva, con este procedimiento, no solo se enaltecen las funciones y el rol de conciliador, sino que además se exige que los centros de conciliación, sin ser personas jurídicas con funciones jurisdiccionales delegadas por la ley, se conviertan a través de sus conciliadores adscritos en unos verdaderos instrumentos restauradores del tejido social. Sin embargo, en la Constitución Política, se establecen los mecanismos que permiten el acceso de todas las personas a la administración de justicia. Por lo que, es válido recalcar que el Estado Colombiano, a través de la Superintendencia, las Universidades y las Asociaciones Civiles, como las Cámaras de Comercio promuevan y organicen este mecanismo, y propendan medios para formación de conciliadores.

6. Es importante que el Poder Legislativo Colombiano, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y las Universidades elaboren propuestas de reforma del Código General para que se regule el trámite de algunos actos o procedimientos por vía electrónica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Ramírez, M. (2005). El debido Proceso. *Opinión Jurídica*. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>
- Aguilar Llanos, B. (31 de Mayo de 2005). Patrimonio Familiar. *Revista ambito juridico*. Obtenido de <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-21/patrimonio-familiar/>
- Aige Mut, M. B. (2016). Aproximación a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos: especial referencia a la nueva plataforma europea para la resolución de litigios. *Diario la ley no. 8732*.
- Alonso Espinoza, F. J., Sanchez Ruíz, M., & Vardú Cañete, M. J. (2014). *Derecho Mercantil de contratos. Derecho Concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alvarez Rubio, J. (2008). Algunas reflexiones en torno de la reforma del fresh start del consumidor en USA. *Anuario de Derecho concursal*, 233-259.
- Alvarez Sacristan, I. (2014). *Diario la ley no. 8328*. Editorial la ley.
- Álvarez Sacristan, I. (2014). *El mediador en asuntos civiles y mercantiles*". Editorial la ley.
- Álvarez, G. S. (1999). *Los métodos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas*. Bogotá.
- Análisis comparativo de las legislaciones autónomas y evolución de las mismas. (s.f.).
- Ara Pinilla, I. (1990). *Las transformación de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Arango Rivadeneria, R. (2012). *El concepto de los derechos fundamentales*. Bogotá D.C.: LEGIS S.A.
- Arango, R., Lemaitre, J., Burbano Herrera, C., Lamprea, E., & Rueda, P. (2002). *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al minimo vital*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Arboleda López, A. P., Garcés Giraldo, L. F., Murillo Bocanegra, E., & Pineda Carreño, M. A. (2017). Principios, habilidades y virtudes para el conciliador en Derecho. *Pensamiento Americano*, 189-198.
- Aristizabal Manrique, L. I. (2015). Novedades del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante. *Tesis de pregrado de derecho*. Medellín, Colombia:

- Universidad EAFIT. Obtenido de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8092/LauraIsabel\\_AristizabalManrique\\_2015.pdf?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8092/LauraIsabel_AristizabalManrique_2015.pdf?sequence=2)
- Asociación estatal de directoras y gerentes en servicios sociales. (s.f.). Protección de las personas físicas en situación de quiebra económica. *Asociación estatal de directoras y gerentes en servicios sociales*. Obtenido de [http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal\\_social/index/assoc/aedgss00/02.dir/aedgss0002.pdf](http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/index/assoc/aedgss00/02.dir/aedgss0002.pdf)
- Barona Vilar, S. (2004). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Civitas.
- Belloso Martín, N. (2008). Una paso más hacia la desjudicialización. *Sobre mediación en asuntos civiles y mercantil*.
- Bernal Mesa, B., & Serrano, F. (2016). ¿Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación? *Arbitraje y mediación de las américas*, 127-141.
- Bernal Samper, T. (2006). *Psicología y Mediación*.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Bockenforde, E. (1995). *Escritos sobre derechos fundamentales*.
- Brachfield, P. (2015). Mediación y conciliación en la recuperación de impagos. *Estrategia financiera*, 285-309.
- Brewer Carías, A. (s.f.). *La constitución de 1999*.
- Brito Figueroa, F. (1964). *Historia documental y crítica. Tomo II*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Busso, E. (1951). *Código Civil anotado. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar editores.
- Bustelo, D. J. (2009). *La mediación claves para su comprensión y práctica*. Madrid: Editorial Tritoma.
- Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial: Heliasta S.R.L. Obtenido de <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxcwcm95ZWNo2RlanVyaXNwcnVkdW5jaWFjZnJlfGd4OjczNTczNGVkdWZjMzM5Nzg>
- Calamandrei, P. (1973). *Institucionales de Derecho Procesal Civil (Vol. 1)*. Buenos Aires: Editorial EJEA.

- Calsamiglia, A. (1994). Comentarios a la justicia social en el Estado Liberal. *Revista de estudios constitucionales*.
- Calvo Baca , E. (1986). *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. Caracas: Editorial Jurídica.
- Calvo Sánchez, M. (2009). *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Camacho Gonzalez, D. A. (2004). Reestructuración de la empresa y régimen de insolvencia. *Tesis de pregrado de derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS41.pdf>
- Camacho, A. (1998). *Manual de derecho procesal civil*. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS.
- Carroca Pérez, A. (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona.
- Cascajo Castro, J. L. (1988). La tutela constitucional de los derechos sociales. *Centro de estudios constitucionales*.
- Caso Gene Lacayo Vs. Nicaragua. (29 de Enero de 1997). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_30\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf)
- Caso Señal, M. (2008). Mediación. Signo distintivo de Europa. *Diario la ley*.
- Chaodeudas.co. (22 de Noviembre de 2019). Liquidación patrimonial de persona no comerciante: así funciona. *La ley de tu lado*. Obtenido de <http://www.chaodeudas.co/prensa/liquidacion-patrimonial-persona-natural-no-comerciante-asi-funciona/>
- Código Civil. (1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Ley 57*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 2.867 . Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1)
- Código de Comercio. (1971). Decreto 410. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)



Código de Comercio Venezolano. (21 de diciembre de 1955). Congreso de la República de Venezuela. Caracas, Venezuela. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve029es.pdf>

Código de Infancia y Adolescencia. (2006). Ley 1098. *Congreso de la República*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 46.446. Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_la\\_Infancia\\_y\\_la\\_Adolescencia\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf)

Código General del Proceso. (2012). Ley 1564. *Congreso de la República*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012\\_pr005.html#243](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr005.html#243)

Código Penal. (24 de Julio de 2000). Ley 599. *Congreso de la República*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

Conforti, F. (30 de Enero de 2013). Diferencias entre la negociación y la mediación electrónica. Obtenido de [http://www.lawyerpress.com/news/2014\\_01/3001\\_14\\_001.html](http://www.lawyerpress.com/news/2014_01/3001_14_001.html)

Consejo de estado. (2016). Fallo 000306.

Consejo de la Unión Europea. (2010 de Diciembre de 2010). T-49/07.

Constitución Española. (1978). Reino de España. Obtenido de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Preamble: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación(...)*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Constitución Política Venezolana. (30 de Diciembre de 1999). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860. Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf)

- Corte Suprema de Justicia. (14 de Agosto de 1995). Sala de Casación Civil. *M.P.: Nicolas Bechara Simancas*. Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (11 de Diciembre de 2017). STC20901. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación n.º 41001-22-14-000-2017-00318-01.
- Cortina, A. (1995). *Etica sin moral*. Madrid: Tecnos.
- Cossio Diaz, J. R. (1989). *Estado social de derechos de prestación*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Cossio Díaz, J. R. (Marzo-Abril de 2016). La ineficacia de los derechos sociales. *Revistas hechos y derechos*(32). Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10303/12322>
- Couture, E. (1978). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Cuberos Gómez, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. *Revista de derecho privado*, 27-56. Obtenido de <https://docplayer.es/18220853-Revista-de-derecho-privado-e-issn-1909-7794-mv-pena235-uniandes-edu-co-universidad-de-los-andes-colombia.html>
- Cuello Sampayo, L. C. (2018). Los principios de universalidad e igualdad en el régimen de insolvencia empresarial frente a la ley de garantías mobiliarias. *Tesis de Maestría en derecho económico*. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de [http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/10445/Principios\\_universalidad\\_igualdad.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/10445/Principios_universalidad_igualdad.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Cuenca Casas, M. (2011). Fresh Start y Mercado Crediticio. *Revista para el análisis del derecho*, 2-56. Obtenido de [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/842\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/842_es.pdf)
- De Castro, & Bravo, F. (1997). *El negocio jurídico*. Civitas: Madrid.
- De la Hoz Rodríguez, F. (2010). *Aspectos jurídicos (y psicológicos) sobre la mediación y la figura del mediador*.
- De la puente, M. (1993). *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial.

- De Otto y Pardo, I. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). Comisión de Derechos Humanos.
- Decreto 2677. (21 de Diciembre de 2012). Presidencia de Colombia. *por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los Procedimientos de Insolvencia de la Persona Natural no Comerciante y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1479767>
- Decreto 962. (20 de Marzo de 2009). Presidencia de Colombia. *por el cual se reglamentan los artículos 5º, numeral 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1197624>
- Del Rosal Blasco, B. (7 de Octubre de 1993). Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código Penal. *Ponencia del curso de la nueva delincuencia*. Obtenido de <https://scholar.google.es/scholar?hl=es&q=diferencia%20entre%20alzamiento%20de%20bienes%20e%20insolvencia%20punible>.
- Devis Echandia, H. (1962). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá D.C.: TEMIS S.A.
- Dictionary. (2016). Definición de conciliar. Obtenido de <https://www.dictionary.com/browse/conciliate>
- Duran Mantilla, J. G. (2013). El presupuesto subjetivo conductal en el concordato. (U. d. Sabana, Ed.) *Dikación*, 127-141. Obtenido de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/188/327>
- Estrada, A. J. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Etxarandío Herrera, E. (2010). *Efectos del concurso sobre los acreedores*. Madrid: Editorial LA LEY.
- Faraldo Cabana, P. (2002). Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal. *Estudios penales y criminológicos*, 278-279.

- Fenech, M. (1960). *Derecho procesal penal*. Barcelona: Editorial Labor S.A.
- Ferrajoli, L. (1992). *El derecho como sistema de garantías*. Madrid: Consejo General Judicial de España.
- Fisher, R., & Brown, S. (1988). *Getting together: building relationships as we negotiate*. Londres: PenguinBooks.
- Folberg, J., & Taylor, A. (1996). *Mediación Resolución de conflictos sin litigio*. México: Editorial LIMUSA.
- Garanley Abogados. (s.f.). Concepto de embargo. Obtenido de [https://garanley.com/civil/bienes-embargables/#:~:text=El%20embargo%20es%20una%20declaraci%C3%B3n,ya%20declarada%20\(embargo%20ejecutivo\)](https://garanley.com/civil/bienes-embargables/#:~:text=El%20embargo%20es%20una%20declaraci%C3%B3n,ya%20declarada%20(embargo%20ejecutivo).).
- Garcés Prieto, J., & Salcedo Aznal, A. (2007). *Aspectos económicos, sociales y psicológicos del endeudamiento de los consumidores españoles*. Presidente de la asociación nacional de estudios. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/28243701\\_Aspectos\\_economicos\\_sociales\\_y\\_psicologicos\\_del\\_endeudamiento\\_de\\_los\\_consumidores\\_espanoles](https://www.researchgate.net/publication/28243701_Aspectos_economicos_sociales_y_psicologicos_del_endeudamiento_de_los_consumidores_espanoles)
- García García, L. (2003). *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson.
- García Hervás, C. (2015). *La importancia de la comunicación en el conflicto de la mediación*.
- García Martínez, R. (1997). *Derecho Concrusal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García Posada, M., & Vegas, R. (2016). Las reformas de la ley concursal durante la gran recesión. *Banco de España*. Obtenido de <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosTrabajo/16/Fich/dt1610.pdf>
- García Villaluenga, L. (s.f.). *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles*.
- García-Villaluenga, L., & Bolaños, I. (2006). La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar.
- Garzón Niño, D. (2015). Los procesos de insolvencia en Colombia: análisis comparado de los requisitos y condiciones. *Repositorio Universidad Católica*. Colombia.

- Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2645/1/ARTICULO%20REFLEXION%20KARINA%20GARZ%c3%92N.pdf>
- Gil Echeverry, J. H. (2001). *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Giorgi, G. (1909). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* (Vol. 1). Madrid: Imprenta de la revista de legislación.
- Gobierno del País Vasco. (2016). Plan Optima para la igualdad. Obtenido de <https://conciliacion.gov.co/portal/conciliacion/conciliacion-definicion>.
- Godelier, M. (1966). *Racionalidad e irracionalidad de la economía*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Goldschmidt. (2019). Todo derecho. Obtenido de <http://todoelderecho.com/>
- Gongora, F. (2016). Inteligencia emocional "psicología para mediadores". Obtenido de <https://resuelveahora.wordpress.com/tag/inteligencia-emocional/>
- González Moreno, B. (2002). *El estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Editroail universidad de Vigo-Civitas.
- Goyes Bucheli, A. F. (2015). Régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes. Caso alemán, argentino, español y colombiano. (Universidad Sergio Arboleda, Ed.) *Cuadernos de la Maestría*, 4, 117-149. Obtenido de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/444>
- Gozaini, O. (2005). *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Grupo DADE. (2013-2013). Introducción al Derecho Concursal. Obtenido de [http://www.unizar.es/departamentos/derecho\\_empresa/primer\\_segundo\\_ciclo/asi gnaturas.html?menu=primer\\_segundo\\_ciclo](http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/primer_segundo_ciclo/asi gnaturas.html?menu=primer_segundo_ciclo)
- Guía Institucional de conciliación civil. (2007). Ministerio de Interior y Justicia. Obtenido de [http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/5fadc291-4ea0-4cfa-b054-3cc111122b24/GuiaInstitucionalDeConciliacionCivil\\_MinJusticia.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kU7mq.X](http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/5fadc291-4ea0-4cfa-b054-3cc111122b24/GuiaInstitucionalDeConciliacionCivil_MinJusticia.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kU7mq.X)
- Guisán, E. (1995). *Introducción a la ética*. Madrid: Editorial Catedra.
- Gulliver, P. H. (1979). *Disputes and negotiations*. New York: Academic Press.

- Gutiérrez Gómez, G., & Restrepo Gutiérrez, A. (2016). *Material de apoyo para el programa: estrategias para la prevención de la violencia*.
- Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad del Perú.
- Heller, H. (1942). *Teoría del Estado*. México: Fondo de cultura economica. Obtenido de <http://www.unl.edu.ar/ingreso/cursos/sociales/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/Heller-Hermann-Teoria-del-estado-1-a-17.pdf>
- Hinestrosa, F. (1992). *Derecho civil, hechos y actos jurídicos*. (Vol. 2). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hoet-Linares, F. (2005). *La Mediación Administración y Negociación de Justicia Alterna*. Bogotá D.C.
- Insolvencia.co. (2019). ¿Qué es un Procedimiento de Liquidación Patrimonial de Persona Natural No comerciante? *Expertos en deudas*. Obtenido de <https://www.insolvencia.co/que-es-un-procedimiento-de-liquidacion-patrimonial-de-persona-natural-no-comerciante/#:~:text=Disoluci%C3%B3n%20En%20t%C3%A9rminos%20mercantiles%20la,actos%20que%20conlleven%20su%20liquidaci%C3%B3n>.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. (2012). Algunos aspectos controversiales de la concursalidad. *Capítulo Colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo editorial Ibañez.
- Jimenez Calvo, J. (2001). *Instituciones de Derecho privado: las obligaciones y los contratos*. *Derecho institucional*. Obtenido de <https://ciberconta.unizar.es/leccion/der017/100.HTM>
- Juan Pablo II. (1995). Carta enciclica. Obtenido de [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html)
- Kant, I. (1930). *Lectures on Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leonard, R. (1987). *Mediation and lawyers*. Ohio: Ohio state Law Journal.
- Lepp, I. (1963). *La existencia auténtica*. Buenos Aires: Editorial Carlos Lohlé.
- Ley 10. (23 de Noviembre de 1995). Reino de España. *Código Penal Español*. Obtenido de <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>

- Ley 22. (9 de Julio de 2003). Ley concursal. *Reino de España*. Obtenido de <http://leyconcursal.org/derecho-concursal/espana/ley-222003-de-9-de-julio-concursal/>
- Ley 26872. (1998). Ley de conciliación. Obtenido de <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/latinoamerica/peru-ley-conciliacion.pdf>
- Ley 270. (7 de Marzo de 1996). Ley estatutaria de la administración de Justicia. *Congreso de la República*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)
- Ley 446. (1998). Congreso de Colombia. Bogotá D.C., Colombia: Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0446\\_1998.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html)
- Ley 495. (8 de Febrero de 1999). Congreso de la República. *Por medio de la cual se modifica el artículo 3o., 4o. (literal A y B) 8o. y 9o. de la Ley 70 de 1931 y se dictan otras disposiciones afines sobre constitución voluntaria de patrimonio de familia*. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38938>
- Ley 640. (5 de Enero de 2001). Congreso de la República. *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0640\\_2001.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html)
- Ley de enjuiciamiento civil. (7 de Enero de 2000). Ley 1. *Reino de España*. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>
- Ley de Formalización y Generación de Empleo. (2010). Ley 1429. *Congreso de la República*. Diario Oficial No. 47.937. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1429\\_2010.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1429_2010.html)
- López Santamaria, J. (1998). *Los contratos parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lorca Navarrete, A. M. (2016). La Constitucionalización del proceso. (W. Kluwer, Ed.) *Diario la ley no. 8865*.

- Mandel, E. (1970). *Tratado de economía marxista*. México: Editorial FCE.
- Marín Gómez, O. (1983). *La protección procesal de las garantías constitucionales en Venezuela*. Caracas: Universidad Central de Caracas.
- Martín Diz, F. (2012). Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación. *Práctica de Tribunales. Doctrina la ley*.
- Martín Faba, J. M. (2016). Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes? *Revista CESCO derecho de consumo*, 1-38. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5523793.pdf>
- Martinez Medina, M. (2019). La hipoteca y la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas. *Tesis doctoral*. Universidad de Salamanca.
- Miguens, H. J. (2012). El concepto de estado de cesación de pagos en el derecho concursal argentino. *AFDUC*, 499-434. Obtenido de <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/488/El%20concepto%20de%20estado%20de%20cesacion%20de%20pagos....pdf?sequence=1>
- Monroy Cabra, G. (2001). *Derecho Procesal civil parte general*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Montero Aroca, J. (2002). *Tratado de Ejecuciones Hipotecarias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Montero, S. (7 de Julio de 2015). Patrimonio Familiar. *Derecho Familiar*. Obtenido de <https://leyderecho.org/author/sara-montero-duhalt/>.
- Morales Ferrer, S., & Daza Coronado, S. M. (2016). *El concepto de patrimonio y su aplicación en España* (Vol. 6). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14364/4/El-concepto-de-patrimonio-y-su-aplicacion-en-espana.pdf>
- More , C. W. (1982). Association of Family and Conciliation Courts. San Francisco.
- Moreno Trapiella, P. (2017). *Ejecución Hipotecaria*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer.
- Muñoz Conde, F. (2002). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.



- Muñoz Sabaté, L. (1968). *Técnica probatoria*. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS.
- Nieto, L. (s.f.). Insolvencia. Negociación de Deudas de persona natural no comerciante. ¿Mito o realidad? Obtenido de [https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/content/download/16773/227083/file/Insolvencia%20\(negociaci%C3%B3n%20de%20deudas\)%20de%20persona%20natural%20no%20comerciante.%20%C2%BFmito%20o%20realidad.pdf](https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/content/download/16773/227083/file/Insolvencia%20(negociaci%C3%B3n%20de%20deudas)%20de%20persona%20natural%20no%20comerciante.%20%C2%BFmito%20o%20realidad.pdf)
- Nieva Fenoll, J. (2012). *La mediación ¿una alternativa razonable al proceso judicial?* Editorial la ley.
- Oliveri Mejía, M. (2012). El modelo de justicia concursal colombiano: algunas reflexiones críticas. *Revista e-mercatoria*, 370-410. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3208/3334>
- Organizacion de Naciones Unidas. (2006). Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Nueva York, Estados Unidos. Obtenido de [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf)
- Oro Tapia, L. (2006). *El poder: adicción y dependencia*. Santiago: Brickle Ediciones.
- Ortiz Pradillo, J. C. (s.f.). Análisis de los principios informadores de la Mediación en materia civil y mercantil.
- Ospina Fernández, G. (1998). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- Osuna Patiño, N. I. (1995). *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Otero Pila, M., & Sarasola Fernández, A. (2010). *Leyes de mediación: El Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Pájaro Moreno, N. (2013). Algunas preguntas sobre los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cúcuta, Colombia: Universidad Libre seccional Cúcuta. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/16nicolas-pajaro-moreno.pdf>
- Pampillo Baliño, J. P., & Munive Paez, M. (2012). *Obra Jurídica Enciclopédica-Derecho Concursal*. México: Editorial Porrúa.

- Parra Quijano, J. (2001). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería Profesional.
- Peces-barba, G. (1991). *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. (BOE).
- Peñasco Velasco, R. (2003). *El mediador familiar en el Derecho Civil contemporáneo*. Boletín Aranzadi Civil-Mercantil.
- Percaz Four-Pome, M. (2010). *Las emociones en mediación*. Revista de mediación.
- Pérez Moriones, A. (19 de Octubre de 2012). Ley 57/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles: una primera aproximación. . La ley.
- Pérez Ragone, A., & Martínez Benavides, P. (2015). Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor del derecho comparado europeo. *Revista chilena de derecho*. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100005>
- Pérez-Ugena Coromina, M. (2014). Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principios de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación. *Estudios de Deusto*, 159-189.
- Picó i Junoy, J. (2011). *La buena fe procesal*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1945). *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las obligaciones*. La Habana: Colegio de Abogados de la Habana, Cuba.
- Prendes Carril, P. (2000). Las insolvencias Punibles en el nuevo código penal. *Entemu*, 125-162.
- Puy Muñoz, F. (2007). *Mediación y Solución de Conflictos*. Madrid: Tecnos.
- Real Academia Española. (2014). Definición de Conciliación. Obtenido de <https://dle.rae.es/conciliar>
- Real Academia Española. (2019). Concepto de crédito. Obtenido de <https://dle.rae.es/cr%C3%A9dito>
- Real Decreto Legislativo 1. (30 de Noviembre de 2007). Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Reino de España*. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-20555-consolidado.pdf>

- Real Decreto Legislativo 1. (16 de Noviembre de 2007). Reino de España. *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Madrid, España.
- Redacción Espacio Asesoría. (21 de Febrero de 2019). El delito de insolvencia punible. *Lefebvre*. Obtenido de <https://www.espacioasesoria.com/Noticias/el-delito-de-insolvencia-punible->
- Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia. (2006). Ley 1116. *Congreso de la República*. Diario Oficial No. 46.494. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1116\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html)
- Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante. (2010). Ley 1380. *Congreso de la República*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.603. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1380\\_2010.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1380_2010.html)
- Resolución 800. (2000). Ministerio de Justicia y Derecho. *por la cual se establecen los requisitos para la creación de centros de conciliación y/o arbitraje*. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/4027986>
- Revista de Superintendencia de Sociedades. (Octubre-Diciembre de 2011). Obtenido de [https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documentos\\_publicaciones/1-Superintendencia-de-sociedades.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documentos_publicaciones/1-Superintendencia-de-sociedades.pdf)
- Ríos Muñoz, J. N. (1997). *Cómo negociar a partir de la importancia del otro*. Editorial Planeta.
- Ripert, G. (2017). *Aspectos Jurídicos del capitalismo moderno*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Rivera Morales, R. (1999). *Manual de Derecho Hipotecario Venezolano*. San Cristóbal: Ediciones jurídicas J. Santana.
- Rivera Morales, R. (2006). La protección constitucional y procesal de la víctima de derechos colectivos. *Tesis Doctoral*. Universidad de Salamanca.
- Rivera Morales, R. (2009). *Presupuestos procesales y condiciones de la acción en el proceso civil*.
- Rivera Morales, R. (2011). *Los recursos procesales penales y civiles*. Barquisimeto: Editorial Jurídicas Rincón.

- Rivera Morales, R. (2016). La mediación electrónica como forma alternativa de solución de conflictos. *Justicia: revista de derecho procesal*, 185-214.
- Rivera Morales, R. (2016). *Social and structural aspects in the training of mediator*. Incollective book.
- Rodríguez Fernández, M. L. (2003). Conciliación y mediación en los conflictos colectivos. *Temas Laborales*, 183-206.
- Rodríguez Rescia, V. M. (s.f.). El debido proceso legal y la convención americana de Derechos Humanos. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1295-1328. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>
- Rodríguez, G. (2011). Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales. *Revista crítica penal y poder*, 151-157. Obtenido de <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/1990/2086#:~:text=Los%20principios%20por%20los%20que,los%20principios%20de%20la%20mediaci%C3%B3n>.
- San Cristóbal Reales, S. (2013). Sistema alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídica y Económico Escurialense*, 39-62.
- Senés, C. (s.f.). Aspectos Procesales de la liquidación concursal. *Dictum Abogados*. Obtenido de <https://dictumabogados.com/files/2014/04/cedin-carmen-senes-procesal-concurso-acreedores.pdf>
- Sentencia 135. (31 de Octubre de 1986). Tribunal Constitucional Español. Obtenido de <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/698>
- Sentencia 1641. (29 de Noviembre de 2000). Corte Constitucional. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expediente D-2974. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1641-00.htm>
- Sentencia 213. (27 de Junio de 2007). Tribunal Supremo Español.
- Sentencia 37. (26 de Marzo de 2019). Tribunal Constitucional Español. Obtenido de <https://www.boe.es/boe/dias/2019/04/25/pdfs/BOE-A-2019-6193.pdf>
- Sentencia C-006. (14 de Febrero de 2018). Corte Constitucional. *M.P.: Cristina Pardo*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente D-12027. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-006-18.htm>

Sentencia C-1195. (15 de Noviembre de 2001). Corte Constitucional. *M.P.: Manuel Cepeda E - Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: expediente D-3519. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm#:~:text=C%2D1195%2D01%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20mediaci%C3%B3n%20forma%20parte%20de,o%20menor%20grado%2C%20dicha%20finalidad>.

Sentencia C-250. (28 de Marzo de 2012). Corte Constitucional. *M.P.: Humberto Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expedientes D-8590, D-8613 y D-8614 acumulados. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>

Sentencia C-341. (4 de Junio de 2014). Corte Constitucional. *M.P.: Mauricio Gonzalez Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.Expediente D-9945. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

Sentencia C-384. (5 de Abril de 2000). Corte Constitucional. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expedientes D- 2559 , D- 2574 y D-2586. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-384-00.htm>

Sentencia C-450. (16 de Julio de 2015). Corte Constitucional. *M.P.:* Bogotá D.C., Colombia: Ref. Expediente D-10539. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-450-15.htm>

Sentencia C-459. (11 de Mayo de 2004). Corte Constitucional. *M.P.: Jaime Araújo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expediente D-4910. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-459-04.htm>

Sentencia C-645. (31 de Agosto de 2011). Corte Constitucional. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.expediente D-8428. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-645-11.htm>

SENTENCIA C-699. (6 de Septiembre de 2007). Corte Constitucional. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expediente D-6685. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-699-07.htm>

Sentencia C-893. (22 de Agosto de 2001). Corte Constitucional. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.expediente D-3399. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm>

Sentencia C-902. (17 de Septiembre de 2008). Corte Constitucional. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente D-7216. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-902-08.htm>

Sentencia C-980. (1 de Diciembre de 2010). Corte Constitucional. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expediente D-8104. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm>

Sentencia T-079. (11 de Febrero de 2010). Corte Constitucional. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2.398.982. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-079-10.htm>

Sentencia T-158. (5 de Abril de 1995). Corte Constitucional. *M.P.: Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. T- 56456. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-158-95.htm>

Sentencia T-170. (25 de Febrero de 2005). Corte Constitucional. *M.P.: Jaime Cordoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expediente T-924312. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-170-05.htm>

Sentencia T-358 . (17 de Abril de 2008). Corte Constitucional. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia: expediente: T-1.771.473. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-358-08.htm>

Sentencia T-418. (19 de Junio de 1992B). Corte Constitucional. *M.P.:*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-418-92.htm>

Sentencia T-420. (26 de Junio de 2003). Corte Constitucional. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.expediente T-620041. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-520-03.htm#:~:text=T%2D520%2D03%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20juicio%20sobre%20la%20imprevisibilidad,la%20ocurrencia%20objetiva%20del%20hecho.>

- Sentencia T-426. (24 de Junio de 1992). Corte Constitucional. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. Expediente T-824. Obtenido de Expediente T-824
- Sentencia T-441. (30 de Mayo de 2002). Corte Constitucional. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expedientes T-544970, T-558778 y T-559271. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-441-02.htm>
- Sentencia T-458. (24 de Octubre de 1994). Corte Constitucional. *M.P.: Jorge Arango Mejía*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. Expediente No. 38.768. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-458-94.htm>
- Sentencia T-468. (5 de Junio de 2003). Corte Constitucional. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.expediente T-515421. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm>
- Sentencia T-520. (26 de Junio de 2003). Corte Constitucional. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. expediente T-620041. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-520-03.htm>
- Sentencia T-658. (7 de Septiembre de 2011). Corte Constitucional. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. T- 3.059.178. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-658-11.htm>
- Sentencia T-678. (16 de Noviembre de 2017). Corte Constitucional. *M.P.: Carlos Bernal Pulido*. Bogotá D.C., Colombia: Ref. Expediente T-6.301.544. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-678-17.htm>
- Seone Osa, J. J. (s.f.). *Ética del mediador*.
- Suárez Villegas, J. (2001). *Principios de ética profesional*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Superintendencia de sociedades. (3 de Abril de 2015). Cartilla Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006. Obtenido de <https://accounter.co/boletines/cartilla-nuevo-regimen-de-insolvencia-empresarial-ley-1116-de-2006.html>
- Tadeshi, G. (1953). *El régimen patrimonial de la familia*. Buenos Aires: Editorial EJEJA.
- Talavera Hernández, J. A. (s.f.). La figura del mediador en la mediación online. Obtenido de [http://www.graduadosocial.org/archivos/mediacion\\_online.pdf](http://www.graduadosocial.org/archivos/mediacion_online.pdf)

- Talero, D. (2007). *Acción Reinvidicatoria de la ley 1116 de 2006*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.
- Torres Vásquez, A. (2001). *Acto jurídico*. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Trujillo Betancur, G., & Muñoz Yunda, A. (Junio de 2014). Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento. *Tesis de Maestría en derecho empresarial*. Santiago de Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de [http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/3084/Ley\\_insolvencia\\_persona.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/3084/Ley_insolvencia_persona.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Useche, J. (2000). *El acceso a la justicia en el nuevo orden constitucional venezolano: bases y principios del sistema constitucional venezolano*. San cristobal: Jornadas de Derecho Constitucional.
- Vélez Cabrera, L. G. (2011). *Régimen de insolvencia empresarial colombiano*. Bogotá D.C.: Superintendencia de Sociedades. Obtenido de VELEZ CABRERA. Luís Guillermo (2011). Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano. Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia. Superintendencia de Sociedades, 1-7. Disponible <https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Of>
- Vidal Teixido, A., & Munné Catarina, F. (2013). *La mediación resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*.
- Wolsters Kluwer. (2019). Insolvencias Punibles. *Guías Jurídicas*. Obtenido de [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjSwtTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA09MkETUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjSwtTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA09MkETUAAAA=WKE)
- Yadarola, M. (1934). Algunos aspectos fundamentales de la nueva ley de quiebras. *Revista Crítica de Jurisprudencia*.