

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Monografía Jurídica

*“Quiebra de personas naturales no comerciantes: comparación entre la ley colombiana y el procedimiento de los Estados Unidos de América”*

Elaborado por:  
Camilo Mutis Téllez  
Juan Carlos Tavera Castillo

Director:  
Fernando Castillo Cadena

Bogotá, D.C., Enero de 2012

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

## **Tabla de Contenido**

1. Introducción.....	4
2. Resumen.....	6
3. Procedimientos mediante los cuales se resuelven situaciones de insolvencia.....	8
3.1. La Conciliación.....	8
3.1.1. Historia.....	8
3.1.2. Noción.....	10
3.1.3. Naturaleza.....	11
3.1.4. Características.....	13
3.1.5. Clases.....	14
3.1.6. Comentarios sobre la ley 640 de 2001.....	14
3.2. El régimen de insolvencia.....	16
3.2.1. Historia.....	16
3.2.2. Noción.....	19
3.2.3. Objetivo del procedimiento.....	22
3.2.4. El proceso de quiebra según la doctrina.....	23
3.2.5. La declaratoria de quiebra y sus efectos.....	25
3.2.6. La conservación de la empresa y los escenarios de terminación de un proceso de quiebra.....	26
3.2.7. Diferencias con los acuerdos de reestructuración o concordatos.....	27
3.2.8. Objetivos de los concordatos.....	28
3.2.9. Comentarios sobre la ley 1116 de 2006.....	30
4. Procedimiento de Insolvencia Norteamericano.....	33

4.1. Consideraciones Generales del Capítulo 7 del Título XI del Código de los Estados Unidos de América.....	33
4.1.1. Procedimiento.....	36
4.1.2. De la Liberación de las Deudas (“ <i>Discharge</i> ”).....	40
4.2. El “Fresh Start”.....	44
4.3. El Capital Humano y la información financiera del deudor.....	46
5. Embargo de salarios, la declaración de insolvencia y su comparación con el régimen estadounidense.....	51
5.1. Embargo de salarios.....	51
5.2. Comparación de la situación del deudor una vez se finaliza el proceso de insolvencia.....	56
5.3. Análisis económico de la diferencia entre la ley 1380 y la ley norteamericana....	60
6. Análisis de la Inoperancia Técnica del Procedimiento Conciliatorio.....	67
6.1. Falencias del proceso conciliatorio ante la quiebra de personas naturales.....	68
6.2. El Conciliador como director del proceso.....	71
6.3. Falta de garantía .....	74
6.4. Comparación entre el “Trustee” y el Conciliador.....	78
7. Conclusiones.....	82
7.1. En cuanto a la conciliación como procedimiento.....	82
7.2. En cuanto a la comparación entre la Colombia y Estados Unidos de América.....	83
8. Bibliografía.....	85
9. Anexo 1.....	89

## 1. Introducción

La insolvencia es un hecho, jurídico y económico, intrínseco al desarrollo de actividades económicas empresariales y personales. Tanto las personas jurídicas como las personas naturales pueden verse incurso en un estado de insolvencia. Desde el nacimiento del sistema económico moderno, por su mismo dinamismo y funcionamiento, se han presentado casos de personas con imposibilidad de pago de sus obligaciones. El funcionamiento micro y macro de la economía, sus constantes ciclos cambiantes y, en general, la naturaleza de la actividad económica, llevan a que ciertos agentes lleguen a momentos de insolvencia, en donde sus recursos no les permiten pagar las obligaciones adquiridas. Ya sea por imprudencia o por situaciones sobrevinientes demasiado gravosas, ha sido una constante la situación de personas que adquieren obligaciones que en el futuro no pueden pagar, lo cual ha creado la necesidad de una respuesta de parte del ordenamiento jurídico para dar soluciones pragmáticas a este tipo de situaciones<sup>1</sup>.

La anterior situación cobra aún más importancia en el sistema económico actual. El capitalismo, como modelo económico predominante, y la creciente globalización, han introducido nuevas realidades y situaciones de hecho a las cuales, tanto el ordenamiento jurídico como la sociedad en general han tenido que responder. Cada día más y más personas entran en situación de insolvencia. Para este tipo de situaciones, los ordenamientos jurídicos han creado complejos sistemas para las personas jurídicas, los

---

<sup>1</sup> Para el desarrollo del presente trabajo se utilizará la expresión “*régimen de insolvencia*” de manera general para referirse a los procesos de recuperación y liquidación; y la expresión “*quiebra*” para referirse exclusivamente a los procesos liquidatorios.

cuales les permiten salir de su situación de insolvencia, llegar a acuerdos de restructuración o liquidar de forma segura y ordenada el patrimonio de la persona jurídica.

No ha sucedido lo mismo en la situación de insolvencia de personas naturales no comerciantes. Si bien en el plano internacional se han regulado estas situaciones, con modelos y procedimientos para solucionar la insolvencia de personas naturales no comerciantes, tal como sucede en España y en Estados Unidos de América, los avances logrados no han sido significativos.

En Colombia, si bien desde el Código Civil se reguló la materia, no fue sino hasta el año 2010 cuando el Congreso de la República, a través de la ley 1380 de 2010 ( la “Ley 1380”), decidió expedir un régimen especial para regular la situación de insolvencia de las personas naturales no comerciantes. Aunque la Ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por vicios de trámite<sup>2</sup>, su principal estructura como procedimiento conciliatorio de negociación de deudas sigue siendo la misma en los proyectos de ley presentados para reemplazar la Ley declarada inconstitucional.

Lo anterior justifica un análisis integral del modelo de la Ley 1380 y una comparación con las instituciones del ordenamiento norteamericano relacionado con los procedimientos de insolvencia de personas naturales no comerciantes, el cual lleva varias décadas regulando la materia. Por ello, es imperativo adjuntar como anexo a este trabajo una descripción del contenido normativo de la Ley 1380.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, (2011), Sentencias, “Sentencia C – 685” [en línea] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.

Este trabajo desarrollará una comparación entre el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes en Colombia y las principales instituciones del régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes de los Estados Unidos de América, principalmente para identificar las figuras que tiene cada país para solucionar la situación de insolvencia de dichas personas.

Una vez se aborde la temática propuesta se podrá concluir que en Colombia el régimen de insolvencia de la Ley 1380 tiene problemas técnicos en cuanto a su naturaleza jurídica, noción y procedimiento, los cuales dificultan considerablemente el objetivo primordial de permitirle al deudor salir de su situación de sobreendeudamiento, eventualmente reincorporarse a la vida económica como consumidor activo, recomponer su patrimonio y así, garantizar al acreedor parte o la totalidad del pago de su crédito.

## 2. **Resumen**

El presente trabajo desarrollará una comparación entre el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes contenido en la Ley 1380 y las principales instituciones del régimen de insolvencia de los Estados Unidos de América, con el fin de identificar las instituciones con las que cuenta cada ordenamiento y la naturaleza jurídica de cada régimen para, a través de un análisis económico y jurídico del procedimiento, poder concluir que el régimen previsto en Colombia adolece de fallas estructurales dadas por su naturaleza

jurídica, que hacen que el proceso sea ineficiente y que le impida a las partes llegar a un acuerdo económicamente satisfactorio que ponga fin a su controversia.

Palabras claves: Conciliación, Quiebra, Capital Humano, Fresh Start.

### 3. Procedimientos de resolución de situaciones de insolvencia

#### 3.1. *La conciliación*

Con el fin de abordar el análisis del proceso de insolvencia de personas naturales no comerciantes y, en el marco de los procesos previstos por el ordenamiento jurídico para las situaciones de insolvencia de dichas personas, es imperativo realizar un análisis de la naturaleza jurídica de la conciliación<sup>3</sup>, razón por la cual a continuación se desarrolla la perspectiva normativa, jurisprudencial y doctrinaria de esta figura.

##### 3.1.1. *Historia*

La solución pacífica de los conflictos que se generan de la interacción social se acompaña con la necesidad de los individuos de continuar con su vida diaria sin mayores repercusiones a su integridad física, moral y patrimonial. Así, se tiene, que una forma de solución pacífica de dichos conflictos es la conciliación.

El desarrollo histórico de la solución pacífica de los conflictos ha sido una constante, desde el Nuevo Testamento mediante la invitación que hace Pablo a los Corintios de evitar llegar a tribunales y, en cambio, buscar resolver sus controversias con la ayuda de la comunidad misma<sup>4</sup>, pasando por los procesos eclesiásticos que ordenaban buscar la reconciliación

---

<sup>3</sup> Entiéndase por conciliación aquel procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por 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 le imparte su aprobación.

<sup>4</sup> Folberg, Jay y Taylor, Alison, (1997), *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*, Bogotá, Noriega Editores.

entre las partes en conflicto antes de llegar a la sentencia del procedimiento judicial, hasta llegar a las ordenanzas de Bilbao, mediante las cuales se determinó la obligación de los cónsules a llamar a las partes en conflicto a que presentaran sus propuestas para resolver la controversia y así evitar entrar en un procedimiento judicial.

Ahora bien, la resolución de los conflictos entre particulares a través de la conciliación ha sido posible desde la noción del Estado moderno, pues es bajo este esquema político que se le permite a los particulares hacer aquello que no esté expresamente prohibido por la ley, teniendo la voluntad privada la primacía en el desarrollo de las relaciones jurídicas, lo que les faculta para disponer y adquirir derechos sobre los cuales sea posible llevar a cabo dichos actos jurídicos. Es así que desde que existe el Estado moderno la conciliación se incorpora a la sociedad como una institución desarrollada normativamente, dando herramientas de seguridad jurídica a los particulares que en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada resuelven sus conflictos.

En Colombia, la primera expresión normativa de la conciliación tuvo lugar con la Ley 13 de 1825, tal como lo resalta Hernán Fabio López en su obra *Comentarios al decreto de descongestión judicial*, quien señala que en virtud de dicha ley “(...) ningún proceso contencioso civil se tramitará sin que previamente se haya intentado el medio de conciliación ante uno de los alcaldes municipales o parroquiales.”<sup>5</sup>. Con esto se consagró la conciliación como un requisito procesal y no como una alternativa autónoma de solución de controversias.

---

<sup>5</sup> López Blanco, Hernán Fabio, (1992), *Comentarios al decreto de descongestión judicial*, Bogotá, ABC Editores.

Finalmente, resulta importante mencionar que la conciliación se introdujo al procedimiento civil, mediante el Decreto 2282 de 1989, en la audiencia consagrada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Con esto se incorporó una primera etapa en la cual se pretende que las partes, a través de un acuerdo de voluntades, pongan fin al conflicto que las une.

### 3.1.2. *Noción*

El fundamento constitucional de la conciliación se puede encontrar en el inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, que estableció que “[l]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la administración de justicia en la condición de... conciliadores...” haciendo referencia a los conciliadores, más no a la conciliación como tal.

En todo caso, el desarrollo normativo nos lleva a la definición de conciliación que se encuentra en la Ley 446 de 1998, en su artículo 64 donde el legislador establece que “[l]a conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”

La misma Ley 446 de 1998, en su artículo 65, señala que los asuntos conciliables “[s]erán todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquéllos que expresamente determine la ley”.

Frente al trámite conciliatorio, se puede afirmar que éste está precedido por un tercero, quien tiene la función conciliadora<sup>6</sup>. Según el tratadista Piero Calamandrei la función conciliadora “...consiste en interponerse con carácter de pacificador entre las partes y tratar de componer las controversias entre ellas, ya surgidas o que estén por surgir”<sup>7</sup>, teniendo la posibilidad de resolver conflictos de manera pacífica por vía de la conciliación.

Para Hernán Fabio López Blanco, la conciliación “...se puede considerar como uno de los principios orientadores de la administración de justicia en Colombia...habida cuenta del marcado interés que muestra el sistema para tratar en lo posible de obtener la misma en un proceso o fuera de ella...”<sup>8</sup>, teniendo en cuenta que es un requisito para acceder a la administración de justicia dentro de la jurisdicción civil, y hace parte de las etapas de la audiencia consagrada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

### 3.1.3. Naturaleza

---

<sup>6</sup> El conciliador tiene una participación activa pero sin asumir el rol de un juez de valorar pruebas y de decidir quien tiene la razón, por lo que son las partes las que determinan el acuerdo al llegar.

<sup>7</sup> Calamandrei, Piero, (1962), *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, pp. 197.

<sup>8</sup> López Blanco, Hernán Fabio, (1993), *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Bogotá, Editorial ABC, Tomo I, pp. 453.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de naturaleza autocompositiva, por ser las partes las que llegan a la solución que más les conviene con la intervención orientadora del tercero conciliador. Este mecanismo es por regla general de carácter gratuito, siempre que sea adelantado ante funcionarios públicos facultados para conciliar o ante consultorios jurídicos con las facultades necesarias, tal como lo establece la Ley 640 de 2001 en su artículo 4°.

Conforme a lo anterior, se hace necesario hacer referencia a lo establecido por Armando Jaramillo Castañeda en su obra *Los incidentes y la conciliación en el procedimiento civil*, donde señala que la oportunidad de conciliación se podrá dar en el transcurso de un proceso<sup>9</sup>, en cualquier momento, inclusive después de la etapa probatoria, haciendo hincapié en la importancia que le da el marco jurídico colombiano a la institución de la conciliación.

En cuanto a los efectos de la conciliación es necesario tener en cuenta que el acuerdo que se alcanza en este procedimiento hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo (artículo 66 de la Ley 446 de 1998), lo que significa que mediante el acta conciliatoria se podrá iniciar un proceso ejecutivo en caso de incumplimiento del acuerdo, teniendo en cuenta que la conciliación puede resolver todo el conflicto o parte de este, y que los asuntos sobre los cuales se llegue a acuerdo no podrán ser ventilados nuevamente en un proceso judicial.

---

<sup>9</sup> La conciliación puede terminar el proceso si recae sobre la totalidad del litigio, dictando el juez un auto que declare la terminación del proceso. Asimismo, la conciliación puede recaer sobre parte de la controversia, siendo las partes en su libre manifestación de la voluntad las que determinan qué se entiende conciliado y qué no.

Por último, es importante resaltar el trabajo que hace la Ley 23 de 1991, cuyo artículo 76 le da el carácter de confidencial a la conciliación, estableciendo que quienes participen en ella “... *deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, (las cuales) no incidirán en el proceso subsiguiente cuando este tenga lugar*”. (Paréntesis fuera del texto original)

#### *3.1.4. Características*

La Corte Constitucional, en Sentencia C – 893 de 2001, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, determinó como características fundamentales de la conciliación las siguientes:

- a. La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia, porque el acuerdo al que lleguen las partes resuelve de manera definitiva parte o la totalidad del conflicto que las enfrenta.
- b. La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera de un proceso judicial o en curso del mismo.
- c. La conciliación es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que obra como incitador y permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo y evitando los costos de un proceso.
- d. Mediante la habilitación de las partes, la función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, en los términos que determine la ley.

- e. Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final que el conciliador avala mediante un acta de conciliación tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial y presta mérito ejecutivo.
- f. La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión judicial, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación.
- g. La conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual una de las partes presenta su solicitud ante un centro de conciliación que elige al conciliador, y este a su vez cita a las partes a la audiencia a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia.

#### *3.1.5. Clases*

La Ley 640 de 2001, determina las clases de conciliaciones, las cuales, conforme al artículo 3 de la mencionada norma, podrán ser: (i) judicial, si se desarrolla dentro de un proceso judicial; o (ii) extrajudicial, si se realiza antes o por fuera del proceso judicial. Para que tenga plenos efectos jurídicos la conciliación extrajudicial se deberá llevar a cabo ante un centro de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, como puede también puede ser un consultorio jurídico de un universidad o la oficina privada de un conciliador acreditado por un centro de conciliación.

#### *3.1.6. Comentarios sobre la ley 640 de 2001*

La figura de la conciliación además de resolver controversias, es un mecanismo que no genera los mismos costos que un proceso judicial, por cuanto no se pone en funcionamiento la rama judicial con procesos que toman tiempo en resolverse, ni son necesarios abogados para que representen a cada una de las partes. Por el contrario, a la conciliación se puede acudir sin abogado y se pretende que el conflicto sea resuelto en una sola audiencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley 640 de 2001 materializa la política pública del Estado de dar a los administrados la posibilidad de resolver sus controversias con mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Sin embargo, al establecer la conciliación como un requisito pre-procesal *sine qua non* para acceder a la administración de justicia en determinados procesos, se desdibujó lo anterior y se dejó a la conciliación como un requisito y no como una solución.

Por otra parte, la Ley 640 de 2001 consagra en su artículo 1, parágrafo 3º, la posibilidad de conciliar con la administración, teniendo como requisito la necesidad de presentarse con abogado para que la negociación se de en los mejores términos, teniendo de presente que la administración está especializada en sus asuntos y el particular no, razón por la cual pretende garantizar que la solución a la que se pretende llegar sea tomada bajo estándares de igualdad<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver: Corte Constitucional, (2005) Sentencias, “Sentencia C – 033”, M. P. Álvaro Tafur Galvis, Bogotá.

### 3.2. El régimen de insolvencia

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la conciliación y en el marco del proceso previsto en la Ley 1380, es menester realizar un estudio sobre el proceso de insolvencia para poder comprender su naturaleza jurídica, los mecanismos que lo componen y, así, contar con una herramienta de análisis que permita dilucidar si es la conciliación el procedimiento jurídico idóneo que le permite a las personas naturales no comerciantes resolver su situación de insolvencia.

#### 3.2.1. *Historia*

Para abordar el tema de la naturaleza jurídica del régimen de insolvencia, es necesario empezar por entender su historia y evolución jurídica a lo largo de los años. Siguiendo al profesor Horacio Montoya Gil, al principio se tenía como medio adecuado para procurar el cumplimiento de las obligaciones, el empleo de medios coercitivos que recaían sobre la persona física del deudor, quien autorizaba su muerte a manos del acreedor. Así, en el derecho romano clásico, el incumplimiento de las obligaciones implicaba una transgresión de la ley penal. Posteriormente se evolucionó hacia normas menos rigurosas y se autorizó al deudor a ofrecer al acreedor todos sus bienes, a cambio de su libertad personal, dejando a un lado los actos corporales. Por último, ya en el derecho de los pretores, se consagró el

sistema de ejecución forzada en virtud del cual los acreedores se convertían en poseedores de la totalidad de los bienes del deudor, los cuales posteriormente les eran adjudicados<sup>11</sup>.

A pesar de los paulatinos y atemperados avances logrados durante la evolución del derecho romano, no fue sino hasta la Edad Media en donde realmente se empezaron a trazar las primeras líneas de lo que vendría a ser la regulación de la situación de insolvencia propiamente tal. Lo anterior se explica porque fue en ese periodo histórico en donde realmente el derecho comercial empezó su apogeo, especialmente en la cuenca del Mediterráneo y, por lo tanto, el periodo de tiempo en donde empezaron a surgir los problemas entre comerciantes. Como lo menciona el profesor Montoya Gil, *“fue por aquel entonces cuando se estableció la declaratoria de quiebra para los comerciantes, lo mismo que el desasimiento de los bienes; se permitió el concordato o convenio obligatorio para los acreedores de minoría; al tiempo que se estableció la intervención del Estado en esta clase de procesos, se crearon funcionarios especiales para conocer de ellos y se dieron normas para regular el reconocimiento y la graduación de los créditos”*<sup>12</sup>.

El último paso en la evolución del régimen de insolvencia se dio con la codificación dada en los siglos XVIII y XIX. De los múltiples estatutos que trataron sobre la materia, sobresale el Código de Comercio de Napoleón, el cual, como lo menciona Montoya Gil, se enfocó primordialmente a establecer trabas al proceso de insolvencia con el fin de enfrentar la corrupción que en la época caracterizaba a los comerciantes. Vale la pena resaltar dos

---

<sup>11</sup> Montoya Gil, Horacio (1976), *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*, Colección Jurídica Bedout, Medellín.

<sup>12</sup> Montoya Gil, H. (1984) *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes* (4ª Ed.) Bogotá, D.C., Ed. Librería El Foro de la Justicia. Pp. 129-132.

figuras de dicho Código: 1) la detención en caso de declaración de quiebra; y 2) la institución del concordato, el cual, bajo las condiciones establecidas, era casi imposible de cumplir.

En cuanto a la evolución de la figura del régimen de insolvencia de comerciantes en el ordenamiento jurídico colombiano, basta decir que su suerte ha estado, sobre todo, ligada a la de los distintos estatutos comerciales que han regido en el país. Su primera referencia se encuentra en el Código de Panamá de 1869, y de ahí en adelante los diferentes Códigos de Comercio han establecido reglas tendientes a regular la situación de insolvencia de los comerciantes. En la historia reciente sobresalen la ley 222 de 1995 por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones; la ley 550 de 1999, por la cual se establece un régimen que promueve y facilita la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de la ley; y la ley 1116 de 2006, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones, a las cuales se hará referencia más adelante.

Por su parte, el régimen de insolvencia de las relaciones civiles en Colombia, ha tenido una regulación que vale la pena comentar. El Código Civil de Colombia contempla como uno de los modos de extinguir las obligaciones, el pago por cesión de bienes. El artículo 1672 de dicha normatividad establece que *“la cesión de bienes es el abandono voluntario que el*

*deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas*". Por lo demás, el Código establece que la cesión de bienes será de conocimiento de un Juez, procede cuando no haya culpa por parte del deudor y no contempla una transferencia de la propiedad, sino sólo la facultad de disponer de los bienes o de sus frutos para pagarse los créditos. Es importante mencionar que bajo esta figura jurídica, las deudas se extinguen hasta la cantidad en que hayan sido satisfechas con los bienes cedidos, y si el deudor adquiere un nuevo bien, esta obligado a completar el pago con este.

La evolución del régimen de insolvencia muestra de forma clara y precisa la razón de ser de su misma naturaleza, pues de su análisis se concluye que éste *"entre otras finalidades, busca, en caso de cesación de pagos o incumplimiento de las obligaciones de los comerciantes, proteger los intereses del deudor mismo, de sus acreedores y el interés social, al igual que evitar los hechos contrarios a dichos intereses y sancionar su violación en caso de culpa o dolo"*<sup>13</sup>.

### 3.2.2. *Noción*

Una forma didáctica de aproximarse al entendimiento de la noción de la insolvencia es mediante la siguiente definición: la insolvencia es *"el desequilibrio entre el activo y el pasivo, por excedente de pasivos frente a una deficiencia de activos; es decir, que la insolvencia importa un estado económico del deudor que lo imposibilita para satisfacer el*

---

<sup>13</sup> *Ibíd*em pp. 129-132.

*cumplimiento de sus obligaciones (...)*<sup>14</sup>. Por su parte el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la insolvencia como “*falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda*”.

A diferencia de la insolvencia, el profesor Raúl Cervantes Ahumada, ha definido la expresión *quiebra* de la siguiente manera: “*para expresar el estado del comerciante imposibilitado patrimonialmente para pagar sus deudas y el procedimiento judicial al cual se le somete, en español usamos la palabra quiebra y bancarrota (...)*”<sup>15</sup>. Por su parte, el doctrinante Montoya Gil, la definió como “*la situación legal de un comerciante, que ha sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones, declarada judicialmente*”<sup>16</sup>, no sin antes anotar que en nuestro ordenamiento se entiende la cesación de pagos como un estado anterior (como una causa) de la quiebra. Por último, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como “*juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su situación de insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes a favor de la totalidad de los acreedores*”<sup>17</sup>.

El profesor Montoya Gil trae una diferenciación de la quiebra, la cesación de pagos y la insolvencia, que es menester mencionar. Según el profesor “*la quiebra es un estado excepcional en el orden jurídico, motivado por una cesación en el pago corriente de las obligaciones. Es una situación legal que requiere declaración judicial. En cambio, la*

---

<sup>14</sup> Anchával, Hugo (2011), *Insolvencia del consumidor, sobreendeudamiento de personas físicas*, Editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, pp. 221.

<sup>15</sup> Cervantes Ahumada, Raúl (1970), *Derecho de quiebras*, Editorial Herrero S.A., México D.F. pp. 18.

<sup>16</sup> *Ibíd*em, pp. 17.

<sup>17</sup> Definición tomada de la página electrónica de la Real Academia Española. Disponible [en línea] en: [www.rae.es](http://www.rae.es), recuperado en Diciembre de 2011.

*cesación de pagos es un estado de hecho, destinado a producir aquel estado de derecho que se denomina quiebra. La insolvencia es también una situación de hecho, caracterizada por un desequilibrio patrimonial, el cual trae aparejados ciertos efectos jurídicos, aún cuando no se hubiere declarado judicialmente. En tanto la cesación de pagos constituye un presupuesto de la declaración de quiebra de los comerciantes, la insolvencia sirve de fundamento al concurso de acreedores, en tratándose de deudores civiles”<sup>18</sup>.*

Si bien la diferenciación anteriormente mencionada hoy en día no tiene completa aplicación, si es suficientemente clara para afirmar que la insolvencia es un estado en el cual el comerciante no cuenta con los medios necesarios para poder cumplir con las obligaciones adquiridas y, por lo tanto, se somete a un procedimiento en virtud del cual sus acreedores, además de privarlo de la administración de sus bienes en algunas ocasiones, persiguen la prenda general de sus obligaciones y se cobran, en la medida de lo posible, los créditos a su favor. Por su parte la quiebra es una situación legal, reglada, que necesariamente implica la participación de un juez y que busca liquidar el patrimonio del deudor para poder hacer frente a la garantía otorgada a sus acreedores.

La situación de insolvencia es un piso dentro del ciclo económico del comerciante, por lo que se entiende que la razón misma del régimen de insolvencia es bien sea lograr que el deudor salga de su situación de incumplimiento, e inicie sus actividades, con sus obligaciones saneadas, o liquidar las unidades de explotación económica que por las mismas circunstancias que llevaron a su quiebra no son económicamente viables. De nada

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pp. 135.

sirve un régimen de insolvencia en donde el deudor quede obligado por siempre con sus acreedores al cumplimiento de todas sus obligaciones. Lo que se debe buscar es que se saneen las obligaciones o se liquide la empresa, procurando pagar la mayoría de las deudas de la misma, pues de lo contrario el régimen de insolvencia carece de sentido. Por ello, procederemos a continuación a estudiar por una parte el proceso liquidatorio (que para efectos del presente trabajo se entenderá como el proceso de quiebra) y por el otro el proceso recuperatorio (que para efectos del presente trabajo se entenderá como el proceso de reestructuración), los dos entendidos como parte del régimen de insolvencia.

### *3.2.3. Objetivo del procedimiento desde un punto de vista económico*

El objetivo de los procesos de insolvencia desde el punto de vista económico, es por una parte la eficiencia de la recolección de las deudas, reduciendo los costos de las mismas y, por el otro, procurar por la reactivación económica del deudor. Si tenemos en cuenta que todos los acreedores esperan recibir los pagos correspondientes a sus créditos, concluimos que estos harán todo lo que esté a su alcance para que así sea.

De esta manera, si los acreedores no reciben lo que se les adeuda, podrán adelantar un proceso judicial para que les sea pagado exactamente el valor de su obligación, procesos que tienen un alto costo desde el punto de vista de los honorarios de los abogados, la consecución de las pruebas y desde el punto de vista del tiempo que puede tardar el trámite judicial. Si existen varios acreedores, tendrán mejores oportunidades de recibir lo debido los primeros en cobrar o los primeros en demandar, generando una lista de prelación de los

créditos a ser pagados, lo que genera incertidumbre en los que inicien las acciones encaminadas a cobrar sus créditos después.

Así, ya identificamos dos de los principales problemas que son minimizados si se realiza la acción colectiva que se desarrolla en un proceso de insolvencia, porque al estar todos los acreedores en un solo proceso, desde un punto de vista económico, se reducen los costos del mismo y todos los acreedores podrán recibir la totalidad o parte de lo adeudado.

Por otra parte se tiene que, el régimen de insolvencia pretende la reincorporación del deudor en la actividad económica. Por eso, como se verá en casos como el colombiano, las normas que los establecen traen procesos liquidatorios y procesos de recuperación. Los primeros con el objeto de, a través de un proceso ordenado, liquidar los activos de la empresa y pagar, hasta la medida de lo posible, los créditos de los acreedores; y los segundos con el objeto de alcanzar un acuerdo que le permita a las partes llegar a un conceso en virtud del cual se “salve” a la empresa, se establezca un cronograma de pagos y ésta pueda seguir desarrollando sus actividades propias.

#### *3.2.4. El proceso de quiebra según la doctrina*

Tanto el profesor Montoya Gil como el profesor Cervantes Ahumada, coinciden en que la naturaleza de la quiebra es eminentemente procesal. Para sustentar su posición, se argumenta que la mayoría de las normas que regulan la situación de quiebra tienden a regular situaciones meramente procesales como la legitimación de la causa por activa y por

pasiva, las autoridades competentes para conocer este tipo de procesos, sus etapas procesales e, inclusive, los principios que rigen el comportamiento de las partes durante el procedimiento.

Es importante recalcar el hecho de que las normas que regulan la situación de quiebra son un ordenamiento en donde se entiende desde un principio justificada la intervención del Estado como medio o instrumento de tutela del orden público. Dada la importancia que tienen los comerciantes en el funcionamiento actual de las sociedades modernas, el hecho que uno de ellos llegue a una situación de cesación de pagos, es un tema que preocupa a la administración pública por las consecuencias generalizadas que dicha situación puede acarrear frente al resto del conglomerado. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso colombiano, pues al ser un Estado Social de Derecho, su obligación de tutela del bienestar general le exige actuar en situaciones en las cuales, eventualmente, pueda resultar amenazado o vulnerado el interés general.

Al respecto, Montoya Gil comenta que *“para relieves la importancia de la institución de la quiebra, basta considerar que está orientada a garantizar el normal desarrollo y desenvolvimiento del comercio y la moralización del mismo, al igual que el crédito, considerado hoy como ingrediente vital dentro del existir contemporáneo. Sin el auxilio del crédito se tornarían imposibles muchas actividades indispensables a la vida colectiva y se retrocederían siglos en el desarrollo social de la humanidad. Todo está fundado económicamente en la mutua confianza”*<sup>19</sup>. Por su parte, Cervantes Ahumada dice que *“el*

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pp. 136.

*proceso de quiebras se ha estatuido no sólo en interés de los acreedores sino en interés del propio quebrado y del público en general, que está interesado en la subsistencia de las empresas mercantiles como fuente de trabajo*<sup>20</sup>.

### 3.2.5. *La declaratoria de quiebra y sus efectos*

Teniendo en cuenta que el proceso de quiebra es de naturaleza procesal, se tiene que la declaratoria de quiebra es el primer acto que tiene lugar. Vale decir que la naturaleza jurídica de ésta actuación es la de un auto con fuerza y efectos similares a los de una sentencia. Según Alberto Zuleta Ángel, citado en la obra del profesor Montoya Gil, *“ese fallo no es simplemente declarativo, es también constitutivo de un estado para el comerciante; crea para él una situación nueva, la situación del quebrado, la cual trae como consecuencia la de separarlo de la administración y disposición de sus bienes, de tal manera que el quebrado no puede seguir en relaciones jurídicas con terceros y los actos que ejecute con posterioridad a la declaración de quiebra, no tendrán eficacia alguna respecto de los acreedores del quebrado”*<sup>21</sup>.

Al respecto, Montoya Gil menciona que es necesario distinguir entre el estado de quiebra y el proceso de quiebra, pues mientras el estado de quiebra es una situación de hecho que se configura cuando ciertas circunstancias se reúnen en cabeza de una sola persona o empresa, el proceso de quiebra es una declaración judicial que se hace reconociendo la existencia en

---

<sup>20</sup> *Ibíd*em, pp. 17.

<sup>21</sup> Montoya Gil, H. (1984) *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes* (4ª Ed.) Bogotá, D.C., Ed. Librería El Foro de la Justicia. Pp. 173.

determinada persona de las circunstancias de estado de quiebra. La declaratoria de quiebra produce efectos que se pueden estudiar desde el punto de vista de la persona del quebrado, de sus bienes y de los acreedores o terceros<sup>22</sup>.

### *3.2.6. La conservación de la empresa y los escenarios de terminación de un proceso de quiebra*

Sea lo primero mencionar que los regímenes de insolvencia, a pesar de lo que algunos doctrinantes pueden pensar, buscan desde un principio conservar la empresa que entró en la situación de cesación de pagos o incumplimiento de obligaciones. La razón de ser del procedimiento es esa, permitirle a la empresa subsanar todas sus contingencias y obligaciones incumplidas, conservando la identidad, el know-how, good-will, y demás activos intangibles que sólo se logran con años de experiencia y servicio.

El doctrinante Cervantes Ahumada considera que *“el proceso de quiebras tiende a realizar el principio de conservación de las empresas, que, como hemos indicado, es de orden público por el interés de la comunidad en que las empresas perduren como fuentes de producción y de trabajo. Como consecuencia de este principio, la ley ordena que, si fuere imposible la superación del estado patológico de insolvencia en que la empresa se encuentra, administrándola prudentemente, se proceda a venderla en bloque o por*

---

<sup>22</sup> Montoya Gil, Horacio (1976), *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*, Colección Jurídica Bedout, Medellín,

*unidades de producción, y sólo cuando esas formas de enajenación no fueran posibles, autoriza la ley la venta al detalle*<sup>23</sup>.

Tanto es así que en el régimen de insolvencia, dentro de la medida que sea económicamente posible, se busca que el deudor incumplido vuelva a ejercer la actividad comercial, para la cual en algunos casos ha quedado inhabilitado, con lo que se le reintegran sus derechos de administración, y puede continuar efectuando sus labores. Se pretende que la liquidación del patrimonio de la empresa sea la última posibilidad dentro del proceso, por las implicaciones sociales y económicas que genera.

### *3.2.7. Diferencia de la quiebra con los acuerdos de reestructuración o concordatos*

El concordato se ha entendido como un acuerdo alcanzado entre el deudor y sus acreedores respecto de sus obligaciones mercantiles, con el fin de solucionar sus dificultades, y así evitar o extinguir la quiebra. Es importante mencionar que la naturaleza misma de los concordatos se centra en evitar que el deudor, que se ve en dificultades para pagar sus obligaciones, llegue a un estado de quiebra, o en caso de que ya fuese declarado en quiebra pueda ponerle fin al proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la diferencia entre el concordato y la quiebra radica en que el primero es un medio de evitar o finalizar la segunda. Es decir, el

---

<sup>23</sup> *Ibíd*em, pp. 137.

concordato es una figura jurídica con la que cuenta el deudor incumplido para evitar la quiebra o salirse de ella. Es la misma diferencia que se puede predicar de la conciliación y el proceso judicial, en el entendido que la conciliación es una forma de evitar una eventual demanda o una vez iniciado el proceso, una forma de terminarlo extrajudicialmente.

En los términos de Montoya Gil *“en el moderno derecho mercantil se han generalizado ciertas medidas tendientes a proteger especialmente al deudor o comerciante honesto, permitiéndole arreglos amigables con sus acreedores, con miras a prevenir una eventual declaratoria de quiebra con todas sus funestas consecuencias, o con el fin de ponerle término a un proceso de quiebra ya en curso”*<sup>24</sup>.

### 3.2.8. *Objetivos de los concordatos*

Teniendo en cuenta la naturaleza convencional de la figura de los concordatos, se tiene que, como lo menciona Rudy Pereira Pereira, *“éstos tienen por objeto dirimir un conflicto de intereses particulares, generalmente en contraprestación cuando se observan por fuera de este trámite. No obstante, al ser admitida una solicitud de concordato se atenúa o morigera un tanto esa contraposición, a tal extremo que llega a haber una coincidencia de intereses, por lo menos en cuanto al punto común que los une, o sea, la recuperación de la empresa”*.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibíd*em, pp. 20.

<sup>25</sup> Pereira Pereira, R. (2006) *Manual de derecho concursal, de los concordatos y los acuerdos de reestructuración*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. Pp. 45.

Es claro que la intención del concordato es salvar a una empresa quebrada o en situación de insolvencia. Por eso se entiende que las normas que lo regulen, establezcan los procesos y mecanismos necesarios para lidiar con este fin y con los intereses de los acreedores que, antes de querer ver recuperada la empresa, quieren ver sus créditos pagados. Es por eso que se requiere de un tercero imparcial y con suficientes poderes jurisdiccionales, para que dirima las diferencias existentes entre las partes y encause su conflicto hacia una solución concertada en donde ambos se beneficien.

Así las cosas, tenemos dos puntos de vista convergentes: por un lado, el interés general y público de recuperar la empresa y, por el otro, el interés particular del deudor y de los acreedores que buscan alcanzar el máximo nivel de eficiencia durante la negociación del acuerdo. Al respecto menciona la tratadista Pereira: *“sin embargo, no debe mirarse en la tutela de este interés público económico, concretado en la recuperación y preservación de la empresa en crisis, la exclusión de los intereses del deudor y de los acreedores, porque entonces se desconocería el carácter colectivo y universal de los concursos. Recordemos que mediante los concursos se vincula a todos los acreedores del deudor y se afectan todos los bienes de este último. Esto no quiere decir que el interés público de recuperar y preservar la empresa en crisis no prevalezca por encima de los demás intereses, porque en la tendencia moderna, tanto el deudor como los acreedores han dejado de ser el centro de gravedad de los concursos, para ceder su posición a la preservación y recuperación de la empresa (...) en síntesis, por encima del pago a los acreedores y de la consecuente*

*liberación del deudor se halla el interés de la recuperación y preservación de la empresa”<sup>26</sup>.*

Así, se tiene que el objeto del concordato no es más que recuperar la empresa en crisis por la importancia económica y social que representa, sin dejar de lado los intereses individuales del deudor y el acreedor.

### *3.2.9. Comentarios sobre la ley 1116 de 2006*

La ley 1116 de 2006, constituye el marco normativo del régimen de insolvencia para empresas y para personas naturales comerciantes. La finalidad del conjunto de normas en ella establecida es la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. En concordancia con lo que se ha venido comentando, el objeto de la ley 1116 responde a los postulados que la doctrina ha venido desarrollando y armoniza los elementos y principios que la doctrina le ha otorgado al régimen de insolvencia en general.

Considerando las diferencias anteriormente anotadas entre los acuerdos de reestructuración y la declaratoria de quiebra, los incisos 2, 3 y 4 del artículo 1° de la anotada ley, enmarcan de manera evidente lo que se dijo. Su tenor literal es el siguiente: “[e]l proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional,

---

<sup>26</sup> *Ibíd*em, pp. 46.

*administrativa, de activos o pasivos. El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias*<sup>27</sup>.

Del texto de la norma es claro que el proceso de reorganización se asimila a lo comentado acerca de los concordatos, pues su finalidad y naturaleza es la de lograr un acuerdo entre las partes que les permita preservar la empresa, lo que es lo mismo que decir que es un acuerdo que le permite a la empresa evitar entrar a una situación de quiebra o salir del proceso de quiebra ya iniciado. Es importante mencionar que el proceso de reorganización consagrado en la ley 1116 permite a la empresa, además, alcanzar una reestructuración de sus operaciones.

En cuanto al proceso de liquidación judicial, es clara su simetría con el proceso de declaración de quiebra, pues lo que busca es liquidar los activos de la empresa para poder cumplir con las obligaciones dejadas de pagar. Responde también al principio de la salvaguarda de la buena fe comercial.

Como muestra clara de lo anterior se tiene que la misma ley, al momento de regular y establecer los principios que guían el régimen de insolvencia, estableció el principio de “*governabilidad económica*” en virtud del cual se establece como finalidad del régimen

---

<sup>27</sup> Colombia, Congreso Nacional de la República (2006, 27 de diciembre), “Ley 1116 del 24 de enero de 2006, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y dictan otras disposiciones” Diario Oficial, núm. 46.494 de 27 de diciembre de 2006, Bogotá.

*“obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial”<sup>28</sup>.*

Por último, es menester hacer mención a una de las figuras más importantes del régimen: el juez del concurso. El proceso de insolvencia de empresas y personas naturales comerciantes, cuenta con un director general, revestido de facultades y poderes jurisdiccionales, que tiene dentro de sus competencias obtener la información que considere necesaria, ordenar las medidas pertinentes tendientes a salvaguardar el patrimonio del deudor (prenda general del proceso de insolvencia), controlar los actos y nombramientos que lleve a cabo el liquidador, decretar inhabilidades para poder ejercer el comercio, imponer sanciones o multas, entre otras facultades, las cuales le permiten canalizar las actuaciones que se llevan a cabo dentro del proceso para poder lograr los objetivos del régimen.

Esta atribución podrá ser ejercida por la Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, en el caso de las sociedades, empresas unipersonales, sucursales y personas naturales comerciantes; y por el Juez Civil del Circuito del domicilio del deudor en los demás casos.

---

<sup>28</sup> *Ibíd*em, Art. 7, Núm. 7.

#### 4. Procedimiento de insolvencia norteamericano

##### 4.1. *Consideraciones generales del Capítulo 7 del Título 11 del Código de los Estados Unidos de América*<sup>29</sup>

Existen distintas alternativas dentro del procedimiento de quiebras personales bajo las disposiciones consagradas en el Título 11 del Código de los Estados Unidos de América<sup>30</sup>. Tal es el caso del procedimiento consagrado en el Capítulo 13, correspondiente a la reestructuración de las deudas de la persona natural o jurídica al cual se pueden acoger de manera voluntaria<sup>31</sup> o que tiene un ingreso mensual promedio; el procedimiento consagrado en el Capítulo 11 correspondiente al ajuste de las deudas que busca ampliar el término para pagarlas o reorganizarlas razonablemente, reorganizaciones que pueden ser voluntarias u obligatorias; el procedimiento consagrado en el Capítulo 12<sup>32</sup>, al que pueden acceder las familias campesinas dedicadas a actividades agrícolas o que tienen como actividad principal la pesca y se encuentran en una situación demasiado gravosa con respecto a sus obligaciones insolutas; o el procedimiento consagrado en el Capítulo 7 en virtud del cual los deudores sin ingresos fijos mensuales podrán resolver su situación de insolvencia sin

---

<sup>29</sup> También conocida como el *Bankruptcy Code* en la doctrina y jurisprudencia norteamericana.

<sup>30</sup> Se hará referencia como Ley Norteamericana o Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América al U.S. Code, Title 11. El mencionado Título 11 está compuesto por: Capítulo 1 Consideraciones Generales para la aplicación de la Ley; Capítulo 3 Administración de los Casos, dejando claro el procedimiento general a ser aplicado; Capítulo 5 sobre los Acreedores, los Deudores y el Estado y los roles que cada uno juega en un proceso de insolvencia; Capítulo 7 de Liquidación de los créditos; Capítulo 9 Ajuste de las deudas de un Municipio; Capítulo 11 Reorganización establecida tanto para reorganizaciones voluntarias como involuntarias; Capítulo 12 Ajuste de las deudas de las familias campesinas o de los pescadores con ingresos anuales promedio; Capítulo 13 Ajuste de las deudas de las personas naturales con ingresos anuales promedio; y Capítulo 15 casos Accesorios y otros casos transfronterizos. Los procedimientos bajo la Ley Norteamericana distinguen entre persona natural o persona jurídica, pero no en cuanto al procedimiento en general. La distinción es enunciativa y frente a ciertos derechos que estudiaremos más adelante.

<sup>31</sup> Las personas jurídicas prefieren acogerse al trámite consagrado en los capítulos 11 y 13, por cuanto les permite continuar con el desarrollo de su actividad. De acudir a otro trámite necesariamente deberá liquidar la compañía. Ver: US Courts, "Individual Debt Adjustment", [en línea], disponible en: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter13.aspx>, recuperado el: 17 de julio 2011.

<sup>32</sup> La Ley Norteamericana hace referencia exacta a "family farmer," o "family fisherman".

gravar sus ingresos futuros, protegiendo parte de su patrimonio y entregando el resto para ser liquidado y responder con el remanente.

Para el desarrollo de este trabajo, nos incumbe el análisis del Capítulo 7 de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América, pues a través de su contenido se puede realizar un análisis de sus principales instituciones para determinar sus ventajas y su viabilidad dentro de un proceso de insolvencia como el desarrollo en la Ley 1380, advirtiendo de entrada que se trata de dos procedimientos opuestos, pues mientras el estadounidense es de naturaleza liquidatoria, el colombiano es de naturaleza conciliatoria y no prevé la posibilidad de un proceso liquidatorio dentro del trámite de insolvencia.

Uno de los principales propósitos del procedimiento de quiebra estadounidense es favorecer la posición de los acreedores para poder recaudar la totalidad o parte del objeto de la obligación contraída con el deudor. En este sentido, la Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América, mediante derechos tales como la posibilidad de liberar ciertos activos del patrimonio del deudor de ser perseguidos coercitivamente por parte de los acreedores, o proteger sus futuros ingresos y así no ser objeto de garantía de las obligaciones pasadas, incentiva a los deudores a iniciar un trámite de quiebra poniendo en conocimiento de los acreedores qué activos de su patrimonio pueden ser perseguidos, lo que influye en la protección del crédito de los acreedores.

Estos derechos están garantizados principalmente para las personas naturales<sup>33</sup>, quienes deben proteger su patrimonio para garantizar la supervivencia personal o familiar. En este sentido, las decisiones de las personas naturales deben contemplar sus expectativas actuales y sus expectativas futuras para tomar cualquier decisión relacionada con contraer obligaciones que impliquen una erogación de su patrimonio.

Es por esto que dependerá de los jueces que tengan conocimiento de los procedimientos de quiebras, la decisión de negar o no la liberación de las deudas, porque así como la norma busca beneficiar a quienes efectivamente pretenden saldar sus deudas, asimismo castiga y niega este derecho a los deudores que intentan defraudar a los acreedores o poner trabas a la recolección de la cartera de estos.

El Capítulo 7 no tiene consagrado un plan para pagar las deudas contraídas, como si lo consagra el Capítulo 11 y el Capítulo 13, el cual está directamente dirigido al ajuste de las deudas de las personas naturales. Por el contrario, incluye la figura del “trustee<sup>34</sup>”, el cual reúne los activos del deudor con el fin de liquidarlos y con el remanente pagar los créditos de los acreedores<sup>35</sup>. Parte de los bienes del deudor están excluidos por ser objeto de hipotecas o gravámenes los cuales están sujetos a garantía en cabeza de ciertos acreedores.

---

<sup>33</sup> U.S. Code, Title 11, Chapter 7, Subchapter II, 727, *The court shall grant the debtor a discharge, unless (1) the debtor is not an individual...*. [en línea], disponible en: [http://www.law.cornell.edu/uscode/usc\\_sec\\_11\\_00000727\\_---000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_11_00000727_---000-.html), recuperado: mayo de 2011.

<sup>34</sup> Consiste en una figura similar al fiduciario del contrato de fiducia mercantil colombiano, que debe contar con la aprobación dada por el U.S. Trustee, parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América para operar en los procedimientos de insolvencia, encargado de administrar bienes del patrimonio del deudor, para que sea éste quien pague a los acreedores las deudas según lo acordado en el transcurso del procedimiento. Es la entidad que recibe las deudas liberadas del deudor y se encarga de cumplirlas conforme lo señalado en el procedimiento. El “trustee” puede intervenir en una de las audiencias que se celebran dentro del proceso, en condición de parte. Esta figura está bajo la vigilancia del U.S. Trustee, entidad encargada de vigilar el desarrollo de los procedimientos de insolvencia, designar los “trustees” para cada proceso y ante la cual el deudor podrá presentar sus quejas en relación con el “trustee”.

<sup>35</sup> Los deudores antes de iniciar un trámite específico deberán tener en cuenta que, al acogerse al Capítulo 7 podrán perder la totalidad de sus bienes.

Adicionalmente, Capítulo 7 de la Ley Norteamericana, le permite al deudor excluir de la liquidación de su patrimonio ciertos bienes que le garantizan su sustento. Para ello el deudor tendrá que pedir su exclusión del procedimiento ante la Corte de Quiebras en el desarrollo del proceso y antes de la liquidación de los mismos por parte del “*trustee*”.

El procedimiento no iniciará si dentro de los 180 días anteriores a la presentación de la solicitud de quiebra, el deudor no atendió los requerimientos de la Corte de Quiebras (presentación de formularios requeridos, relación de los bienes que conforman su patrimonio, haber recibido una propuesta de un centro de asesoría de créditos (credit counseling) aprobado por el U.S. *Trustee*<sup>36</sup>, etc.).

#### 4.1.1. Procedimiento

El proceso de quiebra bajo el Capítulo 7<sup>37</sup> inicia con la presentación de una solicitud de proceso de quiebra ante la correspondiente Corte de Quiebras (“*Bankruptcy Court*”) del lugar donde el deudor tiene su domicilio principal. Esta se hará mediante un formato de

---

<sup>36</sup> Estos son requisitos que se deben presentar en los formatos de solicitud donde, adicionalmente solicitan a las personas naturales que tienen principalmente deudas por consumo, un certificado del “credit counseling”, y se debe declarar haberlo recibido en todos los supuestos contemplados en cada uno de los formatos, declaración mensual de los ingresos netos y quien le ayudará al deudor en la realización de un análisis del presupuesto para cumplir con el plan de pago Ver: “Bankruptcy Forms”, [en línea], disponible en <http://www.uscourts.gov/FormsAndFees/Forms/BankruptcyForms.aspx>, recuperado: mayo de 2011.

<sup>37</sup> Este procedimiento tiene un costo de USD\$300, de los cuales USD\$245 deben ser cancelados al momento de radicar la solicitud, USD\$39 para gastos varios de administración y USD\$15 por recargo del “*trustee*”. Todos los montos son entregados al secretario de la Corte de conocimiento del trámite o en la instalación de la misma, según como lo señale la Corte. Si el deudor no está en capacidad económica de pagar la cuota para iniciar el trámite por tener ingresos menores al 150% de los niveles de pobreza definidos por la Ley en comento, la Corte podrá renunciar al requisito de cobrar dicha cuota. Ver: “Poverty Guidelines”, (2011), [en línea] disponible en: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyResources/PovertyGuidelines.aspx>, recuperado: marzo de 2011.

solicitud especial para cada procedimiento, en el que el interesado deudor deberá incluir<sup>38</sup> principalmente lo siguiente:

1. Una lista de los activos y pasivos que componen su patrimonio.
2. Una lista con los ingresos y gastos actuales.
3. Una declaración del estado de sus asuntos financieros.
4. Una lista de contratos pendientes de ejecución y contratos de arrendamiento vigentes<sup>39</sup>.

Los deudores, asimismo, deben proporcionar al “*trustee*”, o administrador del caso, una copia de la declaración de impuestos o transcripciones correspondientes al año fiscal anterior, así como declaraciones de impuestos presentadas durante el trámite (incluidas las declaraciones fiscales de ejercicios anteriores que no se habían presentado cuando el trámite comenzó).<sup>40</sup>

Con el fin de completar las formas oficiales de quiebra que se deben llenar, el deudor deberá proveer la información a continuación relacionada: (i) una lista de todos los acreedores y la cantidad y naturaleza de sus créditos; (ii) la fuente, cantidad y frecuencia de sus ingresos; (iii) una lista de todos sus bienes, activos y pasivos; y (iv) una lista detallada

---

<sup>38</sup> Como ya lo mencionamos, también deberá incluir un certificado de un “*credit counsel*”.

<sup>39</sup> Tomado de “Federal Rules of Bankruptcy Procedure, 1007 Lists, Schedules, Statements, and Other Documents; Time Limits (b). Schedules, statements, and other documents required”, [en línea] disponible en: <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>, recuperado: marzo de 2011.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

de sus gastos mensuales, es decir, alimentos, ropa, vivienda, servicios públicos, impuestos, transporte, medicina, etc.<sup>41</sup>

Es importante señalar que este procedimiento contempla la posibilidad de presentar en el trámite una petición conjunta de los cónyuges, una por cada uno o una por los dos, dependiendo de cada caso. En el evento que sólo se presente un cónyuge al procedimiento, es necesario que presente la información sobre los bienes del cónyuge que no es parte dentro del mismo, para que pueda ser evaluada la posición financiera de la sociedad conyugal.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, la Ley de Quiebras Norteamericana permite que el deudor proteja cierta porción de su patrimonio de las reclamaciones de los acreedores, y lo hará en virtud de disposiciones normativas de orden federal o estatal<sup>42</sup>.

Una vez presentada la solicitud de iniciación del proceso, el deudor no podrá ser objeto de embargos salariales, ni podrán hacerse efectivos los gravámenes impuestos a sus bienes, como tampoco los acreedores en general podrán iniciar o continuar acciones judiciales en su contra, embargos de salarios, o incluso llamadas telefónicas exigiendo pagos<sup>43</sup>. El

---

<sup>41</sup> Tomado de US Courts, "Liquidation Under the Bankruptcy Code" [en línea], disponible en: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter7.aspx>, United States Courts.

<sup>42</sup> Por regla general los deudores se acogen a la norma estatal y no a la federal. Asimismo es recomendable consultar con un abogado del lugar donde se está adelantando el procedimiento, para determinar exactamente que porción de la propiedad del deudor puede ser objeto de protección. Por ejemplo: "...in Texas... a married couple filing jointly can keep their house and \$60,000 worth of other assets regardless of their ability to repay." Tomado de Bertola, Giuseppe, Disney, Richard y Grant, Charles (comp) (2006), *The Economics of Consumer Credit. The Economics of Consumer Credit Demand and Supply*, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology.

<sup>43</sup> Esta medida representa una evidente protección dada al deudor que busca cumplir con sus obligaciones mediante el procedimiento contemplado en el Capítulo 7 de la Ley de Quiebras Norteamericana.

secretario de la Corte de Quiebras notificará del trámite a todos los acreedores cuyos nombres y direcciones fueron proporcionados por el deudor.

Dentro de los 20 y 40 días siguientes a la radicación de la solicitud, el “*trustee*” sostendrá una reunión con los acreedores y el deudor, donde el deudor estará bajo juramento y tanto los acreedores como el “*trustee*” podrán hacer preguntas, teniendo el deudor que responderlas y cooperar con la información que sea solicitada por el “*trustee*”, quien deberá informarlo de todas las consecuencias que se pueden desprender de acudir a un procedimiento de quiebra.

Así las cosas, una vez surtida la reunión anteriormente señalada, a la cual está expresamente prohibido que el juez asista<sup>44</sup>, éste tiene que tomar la decisión de aprobar o no la solicitud del deudor de iniciar el procedimiento de quiebra, y así liberarlo de las deudas que pueden ser objeto de liberación. De ser afirmativa la decisión del juez, la cual es notificada, el deudor es oficialmente liberado de la responsabilidad personal por cualquiera de las deudas efectivamente liberadas, tal como se explicará en la siguiente sección. Por su parte, el “*trustee*” entrará a liquidar la totalidad de los bienes no exceptuados del procedimiento para cumplir con las obligaciones contraídas, pues en su cabeza quedaron descargadas las deudas liberadas que antes eran del deudor.

Lo que se busca es que por medio de la información suministrada por el deudor sobre sus acreedores, sus deudas y sus bienes, se les notifique a los acreedores la iniciación de la

---

<sup>44</sup> Ver: “§ 341 Meetings of creditors and equity security holders”, [en línea], disponible en: [http://www.law.cornell.edu/uscode/usc\\_sec\\_11\\_00000341----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_11_00000341----000-.html), recuperado: marzo 2011.

declaratoria de quiebra del deudor, se haga un inventario de las deudas que tiene actualmente, y se pase el manejo de los bienes del deudor a manos del “*trustee*”, el cual los administrará con el fin de cumplir con las obligaciones contraídas y finalizar el procedimiento.

#### 4.1.2. *De la liberación de deudas (“Discharge”)*

Tal como se mencionó, el deudor se libera de la responsabilidad personal para tipos específicos de deudas mediante el derecho consagrado en el procedimiento del Capítulo 7, de liberación de las deudas, o de la descarga de las mismas en el “*trustee*”. Este derecho es el soporte de todo el procedimiento, y consiste en una orden permanente dirigida a los acreedores a quienes se les prohíbe presentar cualquier tipo de reclamación directa en contra del deudor.

A pesar de que el deudor no es personalmente responsable de las deudas liberadas, los gravámenes válidos se mantendrán después del trámite de quiebras, como lo es aquel constituido sobre un bien que sirve de garantía de una obligación que no se pudo incluir en el procedimiento. Por lo tanto, un acreedor con dicha garantía válida podrá ejercer el derecho de retención o la facultad de persecución para perseguir el bien gravado y satisfacer su crédito<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Ibidem.

El derecho de liberación de deudas no es un derecho absoluto y puede ser objetado tanto por los acreedores como por el “*trustee*”, quienes tendrán que iniciar una reclamación formal y ser adversarios del procedimiento. Será la Corte de Quiebras el ente encargado de determinar si incluye o no dentro del procedimiento la aplicación del derecho de liberación de las deudas del deudor, para lo cual tendrá en cuenta: (i) si el deudor es honesto y proporciona los documentos solicitados en relación con impuestos, completa un curso sobre administración financiera personal, o no se percate de la transferencia u ocultación de bienes con la intención de obstaculizar, retrasar, o en ningún caso busque defraudar a los acreedores, la destrucción o la ocultación de libros o registros, perjurio y otros actos fraudulentos, como la violación de una orden judicial, entre otros<sup>46</sup> y (ii) que las deudas sean objeto de ser liberadas (tal como se menciona más adelante). En caso en el que las objeciones vayan a juicio, la carga de los argumentos fácticos de la objeción la tiene el acreedor o el “*trustee*” según sea el caso y la Corte determinará su procedencia conforme a los beneficios o garantías que sean requeridas para lo cual se tendrá en cuenta la obligación adquirida como tal.

Por otra parte, es necesario analizar el término en el que la liberación acaece dentro del trámite consagrado en el Capítulo 7 de liquidación. Por regla general, la Corte competente del proceso, otorga la liberación transcurrido el término fijado para la presentación de una objeción a la liberación, es decir, sesenta (60) días desde la primera reunión con los acreedores y el “*trustee*”, o aproximadamente cuatro (4) meses después de la fecha en que el deudor presente la petición ante el secretario de la Corte de Quiebras.

---

<sup>46</sup> U.S. Code, Title 11, Chapter 7, Subchapter II, 727, (a) [en línea], disponible en: [http://www.law.cornell.edu/uscode/usc\\_sec\\_11\\_00000727----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_11_00000727----000-.html), recuperado: mayo de 2011.

De no existir reclamaciones u objeciones frente a la liberación de deudas, esta será efectiva automáticamente, sea o no notificada. La legislación relacionada con el procedimiento de quiebra consagra que será el secretario de la Corte quien enviará la notificación correspondiente y copia de la orden final de la liberación de deudas a los acreedores, al U.S. Trustee, al “*trustee*” designado para el caso, al deudor y a su abogado, sin determinar en dicha notificación específicamente qué deudas fueron liberadas y qué deudas no.

La mencionada notificación informa a los acreedores en general que las deudas contraídas con ellos han sido liberadas, que no deben iniciar ningún tipo de actuación que esté encaminada a reclamar al deudor el cumplimiento de las obligaciones contraídas y que cualquier intento podrá contraer una pena por desacato.

Como se mencionó, no todas las obligaciones contraídas por el deudor pueden ser liberadas. Las deudas liberadas varían de acuerdo con la aplicación de cada capítulo de la Ley de Quiebras. La sección 523 (a) de la Ley exceptúa específicamente varias categorías de las deudas liberadas a deudores individuales. Por lo tanto, el deudor debe pagar las deudas no liberadas después del mencionado procedimiento. El Congreso de Estados Unidos de América ha determinado que existen deudas que no son liberables por razones de orden público, ya sea por la naturaleza de la deuda o por ser contraídas por la conducta inadecuada del deudor, como por ejemplo conducir en estado de embriaguez.

Las deudas más comunes que no son liberables son ciertos tipos de créditos fiscales, las deudas que no se presentaron oportunamente ante la Corte, las deudas por manutención del cónyuge o de hijos o pensión alimenticia, las deudas generadas de manera dolosa causando lesiones y perjuicios al acreedor o a sus bienes, deudas con entidades gubernamentales como multas y sanciones, las deudas con el gobierno por concepto de préstamos y beneficios para educación, las deudas por daños personales causados por conducir un vehículo en estado de embriaguez o intoxicación por drogas, las deudas relacionadas con beneficios tributarios derivados de planes de jubilación, y las deudas cooperativas de vivienda.<sup>47</sup>

De este modo, la Ley Norteamericana define qué deudas pueden ser liberadas y qué deudas no. Las deudas que pueden ser objeto de liberación son, por ejemplo, las relacionadas con tarjetas de crédito, cuentas sin pagar de centros médicos, embargos salariales, entre otras, generando así un alivio en el patrimonio del deudor.

Por lo anterior, es necesario tener en cuenta que los bienes como la casa donde vive el deudor, su carro y sus cuentas bancarias las mantendrá con el fin de garantizar su bienestar mínimo<sup>48</sup>.

De esta manera, la liberación de deudas elimina la responsabilidad directa al deudor honesto de cumplir con los créditos adeudados y le permite enfocar todos sus esfuerzos a la

---

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Existe la posibilidad de presentar activos que se quieran proteger. Estos dependerán de cada Estado en el que se inicie el proceso, porque los activos a ser protegidos están determinados y pueden cambiar de uno a otro Estado al no ser una regulación federal.

generación de ingresos libres de gravámenes o embargos por concepto de las deudas objeto del procedimiento, dando un nuevo comienzo o un “*Fresh Start*” al deudor y, permitiendo una real reincorporación a la vida económica y estableciendo un escenario propicio para la recomposición de su patrimonio.

#### 4.2. El “*Fresh Start*”

El derecho a que tienen acceso los deudores honestos de liberar sus deudas, consagrado en la Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América, principalmente en su Capítulo 7, representa para los deudores un alivio en virtud de la figura del “*Fresh Start*”. Las personas naturales, a las cuales les declaran la liberación de deudas, que se acogen a este procedimiento lo inician con el “*tablero limpio*”, con un nuevo comienzo. En otras palabras el deudor deja de ser legalmente requerido para pagar directamente sus deudas, y “...*conserva para sí la posibilidad de generar rentas futuras, aunque momentáneamente no las tenga...*”<sup>49</sup>.

La Ley Norteamericana en mención contempla la posibilidad de empezar con la mayoría de sus obligaciones saldadas una vez termine el proceso de quiebra. Esta figura es denominada como el “*Fresh Start*”, y consiste en una política que permite la liberación de los ingresos

---

<sup>49</sup> Anchával, Hugo (2011), *Insolvencia del consumidor, sobreendeudamiento de personas físicas*, Editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, pp. 225 - 226. Asimismo establece que: “*Como parte del reconocimiento internacional de los derechos humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos y culturales, y que actúe en consecuencia, a los efectos de facilitar la identificación de perpetradores sobre los cuales recae responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligado a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye “una masiva, flagrante y sistemática violación de derechos humanos” (cita que hace el autor a la Conferencia Internacional sobre Pobreza y Exclusión Social, San José de Costa Rica, enero 1997)*”.

futuros del deudor frente a las obligaciones anteriores objeto del procedimiento de quiebra, las cuales ya fueron liberadas o descargadas en el “*trustee*”.

Conforme a lo anterior, quien se acoja a un procedimiento de quiebra bajo el Capítulo 7 de la Ley Norteamericana, no solo estará cumpliendo con la mayor parte de sus deudas de manera voluntaria sino que podrá empezar su vida de consumidor como si nunca hubiese tenido deudas, en el sentido que no deberá cubrir obligaciones pasadas con ingresos futuros<sup>50</sup>, lo que le permite al deudor generar recursos sin estar atados al cumplimiento de las deudas liberadas. Así se le permite al deudor regresar de su condición de insolvencia como un consumidor que pretende satisfacer sus necesidades, lo que implica la inclusión de un factor de la economía en las mismas condiciones que el resto de los consumidores, para así concretar su contribución en el mercado como demandante de recursos.

La Ley Norteamericana contempla, también, la protección de cierta porción del patrimonio del deudor para garantizar su bienestar<sup>51</sup>. En este sentido, el “*Fresh Start*” da al deudor honesto la posibilidad de empezar de nuevo, sin embargos salariales y con la porción de su patrimonio que fue objeto de protección, dentro del cual es considerado el capital humano como un activo<sup>52</sup> que debe ser protegido, porque será a través de este que el deudor podrá

---

<sup>50</sup> Es importante tener en cuenta que la Ley de Quiebras de Estados Unidos de América contempla un límite de tiempo para volver a presentarse a un procedimiento de quiebra. Este límite es de 4 años para volver a solicitar un procedimiento bajo el Capítulo 7.

<sup>51</sup> Al no existir una regulación federal en este sentido, cada Estado puede incluir unos y otros activos para ser objeto de protección. Ver U.S. Code, Título 11, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 522 Exemptions, que trata de la propiedad en términos generales la propiedad que puede ser exceptuada de la liquidación, y en general de un procedimiento de quiebra.

<sup>52</sup> Jackson, Thomas H. (1986), *The Logic and Limits of Bankruptcy*, Cambridge, Massachusetts, and London England, Harvard University Press, pp. 257: “...to say that human capital is in existence at the time bankruptcy does not mean that creditors are entitled to claim all of the debtor’s measurable future income as an existing asset because some of that income will depend on future efforts by the debtor to acquire human capital-efforts over which the creditors have no control and that society does not require.”

volver a ser un factor de producción en la economía, sin restringir su capacidad de ahorro y mucho menos su capacidad de consumo.

El “*Fresh Start*” busca mejorar cuantitativa y cualitativamente la condición del deudor insolvente que se acogió al procedimiento, a quien le entrega las herramientas necesarias para que pueda satisfacer tan pronto como sea posible sus necesidades básicas, como la salud, educación, alimentación, vivienda, entre otras, y eventualmente ser un consumidor activo. Es importante mencionar que el consumo es un factor de gran importancia en la economía moderna, para la cual, tener en el mercado personas activas en cuanto a su demanda de bienes y servicios no solo beneficia al deudor sino también a la colectividad, pues se está incentivando uno de los elementos generadores de demanda agregada.

#### 4.3. *El Capital Humano y la información financiera del deudor*

La economía está fundamentada en factores de producción: tierra, trabajo y capital. El trabajo es el factor de producción en el que el ser humano directamente aplica sus habilidades, experiencias y estudios para generar ingresos. Así, Adam Smith señalaba que las habilidades individuales de un trabajador eran una especie de capital<sup>53</sup>, por lo que al especializarse cada trabajador sería una parte fundamental de un engranaje, de donde surge el concepto de capital humano.

---

<sup>53</sup> Tomado de: Keely, Brian, (2007), *Percepciones de la OCDE, Capital Humano, Cómo influye en su vida lo que usted sabe*, París, Ediciones Castillo S.A. de C.V.

El capital humano<sup>54</sup>, entendido como el conjunto de habilidades que una persona adquiere en su formación social y académica, y en el trabajo, mediante la capacitación y experiencia, representa un aumento en el valor de la persona en el mercado laboral. Este capital humano es analizado como un activo, desde la perspectiva del profesor Thomas H. Jackson en su libro *The Logic and Limits of Bankruptcy*<sup>55</sup>, que se debe proteger, porque es en virtud de este que el deudor conseguirá nuevos ingresos.

Ahora bien, es necesario analizar la importancia del capital humano como un factor de producción que genere ingresos libres para el patrimonio del deudor, para así determinar la necesidad de garantizar el “*Fresh Start*” y proteger de esta manera sus ingresos futuros de la persecución de sus antiguos acreedores, para así incentivar al deudor a realizar un esfuerzo por conseguir ingresos con su trabajo.

Es así que el deudor honesto pero insolvente, que busca cumplir con sus obligaciones, encuentra un beneficio en el desarrollo del procedimiento de quiebra bajo la normatividad estadounidense, el cual consiste en proteger sus futuros ingresos, lo que incluye la totalidad de su salario<sup>56</sup>, además de la porción del patrimonio que puede proteger, y genera a su vez un beneficio para los acreedores porque recibirán parte o la totalidad de una obligación a su favor sin los costos del cobro de cartera coactiva<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, define capital humano como “...los conocimientos, habilidades, competencias y atributos incorporados en los individuos que facilitan la creación de bienestar personal, social y económico.” *Ibíd.*

<sup>55</sup> Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1986).

<sup>56</sup> EL procedimiento de quiebra también genera una experiencia para el deudor que puede influir en su actuar en el futuro con factores de información que no contemplaba anteriormente.

<sup>57</sup> *Local Loan Co. Vs. Hunt*, 292 U. S. 234 (1934), [en línea] disponible en: <http://supreme.justia.com/us/292/234/case.html>, recuperado: junio de 2011: “the act (Bankruptcy Law) has been again and again emphasized by the courts as being of public, as well as private, interest, in that it gives to the honest but unfortunate

Claro está, que bajo este supuesto se presentan distintos factores, como las preferencias de los deudores, su aversión al riesgo y la información<sup>58</sup> con la que tomaron sus decisiones al momento de adquirir obligaciones. Es mediante estos factores que los deudores toman la decisión de adquirir nuevas obligaciones o no, y en una economía basada en el crédito, es imperativo tener esta posibilidad para ser un consumidor activo, sea personalmente, o vía telefónica o electrónica, como últimamente se ha implementado el consumo<sup>59</sup>.

De esta manera, el deudor también debe evaluar los reportes que puede generar la falta de pago de sus obligaciones a las centrales de riesgo, las cuales tendrán el historial de su actividad crediticia. Al estar reportado en las centrales de riesgos, presentes en América y Europa, el deudor crea un historial crediticio que le impedirá adquirir nuevos créditos para comprar, por ejemplo, una vivienda.

---

debtor who surrenders for distribution the property which he owns at the time of bankruptcy a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt”

<sup>58</sup> La información evidentemente debe ser también analizada por los acreedores, tal como lo señala la **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe sobre la economía de la información, 2005, Naciones Unidas** GE.05-51681 (S) 181005 201005 [en línea], disponible en: [http://r0.unctad.org/e-commerce/docs/ier05/ier\\_2005\\_overview\\_sp.pdf](http://r0.unctad.org/e-commerce/docs/ier05/ier_2005_overview_sp.pdf), recuperado junio de 2011:

“En el Informe se señala que en la mayoría de los países en desarrollo los proveedores de servicios financieros no pueden aún utilizar las técnicas modernas de gestión de riesgos para proporcionar capital a las empresas locales en condiciones competitivas, y en particular financiar su comercio. Uno de los principales motivos es la inestabilidad y el nivel insuficiente de capacitación del sector financiero, y sobre todo la falta de sistemas complejos de información crediticia. La incapacidad de los acreedores de evaluar el riesgo de los solicitantes de préstamos debido a la falta de información al respecto, concretamente sobre su situación financiera y su historial de pagos, es uno de los principales impedimentos para introducir una moderna economía basada en el crédito en esos países.”

<sup>59</sup>Bertola, Giuseppe, Disney, Richard y Grant, Charles (comp) (2006), *The Economics of Consumer Credit. Consumer credit Markets in the United States and Europe*, by Nicola Jentzsch and Amparo San José Riestra, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology.: “...on both sides of the Atlantic, the ratio of consumer credit to gross domestic product (GDP) has increased in the last two decades. As the stock of debt has risen, so too has the repayment difficulties or file for bankruptcy. This has sparked a debat across these countries as to the role regulation, and as to the forms that regulation might take. These include increasing consumer protection, consumer counseling, and information sharing among creditors with a view to foretelling or providing “early warning” of households’ debt difficulties.”

Es por lo anterior que es preciso señalar que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico en 1980, estableció ciertos principios relacionados con la protección de los datos personales, uno de los cuales hace referencia al derecho de hacer corregir o borrar los datos obtenidos del deudor<sup>60</sup>. De esta manera, y en los principios consagrados en la Ley Norteamericana “Fair Credit Reporting Act” (FCRA), se señala que la información obtenida de los consumidores, siempre que los afecte (como puede ser que les sea negado un crédito por esta información) deberá ser notificada a la persona<sup>61</sup>.

Una vez sea notificada esta información al deudor, este deberá tomar ciertas decisiones, para las cuales necesitará de datos relacionados con sus activos y sus pasivos para cubrir sus obligaciones, lo que constituye un llamado de atención, información que cualquier deudor descuidado pudo pasar de largo y que ahora tiene en consideración.

De esta manera, el deudor norteamericano tiene acceso a la información que está directamente relacionada con su capacidad de consumo. Acogerse al procedimiento consagrado en el Capítulo 7 de la Ley Norteamericana implica una decisión informada, la cual es tomada con el conocimiento de todas las implicaciones que tiene y, como resultado, el deudor tendrá en el futuro más elementos para tener en cuenta al momento de adquirir nuevas obligaciones.

La Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América consagra como requisito para acceder al procedimiento, haber obtenido asesoría capacitada que le permita al deudor

---

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibidem.* Pág. 43.

determinar si es aconsejable acceder o no al procedimiento de quiebra y, así, tomar una decisión que busque beneficiar a los acreedores quienes podrán recolectar su cartera. En este sentido igualmente se entiende que la mencionada Ley de Quiebras beneficia al deudor de dos maneras: (i) mediante la liberación de su responsabilidad personal, y (ii) dándole un “*fresh start*”, en virtud del cual podrá pedir que le sea corregida su información de las centrales de riesgo para ser apto nuevamente para adquirir créditos<sup>62</sup>.

En la Ley 1380 de 2010, al estar ante un procedimiento conciliatorio en el que las deudas buscan ser negociadas y que no contempla un proceso liquidatorio con opción de liberación de deudas, como lo contempla la Ley de Quiebras de los Estado Unidos de América, la persona insolvente se mantendrá personalmente responsable de sus deudas y, por ende, al ser un deudor moroso será reportado en las centrales de riesgo hasta que cumpla con la totalidad de sus obligaciones<sup>63</sup>.

Esto genera que, así el deudor haya conciliado todas sus deudas, tendrá otro desincentivo adicional que afecta dentro de otras cosas, la bancarización, porque la idea de estar reportado en las centrales de riesgo no incentiva la utilización de mecanismos financieros de manera posterior al procedimiento de insolvencia y mucho menos con un porcentaje del

---

<sup>62</sup> Al dejar de ser personalmente responsable de sus obligaciones el deudor puede corregir su información de las centrales de riesgo, y su nuevo estatus será haber cumplido con sus obligaciones. Adicionalmente, al estar todo su historial crediticio, los acreedores podrán tener en cuenta el tiempo en el que liberó sus deudas, su comportamiento con nuevos créditos, y el tiempo que le falta para tener otra vez derecho a acogerse a un procedimiento de quiebra, información que los acreedores financieros tendrán en cuenta para establecer el riesgo del cliente, y así determinar su capacidad de endeudamiento, elementos todos necesarios para restablecer la capacidad de consumo y ahorro de los deudores con un “*fresh start*”.

<sup>63</sup> Ver Colombia, Congreso Nacional de la República (2008, 31 de diciembre), “Ley 1266 del 31 de diciembre de 2008, Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial, núm.. 47.219 de 31 de diciembre de 2008, Bogotá. Artículos 13 y 21.

salario comprometido para el pago de créditos sometidos al procedimiento, como tampoco incentiva acogerse al procedimiento colombiano, porque genera trabas para acoplarse a una economía moderna basada en la banca, el crédito y la información. Si, por el contrario, desde el mismo momento en el que el deudor libera sus deudas (en un procedimiento que lo permita), o tan pronto sea celebrado el acuerdo de pagos, es posible corregir su información de las centrales de riesgo, se contará con más incentivos para acogerse al procedimiento. Lo anterior adquiere mayor relevancia si se considera que los datos del deudor ya no estarán midiendo el riesgo de sus créditos, sino por el contrario revelarán la capacidad de endeudamiento con su patrimonio recompuesto

## 5. **Embargo de salarios, la declaración de insolvencia y su comparación con el régimen estadounidense**

### 5.1. *Embargo de salarios*

Según lo dispone el artículo 154 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), en Colombia el salario mínimo legal es inembargable. Esto quiere decir que sobre dicha suma no podrá recaer ninguna medida cautelar de embargo y el trabajador tendrá siempre derecho a recibirla. El salario mínimo legal es un derecho irrenunciable y no negociable del trabajador. Adicionalmente, es importante mencionar que es igualmente inembargable el

salario mínimo convencional que es aquel que se pacta bien sea en el marco de una Convención Colectiva o en un Pacto Colectivo<sup>64</sup>.

Ahora bien, el artículo 155 del CST dispone que la parte que excede el salario mínimo legal, sí es embargable, pero únicamente en una quinta parte. Existe una última disposición en cuanto a la embargabilidad del salario contenida en el artículo 156 del CST, que menciona que se podrá inclusive embargar el cincuenta por ciento (50%) del salario para cubrir obligaciones alimentarias u obligaciones contraídas con cooperativas legalmente autorizadas. Ésta última disposición fue encontrada acorde a la Constitución por la Corte Constitucional en sentencia C-589/95.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha estudiado el tema del embargo salarial y la importancia del salario para el trabajador colombiano. En sentencia C-710/96, con ponencia de Jorge Arango Mejía, el alto tribunal dijo: “...*la protección del salario, ha sido una de las mayores preocupaciones en las distintas regulaciones sobre la materia. Así, por ejemplo, en la recomendación 85 de la OIT, relativa a la protección del salario, se aconseja fijar una política que limite, entre otros, los descuentos sobre el salario con el fin de garantizar la manutención del trabajador y la de su familia. Se reconoce, entonces, que sobre el salario pueden realizarse algunos descuentos. Sin embargo, éstos deben responder a criterios que no desconozcan el derecho del*

---

<sup>64</sup> Según se desprende del artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, la diferencia entre la Convención Colectiva y el Pacto Colectivo, es que la Convención Colectiva es aquella que se celebra entre el empleador y el sindicato de trabajadores, mientras que el Pacto Colectivo es aquel que se celebra entre el empleador y los trabajadores no sindicalizados.

*trabajador a gozar de una remuneración que le permita satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar”<sup>65</sup>.*

Por otra parte, la misma sentencia de la Corte Constitucional, al analizar el cargo formulado contra el mencionado artículo 155 del CST, señala que: *“según el estatuto laboral, el salario mínimo "es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural". Así entendido, es esta parte del salario la que no puede embargarse en ninguna proporción. Por tanto, la norma acusada es del todo ajustada a la Constitución, no sólo en lo que hace al artículo 53, el cual garantiza una remuneración mínima, vital y móvil (salario mínimo), sino en relación con el artículo 42, pues la protección del salario no sólo se erige como una garantía para el trabajador, sino para su núcleo familiar”<sup>66</sup>.*

Ahora bien, es también importante mencionar lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 149 del CST según el cual aunque exista orden escrita del trabajador, el empleador no podrá realizar las retenciones o deducciones sobre la parte del salario declarada inembargable por la Ley. Esto quiere decir que, si únicamente se puede embargar la quinta parte que exceda el salario mínimo legal o convencional, el empleador sólo podrá descontar la quinta parte del salario del trabajador que exceda el mínimo, así el trabajador autorice el embargo de su salario por un porcentaje superior.

---

<sup>65</sup> Corte Constitucional, (1996) Sentencias, “Sentencia C – 710”, M. P. Jorge Arango Mejía, Bogotá, D.C.

<sup>66</sup> *Ibíd*em

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que el límite aplicable al embargo de los salarios, es igualmente aplicable a los descuentos<sup>67</sup>. Adicional a lo anterior, se ha entendido que, para que el descuento salarial tenga validez, se debe contar con la autorización expresa y por escrito del trabajador. Se tiene que el salario sólo puede ser descontado hasta en la quinta parte que excede el salario mínimo legal mensual vigente, o hasta en la mitad para temas de obligaciones alimentarias o aportes sindicales.

Lo anterior trae de presente una obligación de no hacer para los empleadores, la cual consistente en no poder descontar más allá del límite establecido por la ley para los embargos. Si un empleador es prudente y diligente, se recomienda que haga caso omiso a la autorización de descuento y reste, del salario, únicamente la quinta parte que excede el salario mínimo mensual legal vigente.

De acuerdo con lo visto en capítulos anteriores del presente trabajo, la Ley 1380 no contemplaba ninguna prohibición especial para el embargo de los salarios de las personas que deciden acogerse al trámite de negociación de deudas. En ese sentido, se puede afirmar que como resultado del acuerdo de pago alcanzado entre el deudor y sus acreedores, éste primero no puede dar, o los otros exigir, como garantía, una porción de su salario mayor a la quinta parte que exceda al salario mínimo legal. Esto conlleva a que una vez finalizado el trámite de negociación de deudas y alcanzado el acuerdo de pago, momento en el cual se supone el deudor ya se encuentra liberado de las presiones económicas que tenía antes de

---

<sup>67</sup>Ver entre otras la sentencia C-710 de 1996 de la Corte Constitucional, y la sentencias de fecha 9 de septiembre de 2004, Rad. 2002-04560, C.P. Ana Margarita Olaya, Sección Segunda, Consejo de Estado, y 22 de septiembre de 2005, Rad. 2003-03031, C.P. Ana Margarita Olaya, Sección Segunda, Consejo de Estado.

iniciar el trámite, este tendrá sobre su salario una restricción económica materializada en el embargo del mismo y por lo tanto no podrá contar con la totalidad de lo que, en la mayoría de las ocasiones, es su principal y única fuente de ingresos.

El problema que genera el vacío jurídico de la Ley 1380 es saber si en este caso se está ante una figura parecida al embargo, o si por el contrario es el trabajador quien debe por iniciativa propia solicitarle a su empleador que realice los descuentos correspondientes y traslade el dinero a sus acreedores. Haciendo un análisis general del procedimiento, se puede concluir que en el caso de una persona parte de un trámite de negociación de deudas y quien conviene un acuerdo de pago, debe hacerle llegar al empleador una comunicación con dicho acuerdo informándole que debe efectuar el descuento allí establecido para que este proceda con la deducción mencionada. Por el esquema del trámite se presume que es responsabilidad del conciliador hacer la comunicación y velar por que el empleador realice el pago efectivo de la suma allí consagrada. Lo anterior, nos lleva inevitablemente a concluir que en este caso se estaría ante un procedimiento similar al del embargo y, por lo tanto, le son aplicables las reglas establecidas en el CST para el embargo de salario.

Conforme a lo anterior, se concluye que debido a la omisión que se hizo en la Ley 1380, el embargo del salario constituye un obstáculo para que el deudor pueda descargar la totalidad de sus obligaciones y poder contar con la totalidad de su salario para poder volver a recomponer su patrimonio y su actividad económica. Esto adquiere vital importancia si se considera que la mayoría de las personas que se someten a este tipo de procedimientos no cuentan con un medio de ingresos distinto del salario, por lo que permitir que éste sea

gravado en parte, va a impedir que se logren los objetivos de un régimen de insolvencia y que el deudor pueda reincorporarse a su vida económica.

### *5.2. Comparación de la situación del deudor una vez se finaliza el proceso de insolvencia con el régimen norteamericano*

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, es menester analizar la situación patrimonial del deudor después de finalizado el trámite de insolvencia en Colombia y en los Estados Unidos de América.

En el régimen previsto para Colombia, una vez el deudor termina el trámite de negociación de deudas y llega al acuerdo conciliatorio de pago con sus acreedores, su situación patrimonial queda en circunstancias delicadas, pues todavía va a tener obligaciones que deberán ser cumplidas. El deudor en ejecución del acuerdo de pago alcanzado con sus acreedores, habrá liquidado la mayoría o, en algunos casos, la totalidad de su patrimonio para poder cumplir con las obligaciones que, según su capacidad económica, se encontraba en capacidad de afrontar, lo cual no le garantiza el saneamiento de la totalidad de sus deudas. Si los activos que componían su patrimonio no eran suficientes o el deudor no tenía ningún activo distinto a su salario, este va a continuar obligado a cumplir con el acuerdo alcanzado con sus acreedores. Cabe mencionar que si el deudor no logra llegar a un acuerdo con sus acreedores, se encontrará en una situación igualmente desfavorable, pues por expresa disposición legal, se reactivarán los procesos ejecutivos que tenía en su contra.

Adicionalmente, debe considerarse que en el escenario, muy probable, de que el deudor que se someta a este tipo de procedimiento no cuente con un activo distinto a su salario, su único activo va a ser el ya mencionado capital humano, representado en la posibilidad de, con base en sus estudios, experiencia y preparación, empezar a trabajar para poder generar los suficientes ingresos que le permitan recomponer su patrimonio y cumplir con las obligaciones adquiridas en virtud del acuerdo de pago.

Así las cosas, se presenta la evidente oposición entre la figura del acuerdo conciliatorio como fue previsto por la Ley 1380 y la finalidad del proceso de insolvencia, consistente en lograr la reactivación económica del deudor a través de la recomposición de su patrimonio, pues, siguiendo al tratadista Hugo Anchaval, al no permitir que haya la posibilidad de descargar o sanear la deuda de la persona insolvente, se arrastra una deuda a la cual se le debe dedicar parte considerable del salario para saldarla y que produce como resultado la destrucción del incentivo de trabajar, dificultando el proceso de reactivación económica del deudor. Como lo menciona el profesor Anchaval en su obra *“cualquier sistema de este tipo debe contener la posibilidad de una descarga de la deuda, cuando el consumidor carece de bienes excepto su salario”*<sup>68</sup>.

En este punto surge una de las mayores problemáticas del proceso conciliatorio tal y como fue previsto en la Ley 1380, y una de las diferencias más importantes con el régimen de insolvencia de los Estados Unidos de América. Establecer la figura del acuerdo conciliatorio como medio para subsanar la situación de insolvencia de la persona natural no

---

<sup>68</sup> Anchával, Hugo (2011), pp. 206.

comerciante sin que haya una descarga, total o parcial, de las obligaciones del deudor, realmente lo que va a generar es que finalizado el proceso, el deudor tenga nuevas obligaciones que satisfacer y se encuentre en un estado igual o más gravoso del que se encontraba al momento de iniciar el trámite. Esto genera que los acreedores tengan un crédito sin pagar a su favor y los deudores una obligación incumplida por pagar. Por su parte, el Capítulo 7 de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América, dispone que cuando el deudor finaliza el proceso de insolvencia, queda libre de toda atadura y puede, como se conoce popularmente “*hacer borrón y cuenta nueva*” (aunque no queda totalmente liberado), pues la normativa norteamericana, como ya se mencionó, consagra expresamente la posibilidad de liquidar el patrimonio del deudor y garantizar, en caso de que se decida someterse a él, un saneamiento de las obligaciones pendientes, para así poder reactivar su actividad económica contando con la totalidad de lo que recibe como salario para ello. Esto tiene implicaciones en el campo personal, financiero, crediticio y hasta fiscal de la persona, pues generando un ingreso mensual libre de ataduras puede destinar su totalidad a recomponer nuevamente su patrimonio.

Así las cosas, se presenta una diferencia de gran importancia: mientras en el proceso estadounidense el deudor queda libre de toda imposición y puede disfrutar de la totalidad de su salario, teniendo la posibilidad de recomponer el patrimonio que perdió, en Colombia no se tiene previsto una descarga de las obligaciones del deudor, por lo que éste resulta con un acuerdo de pago que va a ser casi imposible de cumplir y que no le va a permitir una verdadera recuperación y reincorporación a la actividad económica.

Dependiendo de la situación patrimonial de cada deudor es importante diferenciar dos escenarios. El primero, si el deudor cree poder pagar a sus acreedores y dado su alto nivel salarial cuenta con una fuente de solvencia considerable, no es del todo necesario tener que entrar a liquidar parte de su patrimonio para poder cumplir con sus obligaciones y en ese sentido el acuerdo conciliatorio de la Ley 1380 tendría más sentido. El segundo, si el deudor no cuenta con un alto nivel salarial, o no cuenta con salario alguno, que le permita a sus acreedores tener la garantía suficiente para asegurar el pago de su crédito (pues en este caso muy probablemente tampoco tendrá ningún activo de valor). En éste último caso, se presenta la problemática anteriormente enunciada, pues el deudor que no cuenta con ningún activo excepto su salario, no va a contar con ningún medio razonablemente válido para garantizar el pago de sus obligaciones, por lo que es razonable entrar a considerar una descarga de sus deudas y un nuevo comienzo en su actividad económica.

Debe considerarse además, siguiendo al autor Hugo Anchával, que en la mayoría de los casos de deudores personas naturales no comerciantes, la situación de insolvencia ha sido provocada por factores externos (pérdida de empleo, divorcio, enfermedad grave) o tiene como responsable correlativo a las entidades otorgadoras de crédito, quienes ha sabiendas que su crédito no será pagado lo colocan en el mercado. Así las cosas, vale la pena considerar la posibilidad de un perdón, total o parcial, de la deuda de este tipo de deudores insolventados (claro que esto excluye al deudor de mala fe), pues no reporta ningún bien para la sociedad en general tener a una persona atada al cumplimiento de un acuerdo de pago de manera indefinida y comprometiendo una parte de su sueldo, el cual en la mayoría de los casos es una suma de dinero considerablemente baja. En palabras del profesor

Anchával “en una sociedad de crédito es casi obvio que existirán créditos que no podrán devolverse y, ante esa situación, debe existir una salida para el deudor, puesto que si el crédito es ofrecido sin distinción y es muy fácil adquirirlo, con la consiguiente ganancia para sus prestatarios, lógico es concluir que los consumidores endeudados deben tener una salida para cuando algo falle y el crédito no pueda ser devuelto”<sup>69</sup>.

### 5.3. Análisis económico de la diferencia entre la Ley 1380 y la Ley Norteamericana

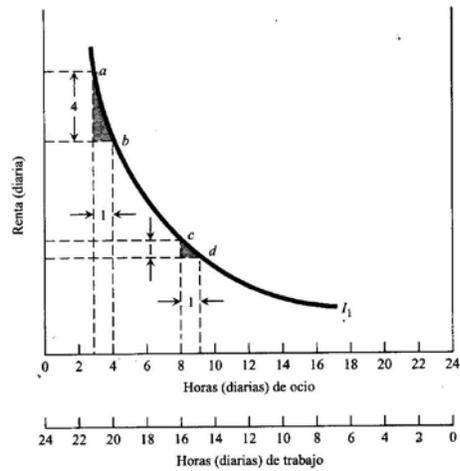
La diferencia entre el trato que la Ley 1380 y el Capítulo 7 de la Ley Norteamericana le dan al deudor una vez terminado el trámite de negociación de deudas, en especial en lo relacionado con la liberación de las obligaciones, merece una aproximación económica en los términos planteados en el libro *Economía laboral* de los autores McConnell, Brue y Macpherson<sup>70</sup>, pues constituye uno de los puntos cardinales del presente trabajo.

Siguiendo los planteamientos esbozados en el libro mencionado, tenemos que la curva de indiferencia de las personas teniendo como parámetros, en un lado, las horas diarias invertidas en el ocio y, en el otro, la renta percibida, sería la siguiente:

---

<sup>69</sup> Anchával, Hugo (2011), pp. 95-96.

<sup>70</sup> McConnell, C.R., & Brue, S.L. & Macpherson, D.A. (2003) *Economía Laboral* (6ª edición), Madrid, McGrawHill.



Derechos reservados Campbell R. McConnell, Stanley L. Brue, David A. Macpherson.

Según se muestra en la gráfica, las personas, entre menos tiempo le dediquen al ocio, más ingreso van a percibir y, por el contrario, entre más tiempo se dediquen al ocio, menos ingreso generan. La decisión de optar por una y otra depende exclusivamente de la persona. Sin embargo, existe un factor que puede inclinar la curva más hacia un lado. Según lo mencionan los autores, si el trabajo al que se dedica una persona resulta ser muy útil, basta sólo un pequeño aumento en la renta para que la persona sacrifique tiempo de ocio; pero si por el contrario, el trabajo es desagradable, no motiva al trabajador y, por lo tanto, no genera interés, la curva de indiferencia mostrará que la persona no estará tan dispuesta a sacrificar tiempo de ocio y, por lo tanto, será necesario aumentar considerablemente la renta para que la persona decida renunciar a horas de ocio para adquirir más renta<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 21.

Lo anterior está directamente conectado con el tema de la educación y la preparación de la persona, es decir, con su talento humano, en las condiciones de un país como Colombia<sup>72</sup>. Si una persona decide sacrificar parte de sus ingresos e invertirlos en una buena educación, va a adquirir un capital humano considerable, pues habrá estudiado en buenas universidades, se encontrará preparado y tendrá las aptitudes necesarias para ocupar un cargo de cierta importancia. No pasa lo mismo con la persona que no invierte dinero en educación y, por tanto, no cuenta con la misma preparación del otro. Esta persona muy probablemente no tendrá las características necesarias para ocupar cargos de responsabilidad, confianza y manejo. Este es el caso, por ejemplo, de la persona que decide estudiar derecho, administración, medicina o una ingeniería, contra la persona que no tiene un título profesional, es técnico en alguna materia o estudia en una universidad sin ningún tipo de acreditación. Es claro, desde un enfoque meramente económico, que una empresa va a preferir contratar a una persona con una buena educación a una persona con una educación regular o sin educación de ningún tipo, por un simple costo de oportunidad. Ahora bien, generalmente la persona que decidió o pudo invertir recursos para adquirir una buena educación, ocupará un puesto de cierto rango y jerarquía, como por ejemplo una gerencia, una presidencia o algún puesto similar, mientras que la persona que no cuenta con una buena preparación no siempre podrá aspirar a ocupar cargos importantes<sup>73</sup>.

Así las cosas tenemos que la persona que invirtió en educación, va a preferir sacrificar horas de ocio por obtener más renta, pues los trabajos que va a realizar van a ser motivantes

---

<sup>72</sup> Los autores prefieren limitar éste análisis pues la experiencia muestra que en países industrializados o de “primer mundo” existe la posibilidad que un taxista gane lo mismo que un profesional, caso en el cual deben tomarse otros factores en consideración como la proyección, seguridad económica del empleo y riesgos en el desarrollo de las labores diarias.

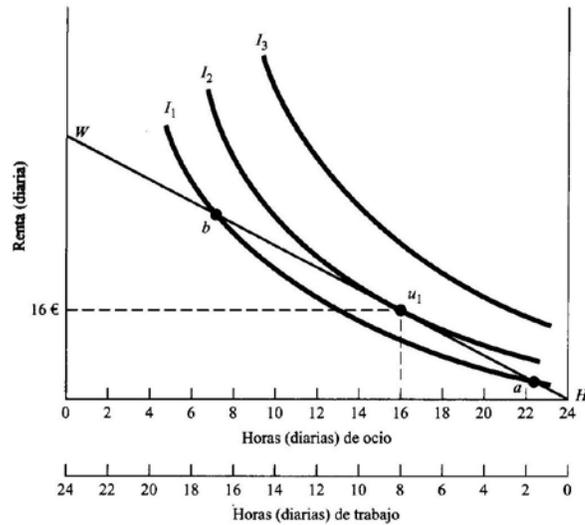
<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 23.

e interesantes, además de bien pagos, y bajo ese escenario es claro que su costo de oportunidad va a ser menor en caso de decidir dedicar su tiempo a trabajar que a dedicarse al ocio. Por su parte, la persona que no invirtió en educación, va a preferir actividades de ocio antes que la renta, pues los trabajos que va a realizar pueden no cumplir con sus expectativas y ser monótonos y desmotivantes, así como mal pagos, por lo que su costo de oportunidad no va a variar en caso de preferir sacrificar un poco de renta por horas de ocio.

Teniendo en cuenta lo anterior, y volviendo al tema de la situación del deudor una vez terminado el proceso de negociación de deudas, tenemos que si, en el caso colombiano, al análisis anteriormente planteado le adicionamos un desincentivo más, consistente en que el deudor va a continuar obligado a cumplir el acuerdo alcanzado con sus acreedores con la posibilidad que se embargue parte de su salario o el deudor autorice su descuento, se tiene que el costo de oportunidad de preferir trabajar se vuelve más alto, pues se están sacrificando horas de ocio por renta, pero la renta no se recibe toda por concepto de la obligación de pagar el acuerdo alcanzado y el eventual embargo salarial, y en esa medida una persona preferirá dedicarle más tiempo al ocio que recibir una renta que en todo caso no va a aprovechar en su totalidad y, por lo tanto, preferirá trabajar menos. Al trabajar menos y dedicarse más tiempo al ocio, la persona dejará de percibir ingresos que le ayuden a conformar nuevamente su patrimonio y, en ese sentido, su situación no podrá realmente mejorar, y no se cumplirá el objetivo establecido por la ley 1380, consistente en lograr que la persona que decide acogerse al trámite de negociación de deudas pueda mejorar su situación, continuar sin obligaciones pendientes y poder recomponer su patrimonio.

Por su parte, en el caso estadounidense el deudor al salir del trámite de negociación de deudas y quedar completamente liberado de sus obligaciones, con la disponibilidad de la totalidad de su salario, va a preferir sacrificar horas de ocio, dedicarlas a trabajar y recibir mayores ingresos, pues lo que reciba a título de renta por el trabajo realizado lo recibirá sin ningún tipo de restricciones, generándose así un incentivo económico para que la persona prefiera dedicarle más horas al trabajo y menos horas al ocio, facilitándole así la recomposición de su patrimonio. Adicionalmente, esta situación le va a permitir al deudor volver a la actividad económica y financiera, tener una tarjeta de crédito o pedir un préstamo, y así reactivar su consumo, variante de vital importancia en cualquier política macroeconómica.

Si a lo anterior se le adiciona que en el mercado laboral colombiano el salario que se le paga a la mayoría de los trabajadores es un monto fijo mensual que no varía por las horas invertidas, pues en unos casos no hay límites de horas y, en el otro, para trabajar horas extra se requiere de la autorización de un superior, la curva anteriormente mencionada tendría el siguiente límite:



Derechos reservados Campbell R. McConnell, Stanley L. Brue, David A. Macpherson.

Según lo señalan los autores “*el individuo maximiza la utilidad logrando una posición en la curva de indiferencia más alta alcanzable, lo cual implica que la elección de las curvas está sujeta a restricciones, concretamente, a la cantidad monetaria de que disponga*”<sup>74</sup>.

Así, a medida que la curva de indiferencia se aleja del origen dentro del plano cartesiano, el individuo va a recibir mayor utilidad, pero debido a las restricciones presupuestarias, el individuo no va a poder alcanzar aquel punto que le reporta un mayor beneficio.

La restricción salarial que está dada en el mercado laboral no le va a permitir al trabajador llegar a un punto mayor de utilidad, sobre todo si se considera que, en muchos casos, debido a los bajos niveles de educación y preparación, la persona no va a poder aspirar a incrementar la restricción salarial. Se aplica también la diferencia anteriormente comentada sobre la persona que invirtió en educación y la persona que no, puesto que la persona que

<sup>74</sup> *Ibíd.*, pp. 25.

cuenta con educación tendrá la posibilidad de ir ampliando cada vez más la restricción salarial comentada a través de un asenso o mejoramiento de sus condiciones laborales y, en ese sentido, su utilidad personal va a ser mayor, mientras que la persona que no tiene buena educación, en algún momento quedará limitada y no podrá seguir subiendo su curva, por lo que no podrá alcanzar el máximo de utilidad al que aspira.

Si tenemos en cuenta lo anterior, la restricción salarial a la que se hace referencia va a ser mayor si se considera que el deudor continua obligado a cumplir con un acuerdo de pagos, por lo que va a poder utilizar una menor porción de su salario y en ese sentido su curva de indiferencia no va a alcanzar el máximo nivel deseado, por lo que la persona no podrá acceder al máximo de utilidad que puede. Con esto, se presenta una nueva limitación para el desarrollo económico personal y un nuevo desincentivo para que la persona trabaje, lo cual amplía el costo de oportunidad en la disyuntiva trabajo-ocio y genera que la persona decida dedicar más tiempo al ocio, pues por más tiempo que le dedique al trabajo, debido a su restricción salarial, nunca podrá alcanzar el máximo nivel de utilidad en su curva de indiferencia.

Para concluir lo relativo a la generación de trabajo para las personas que deciden someterse al trámite de negociación de deudas bajo el régimen de la Ley 1380, cabe anotar que a diferencia del modelo norteamericano, la normatividad colombiana tiene una falencia de gran importancia que genera, a su vez, un desincentivo para aquellas personas que decidan acogerse a la Ley 1380, pues una vez realizado el trámite y alcanzado el acuerdo con sus acreedores, no habrá una liberación de las deudas, tendrá que cumplir con un nuevo

cronograma de pagos y eventualmente tendrá una limitación en su salario, lo cual desde un punto de vista económico va generar que la persona decida dedicarle menos tiempo al trabajo, reciba menos ingreso y se dificulte el proceso de reincorporación y recomposición de su patrimonio perdido. Bajo un esquema como el norteamericano que le permite al deudor descargar la totalidad de su deuda y quedar sin limitaciones en su salario, es más fácil que la persona pueda superar su situación de insolvencia, tome la decisión de invertir más tiempo al salario, tenga una salida para comenzar a recomponer el patrimonio que perdió y así cumplir con el verdadero objeto de todo el trámite consistente en superar la situación de insolvencia.

#### 6. **Análisis de la inoperancia técnica del procedimiento conciliatorio**

Establecer un proceso de naturaleza conciliatoria para solucionar la situación de las personas naturales no comerciantes que entran en situación de insolvencia trae un número considerable de razones para argumentar que desde un punto de vista técnico estas dos figuras no son compatibles.

La finalidad del procedimiento conciliatorio incluido en la Ley 1380 es acogerse a un procedimiento legal que le permita al deudor, mediante un trámite de negociación de deudas, en audiencia de conciliación extrajudicial, celebrar un acuerdo de pago con sus acreedores.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que las características del procedimiento de la Ley 1380 son las de un proceso conciliatorio, voluntario y transaccional. Conciliatorio porque el director del proceso es un Conciliador, el proceso se lleva a cabo en un Centro de Conciliación y el resultado final es un acuerdo conciliatorio. Voluntario porque sólo se inicia con la decisión del deudor, quién tiene que acudir al centro de conciliación y solicitar la apertura del procedimiento. Y transaccional, porque lo que pretende es que el deudor y sus acreedores lleguen a un acuerdo mediante el cual el deudor pueda pagar sus obligaciones. Por su parte, como se pudo ver, el procedimiento de insolvencia es un proceso con una marcada influencia judicial, público por la participación de los acreedores y de naturaleza obligatoria en los casos así contemplados por la ley.

Así las cosas, si se considera que la finalidad de la ley es lograr un acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores, se tiene que el proceso conciliatorio, tal y como estaba plasmado en la Ley 1380, no es funcional, desde un punto de vista técnico, para lograr dicho cometido. No funciona por tres razones principales: 1) porque el proceso conciliatorio presenta graves falencias para responder a la situación de insolvencia; 2) porque no tiene un director que cuente con las suficientes facultades para lograr el objeto de la norma; y 3) porque no hay garantías para los acreedores y para los deudores.

#### *6.1. Falencias del proceso conciliatorio ante la insolvencia de personas naturales no comerciantes*

En primer lugar, para entender por qué el esquema establecido en la Ley 1380 no funciona desde un punto de vista técnico, se debe considerar que cuando una persona se somete al proceso de negociación de deudas se encuentra en un estado de insolvencia, es decir que no cuenta con la solvencia necesaria para poder cancelar las obligaciones que ha adquirido. Cuando la persona natural no comerciante decide acogerse al régimen de insolvencia, es porque su patrimonio no le alcanza para cancelar sus obligaciones, pues como se vio, sus pasivos superan sus activos.

Por lo anterior, parte el legislador colombiano de un supuesto erróneo y es que el problema del deudor es el plazo para el pago de sus deudas, y así lo plasma en la Ley 1380 al establecer un proceso conciliatorio cuyo resultado final será la renegociación de las deudas. Si se considera que la persona en situación de insolvencia lo que necesita es sanear su situación, de nada sirve un proceso mediante el cual la persona negocie sus deudas, pero se mantenga obligado una vez finalice el proceso de negociación y en el cual no se contemple la posibilidad, dentro del proceso de insolvencia, de adelantar un trámite liquidatorio.

Como lo vimos anteriormente, en un régimen de insolvencia (como por ejemplo el de la ley 1116 de 2006 o el de la ley 222 de 1995) se prevén procesos de recuperación y procesos de liquidación. Ello se hace bajo el supuesto de que se debe procurar por un acuerdo que permita, en el caso comercial, negociar las obligaciones de la empresa, y encontrar una salida a la situación de insolvencia. Si dicho acuerdo falla, o en algunos casos si la ley así lo establece, las normas comerciales traen el proceso de liquidación del patrimonio de la empresa, el cual está a cargo de una autoridad judicial la cual, revestida de las atribuciones

propias de su cargo, toma la decisión de como, cuando y donde se hace la liquidación del patrimonio, para posteriormente proceder a pagar a los acreedores sus obligaciones insolutas de acuerdo con los parámetros fijados por la ley. Pues bien, establecer un régimen de insolvencia para personas naturales no comerciales que no contemple un proceso liquidatorio, y que, como en el caso de la ley 1380, impongan como consecuencia del fracaso del acuerdo con los acreedores, la reactivación de los procesos ejecutivos contra el deudor, es establecer un régimen con graves falencias técnicas. Es claro que en el caso de las personas naturales no comerciantes no se va a estar ante un patrimonio de las características del patrimonio de una empresa, pues por el contrario, es muy probable que el deudor no cuente con ningún patrimonio en absoluto o que su patrimonio esté compuesto por muy pocos activos. Por ello, es menester que el legislador se encargue de establecer un proceso liquidatorio de especiales características para el caso de este tipo especial de sujetos, en donde se prevea la posibilidad de un deudor sin patrimonio y sin acuerdo con sus acreedores, donde se analice la conducta del mismo deudor y se pueda determinar las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia, para así poder finalmente establecer la posibilidad de una liberación o descarga, si quiera parcial, de sus obligaciones y garantizar la reincorporación a la actividad económica y la posibilidad de recomponer el patrimonio.

Para entender mejor el punto anteriormente esbozado es preciso imaginarse una persona natural no comerciante que entra en una situación de insolvencia. Imaginemos que la causa de su estado fue la pérdida de su puesto de trabajo. Esta persona tiene una casa y un carro. Finalizado el proceso conciliatorio de la ley 1380 no se logra un acuerdo con los acreedores y se reactivan los procesos ejecutivos que había en su contra. En ese caso de nada le habrá

servido al deudor haber declarado su estado de insolvencia y haberse sometido al proceso legal; y los acreedores habrán perdido tiempo importante en la reclamación de su obligación pues tendrán que seguir ahora un proceso ejecutivo. Por esto se afirma que de nada sirve un proceso conciliatorio en el cual el acreedor no va a recibir siquiera el pago parcial de su crédito, proveniente de la liquidación del patrimonio del deudor y el deudor no va a poder sanear sus obligaciones y tener un nuevo comienzo en su actividad económica.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que por la misma naturaleza de la conciliación y el régimen de insolvencia, estas figuras son incompatibles. Como se vio, en un régimen de insolvencia deben estar contemplados procesos recuperatorios y procesos liquidatorios. Al limitar el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes a la conciliación, se está eliminando la posibilidad de que dentro del régimen exista un proceso liquidatorio estructurado bajo la situación especial de la persona no comerciante y a cargo de un juez o funcionario administrativo con facultades jurisdiccionales. Si no existe tal proceso liquidatorio, y como en la ley 1380 se establece como consecuencia del fracaso del acuerdo la reactivación de los procesos ejecutivos, se está ante una figura jurídica incapaz de dar respuesta a la finalidad del régimen, cual es la reincorporación económica y social del deudor.

## *6.2. El conciliador como director del proceso*

Ahora bien, lo anteriormente mencionado trae a colación la segunda razón por la cual la conciliación no es un mecanismo idóneo para este tipo de procesos, y es la figura misma

del conciliador. El conciliador es un tercero que tiene a su cargo proponer fórmulas de arreglo para que las partes puedan llegar a una solución concertada, pero no cuenta con las suficientes facultades jurisdiccionales para garantizar un acuerdo satisfactorio para las dos partes. No cuenta con los mismos poderes de documentación y decisión que un Juez de la República o un funcionario administrativo revestido de facultades jurisdiccionales.

Utilizar la figura del conciliador como director del proceso de negociación de deudas en el caso del proceso de insolvencia de personas naturales no comerciantes, implica, por su misma naturaleza legal, limitar las posibilidades discrecionales del director e impide, en cierta forma, llegar a un acuerdo satisfactorio entre las partes. Prueba de ello que los alcances del conciliador en la Ley 1380 son más secretariales que de fondo. La Ley 1380 reserva la facultad para conocer de conflictos que surjan durante el trámite al Juez Municipal, y le da al conciliador tareas como la remisión de copias, cuando haya lugar, la información a los acreedores de decisiones de fondo y en general tareas administrativas que fácilmente pueden ser cumplidas por un secretario.

No obstante lo anterior, la Ley 1380, en un claro desorden legislativo, le otorga al conciliador facultades respecto de las cuales no cuenta con la suficiente experiencia y conocimiento. Por ejemplo, la Ley 1380 le otorga al conciliador, como director del proceso de insolvencia, la facultad de revisar la solicitud de trámite de negociación. En uso de esta facultad, el conciliador puede otorgarle al deudor un plazo para que corrija o adicione lo que le falte en la solicitud, o cuando sea posible, compulsar copias ante el Juez Municipal

en caso que se proponga dentro del proceso el incidente de revisión<sup>75</sup>. Es evidente que la Ley 1380 no quiso que las decisiones de fondo fueran tomadas por el conciliador y delegó tal facultad a los Jueces Municipales, lo cual reitera la contradicción anteriormente enunciada, entre un conciliador con facultades que nunca había tenido y un conciliador con funciones secretariales.

Es claro que debido al alto nivel de congestión judicial que vive Colombia, otorgarle a los jueces la facultad de conocer de un nuevo tipo de proceso (el proceso de insolvencia de personas naturales no comerciantes) haría inviable la negociación, pues por el tiempo que puede durar un proceso judicial, eliminaría la naturaleza misma del proceso que exige un trámite expedito. Sin embargo, la figura del conciliador como director trae consigo una serie de limitaciones que pueden también entorpecer el normal desarrollo del proceso de insolvencia y que, adicionalmente, impiden la realización de un proceso de naturaleza liquidatoria. Por ello nuestra recomendación es que hayan funcionarios administrativos con facultades jurisdiccionales con suficiente poder para ser directores del proceso de insolvencia de personas naturales no comerciantes.

Ante tal situación, una solución práctica podría ser la introducción de otras figuras jurídicas que le colaboren suplan el papel del juez como director del proceso. Por ejemplo, en Belgica se *“privilegia el acercamiento extrajudicial con presencia de un mediador designado por la autoridad donde propone un plan. Si no se acuerda, pasa a la Corte que*

---

<sup>75</sup> El incidente de revisión es una especie de incidente que se da dentro del trámite de negociación de deudas. Tiene lugar cuando el Conciliador, de oficio o por petición de alguno de los acreedores, advierte que el deudor omitió relacionar obligaciones o bienes. El Conciliador debe oficiar al Juez Civil Municipal de conocimiento, conforme lo establece el artículo 6°, para que revise el expediente y resuelva declarar fracasado el trámite o incumplido el acuerdo

*puede imponer un plan o incluso una descarga parcial*<sup>76</sup>; o en Francia se tiene un sistema administrativo, en donde interceden unas comisiones compuestas por funcionarios de la administración, con apelación judicial. Es de mencionar que la mayoría de los países tienen un procedimiento judicial y que aquellos con un proceso de acuerdo extrajudicial han demostrado el fracaso de dicha alternativa<sup>77</sup>.

La inoperancia del conciliador como director del proceso, cobra más importancia si se compara con figuras como la del “*trustee*”, establecida en el ordenamiento norteamericano. También ocurre con la figura del juez como director del proceso, pues es claro que las potestades en cabeza de un juez, le permite desenvolverse con mayor facilidad durante todo el proceso y aportar para que, en justicia y equidad, las partes lleguen a un acuerdo que las beneficie a ambas.

### *6.3. Falta de garantías para acreedores y deudores en el procedimiento*

Siguiendo al tratadista Hugo Anchàval tenemos que, estructurar un proceso de quiebra a través del procedimiento conciliatorio, no sólo no funciona porque no le da al deudor las herramientas suficientes y necesarias para poder tener un nuevo comienzo en su vida económica y personal, sino que no le ofrece a los acreedores ningún tipo de garantía de sus créditos.

---

<sup>76</sup> Anchàval, Hugo (2011), pp. 195.

<sup>77</sup> Anchàval, Hugo (2011), pp. 193 a 197.

Para empezar, se tiene que el proceso conciliatorio, como fue previsto en la Ley 1380, no le otorga garantías al crédito de los acreedores porque al ser un proceso de negociación y no un proceso de insolvencia en los términos anteriormente enunciados, y al deudor estar en una situación de insolvencia, el acreedor no va a tener la garantía, con la que si cuentan los acreedores de los comerciantes, consistente en que el patrimonio del deudor va a ser liquidado, y de tal forma su crédito se va a ver pagado, si bien no en su totalidad, si en una parte.

Se debe partir de la base que la mayoría de los deudores que deciden someterse al régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes, no cuentan con un patrimonio abultado y en la mayoría de los casos no tienen más activos que el ingreso proveniente de su salario o de su trabajo del día a día. Si a esto se le suma el hecho de que la Ley 1380 no previó un procedimiento tendiente a liquidar judicialmente el patrimonio del deudor insolventado, y que ante el fracaso del acuerdo conciliatorio al acreedor le corresponde volver a los procesos ejecutivos que tenía contra el deudor, se tiene que el régimen de la Ley 1380 carece de garantía alguna para el crédito del acreedor y por lo tanto este no va a estar incentivado durante el proceso de negociación.

No obstante lo anterior, debe entenderse que debido al funcionamiento de la economía moderna, no debe verse al deudor como victimario y único causante de su propia situación, sino que se debe voltear la mirada a los acreedores, pues es sobre ellos sobre quienes, en la mayoría de los casos, recae la responsabilidad final de la situación de insolvencia de deudor. Como bien lo afirma el autor anteriormente referenciado, actualmente la

democratización del crédito, ha llevado a que muchos deudores personas naturales no comerciantes adquieran deudas imposibles de pagar. Dicha situación se debe a la falta de previsión por parte del deudor (no cree que circunstancias como la pérdida de empleo o un accidente fatal le vaya a ocurrir), pero en mayor parte a la conducta irresponsable de los colocadores de crédito, quienes teniendo acceso a mayor información, pudiendo conocer las capacidades de pago de sus clientes y siendo la parte “fuerte” de la relación, prestan dinero sin la observancia de los procesos y la comprobación de los requisitos establecidos, y posteriormente, cuando su cliente no puede pagar las cuotas acordadas, no vacilan en ejercer todos los medios posibles para perseguir el pago de su deuda. Un ejemplo de esto es el otorgamiento indiscriminado de tarjetas de crédito, el otorgamiento de créditos hipotecarios sin la rigurosa observancia de las garantías de pago o la facilidad de comprar bienes no durables a plazos.

La anterior situación hace necesario que el régimen de insolvencia, para precisamente poder brindar garantías a los mismos deudores, pueda verificar las condiciones que llevaron al deudor a su estado de insolvencia y, con base en eso, darle un tratamiento diferente a cada hipótesis. No es lo mismo un deudor que perdió su trabajo, tuvo que atender una emergencia familiar y además tiene un sin número de productos financieros a su nombre; que el deudor de mala fe que simplemente decide no honrar las obligaciones adquiridas.

Pues bien, un régimen de insolvencia como el establecido en la ley 1380 tampoco brinda garantías al deudor, pues no analiza las circunstancias que condujeron a su insolvencia sino que prevé un sistema de negociación entre dos partes que no están en un plano de igualdad.

Adicionalmente, es dable afirmar que dicho régimen adolece de garantías para el deudor porque no le garantiza un nuevo comienzo en su actividad económica con la mayoría de sus obligaciones saneadas. Es decir que el deudor va a acudir al proceso conciliatorio, va a tener que sentarse a dialogar con partes que no se encuentran en un mismo plano de igualdad y sin importar el desenlace del proceso, el deudor no va a tener un nuevo comienzo libre de las obligaciones adquiridas en el pasado, sino por el contrario, en el mejor de los casos va a estar sujeto a un acuerdo con obligaciones nuevas que debe cumplir.

Así es dable concluir que la figura de la conciliación como modelo de procedimiento para el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes, no le brinda garantías ni al deudor ni al acreedor, pues por una parte el deudor, al no ser tomada en cuenta la situación personal que lo llevo al estado de insolvencia, y no ser considerada la opción de un nuevo comienzo con las obligaciones saneadas, no tiene nada que le garantice que al finalizar el proceso podrá reintegrarse a la actividad económica y recomponer su patrimonio; y, por la otra, el acreedor, al no haber siquiera un proceso liquidatorio dentro del régimen jurídico, no va a contar con ninguna figura que le garantice el pago de su crédito, así sea de forma parcial.

Volviendo al ejemplo anteriormente enunciado, se tiene que tanto el acreedor como la persona que entró en estado de insolvencia y que cuenta únicamente con dos bienes (la casa y el carro), van a preferir que un juez o un funcionario revestido con facultades jurisdiccionales, analice la situación personal del deudor, de ser el caso liquide su

patrimonio, le garantice a éste su mínimo vital de acuerdo con la Constitución y la ley, y pague, de acuerdo al orden de preferencias de créditos establecido en la ley, el crédito de los acreedores si bien no en su totalidad, si en una parte. Con esto el acreedor va a ver satisfecho no la totalidad, pero si una parte de su crédito, y el deudor va a contar con la tranquilidad de tener un nuevo comienzo sin ninguna obligación pendiente de ser pagada y con la posibilidad de recomponer su patrimonio.

#### 6.4. Comparación entre el “Trustee” y el conciliador

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, es necesario hacer un análisis comparativo entre la figura del “trustee” y la figura del conciliador, para demostrar cómo éste último no sólo es menos conveniente sino que su presencia en el proceso de insolvencia, como lo hemos venido reiterando, debe ser eliminada.

En primer lugar, se tiene que la gran diferencia que hay entre las dos figuras anteriormente mencionadas es que mientras el “trustee” mantiene una relación de cooperación dentro del proceso pues juega el papel de colaborador, y, en algún momento, de administrador de bienes; el conciliador, por su misma naturaleza, mantiene una relación limitada, pues a pesar de ser el director del proceso, su función no pasa de ser meramente secretarial, careciendo de cualquier facultad jurisdiccional. Lo anterior genera que el “trustee” sea una figura más adecuada para perseguir el fin liquidatorio contenido en la normatividad estadounidense, y que el conciliador, que realmente no obra como director sino como una especie de secretario, sea una razón más para poder afirmar que la conciliación es un

proceso técnicamente deficiente para la regulación de la insolvencia de personas naturales no comerciantes.

La Corte Constitucional ha tratado el tema de la figura del conciliador y ha dicho que *“la conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado éstas (...)”*<sup>78</sup>. Ahora bien, el “trustee” por su parte juega la figura de un simple administrador de bienes a quién el deudor le entrega los bienes que componen su patrimonio, para que sea éste quien lo administre y pague a los acreedores las deudas según lo acordado. El “trustee”, si quiere, puede intervenir en una de las audiencias dentro del proceso, pero lo hace en condición de parte, con las limitaciones que le son propias.

Haciendo un símil al ordenamiento jurídico colombiano, el “trustee” es el típico administrador de bienes, de quien se espera que los mantenga en el mismo estado en el que le fueron entregados para que no pierdan su poder adquisitivo, sólo que además el “trustee” debe pagar a los acreedores las deudas insolutas del deudor con los bienes que le son entregados para su administración. Otra figura que puede ser similar en nuestro

---

<sup>78</sup> Corte Constitucional, (1999) Sentencias, “Sentencia C – 160”, M. P. Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, D.C.

ordenamiento es la de un administrador de un patrimonio autónomo o propietario fiduciario<sup>79</sup>.

El tratamiento que el derecho norteamericano da a la figura del “*trustee*” resulta muy similar al manejo que al respecto tiene el derecho español, los dos opuestos a la figura del derecho colombiano. Al establecer la figura de una persona a quien el deudor traspasa todos sus bienes y que tiene como encargo primordial su administración, el derecho estadounidense priva al deudor, dadas sus circunstancias particulares, de la administración de sus bienes y por lo tanto lo despoja del derecho de disfrute y disposición de estos y le traslada su administración a un tercero. Pues bien, algo similar sucede en España en donde, según lo menciona la tratadista Aurora Martínez “*la declaración de quiebra produce en el deudor común un conjunto de limitaciones que aparecen positivamente establecidas en distintos cuerpos legales (...) declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes (...) todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*”<sup>80</sup>. Pues bien estas figuras no tienen aplicación en el régimen de insolvencia colombiano, por el simple hecho de que al establecer un proceso conciliatorio en donde, por su naturaleza misma, no hay lugar a una etapa liquidatoria, no tiene sentido que el deudor sea apartado de la administración de sus bienes, ni hay lugar para que al conciliador se le encomiende dicha administración.

---

<sup>79</sup> Artículo 802, Código Civil Colombiano.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 23.

Lo anterior reitera la inconveniencia de la conciliación dentro del régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes. Al no haber una etapa liquidatoria, posterior al fracaso del arreglo directo entre el deudor y sus acreedores, no hay lugar a establecer una etapa procesal en donde el deudor sea apartado de la administración de su patrimonio; y en su lugar se tiene un proceso que no brinda garantías para ninguna de las partes, y en donde por la naturaleza misma del proceso el deudor conserva la administración de su patrimonio durante todo su desarrollo.

## 7. **Conclusiones**

### 7.1. *La conciliación como procedimiento*

La primera conclusión que arroja el análisis anteriormente efectuado, es que la conciliación, por su naturaleza jurídica, no es una figura ni jurídica ni económicamente adecuada para regular la situación de insolvencia de las personas naturales no comerciantes. Como se tuvo la oportunidad de estudiar, el régimen de insolvencia está compuesto por una serie de procedimientos internos en donde se diferencia un proceso de arreglo entre las partes, y un proceso liquidatorio a manos de un Juez o una autoridad con facultades jurisdiccionales. Limitar el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes a un proceso conciliatorio, trae como consecuencia la imposibilidad de la existencia de que una autoridad con facultades para ello, liquide de forma pública y ordenada, en un solo proceso, el patrimonio del deudor, garantía general de los acreedores.

Por otro lado, como se tuvo la oportunidad de ver, la conciliación resulta contraria al régimen de insolvencia, por cuanto en ella no existe la posibilidad de que el deudor descargue todas o parte de sus deudas, tenga un nuevo comienzo y se le permita reactivar su actividad económica y recomponer su patrimonio. Por el contrario, la conciliación, bajo el supuesto de que haya o no haya acuerdo, va a generar que el deudor continúe sometido al pago de obligaciones y no pueda de esta manera lograr una efectiva superación de su estado de insolvencia.

Lo anterior adquiere importancia toda vez que, como se ve en el anexo del presente documento, la ley 1380 fue replicada textualmente en el proyecto de Código General del Procedimiento que actualmente cursa en el Congreso de la República.

*7.2. En cuanto a la comparación entre el régimen colombiano y las principales instituciones de la Ley Norteamericana*

La primera conclusión que arroja la comparación entre el régimen colombiano y las instituciones del Capítulo 7 de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América, es que mientras la normatividad colombiana impuso un procedimiento conciliatorio, la ley estadounidense tiene previsto un procedimiento puramente liquidatorio. Esto genera que entre uno y otro régimen haya diferencias de gran envergadura en cuanto al tratamiento de la situación de los deudores que se acogen a uno u otro procedimiento y que, siguiendo lo mencionado anteriormente, sea necesario plantear la discusión sobre la incorporación de figuras propias del régimen norteamericano de insolvencia, en la nueva Ley que el Congreso de la República expida sobre la materia.

Una segunda conclusión está directamente relacionada con el tratamiento consagrado en el Capítulo 7 de la Ley Norteamericana de Quiebras, relacionado con la protección que hace sobre el deudor honesto que mantiene al margen de la negociación. De esta manera el deudor enfoca todos sus esfuerzos a la generación de ingresos, dando su patrimonio a un tercero especializado en negociación de deudas para que sea este quien busque cumplir

todas y cada una de las obligaciones que tiene pendientes. Por su parte, la Ley 1380 no hace una consideración especial respecto del deudor honesto, poniendo en un estadio de igualdad al deudor que pretende defraudar a sus acreedores con el deudor desafortunado.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho que se tiene bajo el régimen norteamericano de liberación de deudas, sea hace necesario resaltar su necesidad dentro del régimen de insolvencia colombiano, como una tercera conclusión. Es a través de este mecanismo que se garantiza al deudor un nuevo comienzo y una posibilidad efectiva de reincorporarse al sistema económico como un agente activo del mercado, permitiendo con esto la recomposición del patrimonio del deudor y la superación del estado de insolvencia. La figura del “*fresh start*” es quizás una de las figuras que más le interesan al régimen colombiano, sobre todo si se considera las circunstancias especiales de la economía de nuestro país y el muy probable escenario de un deudor que no cuenta con ningún tipo de activo dentro de su patrimonio, pero que si cuenta con la facilidad de conseguir crédito.

Por último, es dable también concluir que resulta mucho más acertada la figura del “*trustee*” en un régimen que pretenda regular la situación de insolvencia de las personas naturales no comerciantes. En tal sentido, es recomendable incluir si bien no la misma figura, si una figura similar que se encargue de la administración de los bienes del deudor, para con estos facilitar el pago de los créditos y la descarga de sus obligaciones.

## 8. **Bibliografía**

- Anchával, Hugo (2011), *Insolvencia del consumidor, sobreendeudamiento de personas físicas*, Editorial Astra de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- Becker, G. S. (1993), *Human capital a theoretical and empirical analysis, with special reference to education*, United States of America, The University of Chicago Press.
- Bertola, G. (Comp.) (2006), *The economics of consumer credit*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press.
- Castaño García, J.I. (2004), *Tratado sobre conciliación*, Ed. Leyer, Bogotá.
- Calamandrei, P. (1962) *Derecho procesal civil*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cervantes Ahumada, Raúl (1970), *Derecho de quiebras*, Editorial Herrero S.A., México D.F.
- Collins, J. L. & Mayer, V. (2010), *Both hands tied welfare reform and the race to the bottom in the low-wage labor market*, United States of America, The University of Chicago Press.
- Colombia, Corte Constitucional, (1995) Sentencias, “Sentencia C – 589” [en línea], M.P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, (1996) Sentencias, “Sentencia C – 710” [en línea], M. P. Jorge Arango Mejía, Bogotá, D.C.
- Colombia, Corte Constitucional, (1999) Sentencias, “Sentencia C – 160” [en línea], M. P. Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, D.C.

- Colombia, Corte Constitucional (2001) Sentencias “Sentencia C – 893” [en línea], Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional, (2005) Sentencias, “Sentencia C – 033” [en línea], M. P. Álvaro Tafur Galvis, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (2011), Sentencias, “Sentencia C – 685” [en línea] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.
- Colombia (2006), *Código Civil*, Bogotá, Legis.
- Colombia (2008), *Constitución Política*, Bogotá, Legis.
- Colombia (2010), *Código Sustantivo del Trabajo*, Bogotá, Legis.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2001, 24 de enero), “Ley 640 del 24 de enero de 2001, Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial, núm. 44.303 de 24 de enero de 2001, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2006, 27 de diciembre), “Ley 116 del 24 de enero de 2001, Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y dictan otras disposiciones” Diario Oficial, núm. 46.494 de 27 de diciembre de 2006, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2008, 31 de diciembre), “Ley 1266 del 31 de diciembre de 2008, Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial, núm. 47.219 de 31 de diciembre de 2008, Bogotá. Artículos 13 y 21.

- Colombia, Congreso Nacional de la República (2010, 25 de enero), “Ley 1380 del 25 de enero de 2010, Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia para Personas Naturales No Comerciantes” Diario Oficial, núm. 47.603 de 25 de enero de 2010, Bogotá.
- Devis Echandia, Hernando, (1978), *Compendio de derecho procesal* Bogotá, Editorial ABC.
- De Roux, C.V. (1987), *Legislación labor y generación de empleo*, Tomo II, Bogotá.
- Folberg, J. & Taylor, A., (1997), *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*, Bogotá, Noriega Editores.
- Hartog, J. & Maassen van den Brink, H. (Edit.), (2007), *Human capital advances in theory and evidence*, United Kindom, Cambridge University Press.
- Keeley, B. (2007), *Capital humano cómo influye en su vida lo que usted sabe*, Ediciones Castillo S.A. de C.V.
- López Blanco, Hernán Fabio, (1992), *Comentarios al decreto de descongestión judicial*, Bogotá, ABC Editores.
- López Blanco, H. F. (1993), *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Tomo I, Bogotá, Editorial ABC.
- Martínez Florez, A. (1993) *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, Editorial Civitas S.A.
- McConnell, C.R., & Brue, S.L. & Macpherson, D.A. (2003) *Economía Laboral* (6ª edición), Madrid, McGrawHill
- Montoya Gil, Horacio (1976), *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*, Colección Jurídica Bedout, Medellín.

- Montoya Gil, H. (1984) *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes* (4<sup>a</sup> Ed.) Bogotá, D.C., Ed. Librería El Foro de la Justicia.
- Pereira Pereira, R. (2006) *Manual de derecho concursal, de los concordatos y los acuerdos de reestructuración*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.
- Wolff, E. N. (2006), *Does education really help? skill, work and, inequality*, New York, Oxford University Press.

## Anexo 1

### **1. Procedimiento en Colombia (Ley 1380 de 2010).**

La presente es una descripción detallada del procedimiento previsto en la ley 1380 de 2010, declarada inexecutable por la Corte Constitucional, para que el lector pueda entender el esquema planteado por el legislador colombiano para dar solución a la insolvencia de las personas naturales no comerciantes.

#### **1.1. Petición para declararse en quiebra, su trámite, la aceptación o negación de la petición.**

##### *1.1.1. La solicitud de trámite de negociación de deudas*

El procedimiento establecido en la ley 1380 para que personas naturales no comerciantes puedan iniciar el proceso de negociación de deudas, comienza con la solicitud de negociación de deudas, la cual está regulada en el artículo 10. Según dice la norma, la solicitud la puede presentar el deudor (solicitante) directamente o lo podrá hacer a través de un apoderado. La norma establece que dicha solicitud de trámite se entiende hecha bajo gravedad de juramento. Resulta un contradictoria con la misma naturaleza del régimen de insolvencia que la única oportunidad para que inicie el trámite de negociación de deudas sea por petición de deudor. Así, si el deudor no tiene ninguna intención en iniciarlo, no

podrán los acreedores solicitar la iniciación del proceso, como si ocurre en ciertas hipótesis del régimen comercial.

La solicitud de trámite podrá ser presentada ante cualquiera de los Centros de Conciliación del lugar del domicilio del deudor, siempre y cuando se encuentren autorizados por el Ministerio del Interior y de Justicia, incluidas las Notarías<sup>81</sup>. En caso en que, durante el desarrollo del proceso de insolvencia, se presenten circunstancias que superen las atribuciones o competencias conferidas al Conciliador por la Constitución y la Ley, dicha situación será resuelta mediante el trámite de proceso verbal sumario de única instancia ante el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor.

Junto con la solicitud de trámite de negociación de deudas se deben adjuntar una serie de documentos que se relacionan a continuación<sup>82</sup>.

El deudor tiene la posibilidad de incluir dentro de la propuesta de negociación, un intercambio de activo como fórmula de pago parcial o total de las obligaciones, es decir una dación en pago<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> En caso en que, durante el desarrollo del proceso de insolvencia, se presenten circunstancias que superen las atribuciones o competencias conferidas al Conciliador por la Constitución y la Ley, dicha situación será resuelta mediante el trámite de proceso verbal sumario de única instancia ante el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor.

<sup>82</sup> En este artículo 10 se excede el legislador en la exigencia de documentos para poder presentar la solicitud de trámite de negociación. Como se mencionó, una ley que busca establecer un trámite sencillo, al alcance de la mayoría de la gente, debe evitar volverse tan compleja. Por poner un ejemplo, la exigencia de presentar una certificación expedida por un Contador Público Independiente, o la certificación de los ingresos del deudor, son documentos que no son fáciles de obtener y que, para muchos, implica incurrir en gastos, que se si se tiene en cuenta que se está en una situación de quiebra, será lo primero que se quiera evitar.

<sup>83</sup> Tanto este requisito como el anterior, despiertan curiosidad sobre todo si se tiene en cuenta que se está ante una ley, en primer lugar, dirigida a personas naturales no comerciantes y, en segundo lugar, que pretende hacer el trámite expedito y sencillo. Si se tiene en cuenta que, como se mencionó anteriormente, el deudor puede presentar la solicitud de trámite directamente, puede ser un poco ingenuo por parte del legislador pretender que las personas naturales no comerciantes promedio en Colombia, van a tener la formación académica necesaria para presentar un informe con las causas que

### 1.1.2. *La aceptación de la solicitud de trámite de negociación*

Una vez presentada la solicitud de trámite, el Conciliador debe proceder a verificar el cumplimiento de los requisitos y una vez se sufraguen los gastos del trámite (cuando sea el caso). Después de la presentación de la solicitud se tiene un día hábil para aceptar la solicitud y dar inicio al trámite de negociación de deudas (artículo 12).

En el inciso tercero la norma sigue con la regulación del trámite y señala que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la iniciación del trámite, le corresponde al deudor presentar una relación de sus obligaciones con corte a la fecha de iniciación y siguiendo el orden de prelación del Código Civil. Hasta este momento no hay aparentemente ninguna contradicción. Sin embargo, la norma sigue y dice en su inciso cuarto. El Conciliador tiene cinco (5) días hábiles para revisar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley respecto de la solicitud del trámite de negociación de deudas. Si dicha solicitud no cumple las exigencias requeridas, el Conciliador inmediatamente debe señalar los defectos de que adolece y otorgará al deudor un plazo hasta de cinco (5) días hábiles para que lo corrija<sup>84</sup>.

---

llevaron a su situación y con la propuesta para la negociación de deudas. Teniendo en cuenta que estos documentos se presentan bajo gravedad de juramento, resulta peligroso que una persona sin mayor nivel educativo presente estos documentos, y por ignorancia, cometa una falsedad por omitir detalles o por narrar imprecisamente lo sucedido. En todo caso, será labor del Gobierno Nacional, al momento de reglamentar la Ley, especificar que deben tener estos dos documentos en comento y delimitar cual es el campo de acción en que se podrán mover quienes lo diligencien.

<sup>84</sup> Entra en abierta contradicción éste inciso 4º con el inciso 1º, anteriormente citado, toda vez que de su lectura resulta que una vez presentada la solicitud de trámite, el Conciliador cuenta con cinco días hábiles para estudiarla; mientras que de la lectura del inciso 1º se desprende que una vez presentada la solicitud y pagados los gastos, el Conciliador cuenta con un día hábil para pronunciarse. Aunque tiene más sentido y es más acorde con la realidad otorgarle al Conciliador 5 días hábiles para revisar el cumplimiento de los requisitos, se advierte que dicha contradicción se puede dar después para interpretaciones encontradas.

Es necesario llamar también la atención sobre la solicitud que le hace el Conciliador al deudor para que corrija uno de los requisitos exigidos por la ley. La norma no estableció el procedimiento a seguir en caso que el deudor no esté de acuerdo con la negativa del Conciliador. Aplicando los principios del derecho procesal, se infiere que contra la decisión del Conciliación debe poder presentarse, al menos, un recurso de reposición. Sobre todo porque la norma culmina diciendo que si dentro del plazo otorgado, el deudor no subsana los defectos encontrados por el conciliador, la solicitud se rechazará definitivamente y contra esa decisión únicamente procede recurso de reposición ante el mismo funcionario.

El encargo del Conciliador, es un cargo de obligatoria aceptación dentro de los dos (2) días siguiente a la notificación del mandato. La consecuencia del incumplimiento del encargo es la exclusión de la lista de Conciliadores. El Conciliador será objeto de impedimentos y recusaciones de acuerdo con las causales previstas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez el Conciliador verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y el deudor haya sufragado los costos, el Conciliador designado por el Centro de Conciliación la aceptará y dará inicio al trámite de negociación de deudas (artículo 14). Una vez más, con éste artículo 14 se ve el desorden legislativo en la expedición de las normas. Una simple lectura advierte que es casi una idéntica reproducción del artículo 12 ibídem. Pero ésta aparente superflua contradicción, tiene profundas consecuencias, primero, en el análisis que la jurisprudencia (ordinaria o constitucional) pueda hacer sobre el texto y, segundo, sobre el entendimiento de la norma. En vez de establecer la regulación del trámite

para la aceptación de la solicitud de forma sucesiva y concatenada, para que a un simple lector le sea fácil de comprender y de seguir, el modelo adoptado por el Legislador es confuso y genera muchas lagunas en la interpretación de la norma.

### 1.1.3. *Incidente de revisión*

El incidente de revisión es una especie de incidente que se da dentro del trámite de negociación de deudas. Tiene lugar cuando el Conciliador, de oficio o por petición de alguno de los acreedores, advierte que el deudor omitió relacionar obligaciones o bienes. El Conciliador debe oficiar al Juez Civil Municipal<sup>85</sup> de conocimiento, conforme lo establece el artículo 6º, para que revise el expediente y resuelva declarar fracasado el trámite o incumplido el acuerdo<sup>86</sup>.

Esta figura del incidente de revisión analizada sistemáticamente, genera una serie de vacíos que es menester analizar. No queda claro que diferencia la hipótesis fáctica en ella contenida, a la establecida en el artículo 12 *ibídem*, inciso 4, en virtud de la cual si el Conciliador advierte que la solicitud de trámite de negociación de deudas no cumple las exigencias requeridas, otorgará a las partes un término de cinco (5) días hábiles para que lo corrija. En ese sentido, no se ve una clara diferencia entre la figura del artículo 12 y el incidente de revisión del artículo 13. Según pudimos advertir, el incidente de revisión tiene

---

<sup>85</sup> Resulta muy cuestionable el hecho que el legislador le haya conferido la facultad de conocer de los conflictos surgidos durante el trámite del proceso conciliatorio al Juez Municipal. Esto muestra por un lado, como se mencionó en el texto del trabajo, la inoperancia del legislador como director del proceso y la falta de importancia que para el legislador significa este tema, pues de entrada elimina la posibilidad que un tribunal colegiado pueda tener conocimiento de las controversias surgidas.

<sup>86</sup> Este proceso se adelanta a través del trámite del proceso verbal sumario establecido en el Código de Procedimiento Civil (artículo 13).

lugar cuando en la solicitud de trámite se omite relacionar las obligaciones o bienes del deudor. La hipótesis consagrada en el incidente de revisión, puede encajar dentro de la misma situación fáctica del artículo 12. Si el Conciliador, al hacer el examen de forma de la solicitud de trámite de negociación encuentra que falta la relación de las obligaciones y bienes del deudor puede, en virtud del artículo 12, otorgar al deudor un plazo de cinco (5) días hábiles para que lo corrija, o lo que es lo mismo, para que las relacione. Pero bajo el mismo supuesto fáctico, puede el Conciliador oficiar al Juez Civil Municipal de conocimiento para que decida si declarar fracasado el trámite de negociación o incumplido el acuerdo. No parece haber entonces ninguna razón para que la ausencia de un mismo requisito acarree dos consecuencias disímiles y que quede en la facultad del Conciliador decidir si aplica lo dispuesto en el artículo 12 o lo regulado en el artículo 13.

Lo anterior cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que las consecuencias del incidente de revisión son, o bien declarar fracasado el trámite de negociación, o declarar incumplido el acuerdo. Esto de entrada pone al deudor incumplido en una situación de por sí desfavorable, pues del texto de la norma se desprende que el juez tendrá que tomar una u otra decisión que sin importar cual sea resultará desfavorable. La norma no consagra la posibilidad que el juez declare que se trató de un simple error en la forma y por tanto ordene proseguir con el trámite. Una vez el Conciliador toma la decisión de oficiar el expediente al juez de conocimiento, la posibilidad de llegar a un acuerdo habrá fracasado del todo, pues en ningún escenario el expediente podrá volver al Centro de Conciliación para que se prosiga con el trámite.

Bajo la figura del incidente de revisión el juez tendrá que declarar fracasado el trámite o incumplido el acuerdo. Si declara fracasado el trámite, el deudor tendrá que iniciar nuevamente desde el comienzo, lo cual, teniendo en cuenta el número significativo de requisitos que debe cumplir, resulta muy oneroso y es contrario a la finalidad de la Ley. Pero si declara incumplido el acuerdo las consecuencias pueden ser aún de mayor envergadura, sobre todo si se tiene en cuenta la regulación que trae el Código Civil sobre el incumplimiento contractual en virtud de la cual el acreedor podrá pedir el cumplimiento del contrato o la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Como quiera que sea, la figura del incidente de revisión resulta desproporcionalmente adversa para el deudor y rompe con la igualdad procesal de las partes. Además, esta figura puede adolecer de un vicio de inconstitucionalidad consistente en presumir la mala fe del deudor en quiebra, pues no le da la oportunidad para que demuestre que el incumplimiento de los requisitos se dio por causas que no le son atribuibles o para que el juez pueda llegar a una decisión que no le resulte perjudicial. Se puede entonces afirmar que una vez el Conciliador inicie el incidente de revisión y oficie el expediente al juez de conocimiento, será el fin del trámite de negociación de deudas, siendo que, como lo vimos, esto es una causal subsanable por el deudor en cualquier momento y éste tiene el derecho, en virtud del artículo 12, a que se le dé un término de cinco días para aportar los documentos faltantes.

El incidente de revisión es una de las figuras jurídicas más desafortunadas de la Ley 1380 y muestra claramente la ineptitud del conciliador como director del proceso. Debido a la gravedad de los asuntos que se tratan en esta etapa del proceso, resulta evidente que el

conciliador no cuenta con las suficientes facultades y conocimientos para poder proceder con su trámite. Pero resulta también muy cuestionable que el legislador haya delegado al Juez Municipal el conocimiento de este incidente que resta mucho de ser de poca monta.

## **1.2. Efectos de la iniciación del trámite de negociación de deudas**

### *1.2.1. Suspensión de cobro de obligaciones*

El primer efecto de la iniciación del trámite de negociación de deudas, es la suspensión del cobro de cualquier tipo de interés sobre las obligaciones objeto del procedimiento de insolvencia, así como de cuotas de administración, manejo o cobros similares que de cualquier modo el acreedor pretenda hacer exigible (artículo 16).

Esta disposición mencionada trae consecuencias jurídicas considerables. En primer lugar, considerando un eventual caso en donde la solicitud de negociación de deudas incluya acreencias de carácter laboral, se presenta un problema en relación con los intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 90 de la ley 50 de 1990. En un principio, se podría llegar a considerar que por ser las normas laborales normas de orden público, éstas tienen prevalencia sobre cualquier otra disposición contradictoria. Sin embargo, suponiendo el caso de una persona natural no comerciante que inicie un trámite de negociación de deudas, que a su vez incluyan deudas de carácter laboral, como por ejemplo un ama de casa con una empleada de servicio a la que le debe prestaciones sociales, no tendría sentido que inicie el trámite y que, de forma paralela, se

sigan generando los intereses moratorios consagrados en la ley laboral. Del mismo modo, es práctica generalizada en el campo laboral, frenar la generación de los intereses moratorios a través de la consignación en un juzgado de un título judicial, por lo que no se ve del todo imposible que por el trámite de negociación de deudas se pueda frenar la generación de los intereses.

Debido a que el juez en cargo de conocer los conflictos que surjan del trámite de negociación de deudas es el Juez Municipal, los casos que se tramiten de conformidad con la ley bajo análisis no llegarán a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y por lo tanto no habrá una jurisprudencia unificada sobre la materia.

En relación con otros tipos de intereses diferentes a los de carácter laboral, la implicación jurídica de la disposición en comento no tiene consideraciones de mayor envergadura, en donde simplemente a partir de la fecha en el cual el Conciliador declare la iniciación del trámite, cesará el cobro de los intereses sobre las obligaciones incumplidas.

#### 1.2.2. *La suspensión de procesos ejecutivos en contra del deudor*

El inciso segundo del artículo 16 trae otro efecto: a partir de la iniciación, no se podrá admitir o continuar acciones civiles ejecutivas, restitución de bienes o de jurisdicción coactiva contra el deudor. En caso que se disponga lo contrario, el deudor estará facultado para alegar la nulidad del proceso ante el juez competente. Se establece una nueva causal de nulidad distinta a las establecidas en el Código de Procedimiento Civil. Para este efecto

basta sólo la certificación que expida el Centro de Conciliación sobre la iniciación del trámite de negociación de deudas.

Sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo dispuso que si en los procesos ejecutivos existen otros demandados, se podrán solicitar y practicar medidas cautelares sobre los bienes de propiedad de los terceros también demandados, salvo lo dispuesto en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil. Para proceder con esto, el Conciliador debe enviar un oficio, al día siguiente de la aceptación de la solicitud, a los jueces de conocimiento de los procesos indicados por el deudor en la solicitud o por sus acreedores en escrito aparte, mediante el cual se les informa la aceptación del trámite de negociación de deudas. El efecto jurídico-procesal del mencionado oficio es que el proceso queda suspendido desde el día de radicación del mismo, constituyéndose así un tercer efecto de la iniciación del trámite. Por último el inciso que se viene estudiando dispone que el deudor podrá solicitar la nulidad de todas las actuaciones que se surtan con posterioridad a la radicación del oficio del Conciliador.

### 1.2.3. *La continuación del deudor en otros procesos ante el fracaso del trámite de negociación*

Posteriormente, en los incisos 5° y 6° del mencionado artículo el legislador introdujo una disposición desafortunada pues de su simple lectura y haciendo un análisis sistemático del artículo 16, se colige que debería haber quedado ubicado en otro artículo diferente<sup>87</sup>.

Según se desprende de la lectura del inciso 5°, en caso que el trámite fracase o que se termine el acuerdo por incumplimiento imputable al deudor, y suponiendo que éste haya hecho parte de un proceso en donde se haya reservado la solidaridad respecto del deudor, podrá el acreedor/demandante vincularlo al proceso en la etapa que se encuentre. Se entiende que el deudor se acoge al proceso con la adición al mandamiento de pago o al auto admisorio de la demanda.

El inciso 6° prosigue diciendo que una vez se da la vinculación del deudor al proceso, la actuación contra los demás demandados se suspende sin perjuicio de la solicitud y práctica de medidas cautelares contra sus bienes. A renglón seguido viene una disposición inocua y sin sentido, pues la norma establece que el juez procederá a notificar al nuevo demandado del mandamiento de pago o del auto admisorio de la demanda. Sorprende ésta disposición, pues como lo pudimos apreciar, en ésta etapa del proceso, según la norma, el deudor ya era parte pues se había adherido al acto procesal admisorio de la demanda, por lo que no se entiende como si el deudor ya se encontraba vinculado al proceso, es tarea ahora del juez notificarle de una demanda a la cual el ya se había hecho parte. Pero la norma sigue e

---

<sup>87</sup> En primer lugar, es extraña la incorporación de una regla jurídica que tiene como supuesto fáctico el fracaso del trámite de negociación, en un artículo que habla sobre los efectos de su contrario, es decir de la iniciación del trámite. Bien podía el legislador haberlo dejado para el final, para la parte de la ley en donde se regulan las consecuencia del fracaso, pero no tiene ningún sentido técnico ni jurídico incorporar una disposición sobre los efectos del fracaso del trámite en el artículo que regula los efectos de su iniciación. Pero por si lo anterior no bastara, el legislador introduce una reglamentación difusa y en extremo confusa sobre los efectos del fracaso del trámite, que por motivos puramente académicos procedemos a exponer.

indica que le corresponde al juez velar por que el deudor se actualice procesalmente y llegue a la misma etapa en la que se encontraban sus codemandados; y una vez sucedido lo mencionado, entonces el proceso continuara con todas las partes en el mismo tramo<sup>88</sup>.

Esta disposición normativa demuestra una vez más el desorden legislativo que se produjo al momento de expedir la ley 1380 y que se refleja en el hecho de que ante el fracaso de la negociación de deudas, se impone como consecuencia la reactivación de los procesos ejecutivos que se habían adelantado contra el deudor.

#### 1.2.4. *Otros efectos procesales de la iniciación del trámite*

En los incisos 7, 8 y 9 del artículo 16, la norma continua regulando las consecuencias procesales que tiene la iniciación del trámite de negociación, es decir que continúa con lo que venía regulando el inciso cuarto<sup>89</sup>.

Así el inciso 7º menciona que en caso de haber medidas cautelares contra bienes de propiedad del deudor admitido en trámite, el Conciliador tendrá que enviar el expediente a un Juez que se asigna por reparto, quién tendrá que decidir si la medida sigue vigente y para ello tomará en cuenta la opinión expresada por el Conciliador.

---

<sup>88</sup> Como lo mencionamos, ésta disposición del artículo 16 es extraña a la etapa del trámite de negociación de deudas en el que nos encontramos. Sin embargo, su presencia en la norma hasta ahora comentada obliga su análisis, advirtiendo que sobre la misma se harán comentarios más adelante.

<sup>89</sup> Para mejor entendimiento del lector, debido a que los incisos 5 y 6 de la norma son un bache que nada tiene que ver con la regulación del artículo, los incisos 7,8 y 9 son la continuación del análisis que se que se venía realizando.

El inciso 9º por su parte dispone que el juez (o los jueces debió decir la norma) que conozcan de los procesos que cursan contra el deudor, mediante auto notificará a las partes la iniciación del procedimiento de insolvencia y por tanto de la suspensión del proceso que se cursa ante el juzgado. La contraparte del deudor podrá, si lo estima conveniente, desistir de la acción ejecutiva que haya presentado contra el deudor y seguirla contra sus codeudores o garantes, sin que por ello el Juez pueda condenarlo a costas. Y continua la norma diciendo que el Juez de conocimiento deberá informar de tal hecho al conciliador “*a efectos de sustraer de dicho trámite la obligación comprendida dentro del desistimiento*”. Vale resaltar que dicha disposición es contradictoria, pues si el demandante desiste de la demanda es precisamente porque pretende llegar a un acuerdo con el deudor en el marco de la negociación de deudas, y si por tal hecho, el Conciliador va a poder sustraer del trámite su obligación, entonces la consecuencia práctica de ello será que el acreedor quedará con su obligación incumplida, con la acción desistida y sin nadie que le pague su acción. Parece ser que la naturaleza de la norma es precisamente trasladar dicha obligación de la competencia del Juez Civil a la del Conciliador, pero no se puede dejar al acreedor desamparado. Termina la norma señalando que se entiende incorporado el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil.

#### 1.2.5. *Servicios públicos domiciliarios*

Por último, en el inciso 10 del estudiado artículo 16 se introduce una de las disposiciones más importantes: la prestación de los servicios públicos domiciliarios a nombre del deudor aceptado en trámite no podrá suspenderse. Esto quiere decir que si un deudor, como

consecuencia de su insolvencia y manifiesto estado de quiebra, no puede pagar la tarifa de los servicios públicos domiciliarios, tendrá derecho a seguirlos recibiendo siempre y cuando se le haya admitido a trámite. Si la prestación estaba suspendida la empresa prestadora estará obligada a restablecerla.

#### 1.2.6. *Una excepción a lo anterior: los procesos ejecutivos alimentarios*

El artículo 17 dispone una excepción a los efectos anunciados anteriormente: los procesos ejecutivos alimentarios que se encuentren en curso al momento de aceptarse la solicitud de trámite de negociación de deudas. En éste caso, la ley dispone que estos procesos (por su importancia social) continuarán adelantándose conforme lo dispone la ley, sin que sea procedente decretar la suspensión o levantamiento de las medidas cautelares decretadas en razón al inicio del trámite de negociación de deudas. Es decir que la iniciación del mencionado trámite no suspende (cómo si sucede con los otros procesos que se han adelantado contra el deudor) los procesos ejecutivos alimentarios contra el deudor iniciado en trámite.

El inciso segundo del mencionado artículo 17 dispone que en estos casos lo que se hace es que el demandante se hace parte del trámite de negociación de deudas, y a la misma vez, de manera paralela, se continua con el proceso de alimentos. Este artículo deja entonces la posibilidad que el acreedor de las obligaciones alimentarias (usualmente el cónyuge o el hijo) se haga parte y se beneficie del acuerdo de pago al que se llegue.

Por último, el inciso tercero trae una disposición todavía más curiosa que las que hemos venido analizando. Dice la norma que si se desembargan los bienes o si de los bienes embargados o subastados dentro del proceso de alimentos queda un remanente, bien sean los bienes o el remanente serán puestos a disposición del despacho que haya embargado el remanente o del Juez cuyo embargo fue desplazado por el Juez de alimentos, y de ello se informará al Conciliador que tenga a su cargo el conocimiento del trámite de negociación de deudas.

En una primera lectura, éste inciso final del artículo 17 parece complicado de entender, puesto que el legislador plantea un escenario poco claro. Por un lado no es claro cuál es el juez que queda con la administración del remanente de la subasta o con los bienes desembargados, pues al decir que “*serán dispuestos a disposición del despacho que haya embargado el remanente*” parece que se está ante un segundo embargo, el del remanente de la subasta pública que se hizo con los bienes inicialmente embargados. Y por el otro no es clara ni precisa la afirmación que “*el Juez cuyo embargo fue desplazado por el Juez de alimentos*”, pues da a entender que primero hubo un juez quién decretó y practicó el examen y otro posterior (el de alimentos) que se aprovechó de lo ya hecho por el primer juez y trasladó al proceso de alimentos los bienes embargados en otro proceso. En opinión de los autores, la mejor forma de entender éste último inciso del artículo 17 es que el remanente de un remate o los bienes desembargados quedan a disposición del juez que conoció del embargo o del remate de los bienes, quién tendrá la carga de informarle al Conciliador la existencia de dichos elementos. Por supuesto que éste supuesto fáctico supone que la obligación alimentaria ha quedado satisfecha.

### **1.3. La notificación del inicio del trámite de negociación y las restricciones a la solicitud**

Una vez se acepta el Trámite de Negociación de Deudas, el Conciliador cuenta con cinco (5) días para dejar constancia de la aceptación e informar, por escrito, a los acreedores relacionados por el deudor acerca de la aceptación de la solicitud, informándoles el monto por el que fueron relacionados y la fecha en la que se llevará a cabo la Audiencia de negociación de deudas. Para lograr dicho cometido el Juez deberá enviar un aviso con la iniciación del trámite a través de correo certificado y deberá, adicionalmente, publicar el mismo aviso de iniciación en la página web del Centro de Conciliación.

Cuando el acreedor sea una entidad comercial o financiera o una entidad de servicios públicos domiciliarios (una persona jurídica), una vez se surta la notificación, el representante legal deberá acudir al trámite de negociación, bien sea directamente o a través de apoderado debidamente acreditado y con poder especial amplio y suficiente para tomar decisiones sobre la refinanciación, la revisión de intereses, la revisión de plazos, el intercambio de activos, la dación en pago y demás alternativas que proponga el deudor dentro del procedimiento de insolvencia (artículo 18).

Por último trae la norma en su inciso tercero, una sanción severa para los representantes que no acudan al trámite. Según la norma, una vez efectuada la notificación en debida forma al representante legal de la entidad comercial, financiera o de servicios públicos

domiciliarios sin que éste o su apoderado comparezcan al trámite, se entenderá que se allana a las decisiones que resulten incorporadas en el acuerdo de pago y que acepta, de manera tácita, los demás efectos del mismo.

Por otro lado, la Ley en su artículo 19 regula lo relativo a las restricciones a la solicitud de trámite de negociación de deudas. Dicha norma incorpora una serie de eventos en donde el Juez podrá, a solicitud del Conciliador, declarar fracasado el trámite de negociación de deudas, una vez verifique que se cumple alguna de las causales ahí mencionadas<sup>90</sup>:

#### **1.4. La audiencia de negociación de deudas**

##### *1.4.1. Fecha de fijación de la audiencia*

La audiencia de negociación de deudas deberá celebrarse dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la aceptación de la solicitud y su notificación se realizará en los mismos términos del artículo 18 de la presente Ley, es decir por medio de aviso enviado por correo certificado y con publicación en la página web del Centro de Conciliación (artículo 20).

El Conciliador podrá fijar la fecha cualquier día dentro de los 20 días hábiles siempre y cuando todas las partes interesadas se encuentren notificadas y cuenten con un tiempo razonable para poder asistir.

---

<sup>90</sup> En estos casos el juez deberá obrar de acuerdo con el artículo 33 de la Ley bajo estudio, el cual establece los casos de responsabilidad penal

#### 1.4.2. *Desarrollo de la audiencia de negociación de deudas (artículo 21)*

En primer lugar, dice la norma, el Conciliador, una vez iniciada la audiencia, deberá poner en conocimiento de los acreedores la relación detallada de las acreencias (las deudas) y los activos del deudor. Una vez surtido éste trámite, les preguntará a los acreedores si están de acuerdo con la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones relacionados por el deudor y si tienen dudas o discrepancias con relación a las acreencias propias o ajenas. En caso de tener dudas o discrepancias se seguirá lo establecido en los numerales 2, 3 y 4. Si los acreedores están de acuerdo con la relación de las obligaciones presentada por el deudor, se procederá conforme al numeral 5, es decir que se saltan los numerales anteriormente descritos.

El numeral 2 establece que en caso de haber discrepancias con la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones relacionadas por el deudor, el Conciliador debe invitar a las partes a precisar las diferencias, es decir que el acreedor deberá manifestar el motivo de su discrepancia y el deudor deberá responder a las afirmaciones efectuadas por el acreedor. No obstante lo anterior, continua la norma diciendo que en caso que las diferencias persistan, el Conciliador deberá increpar (es el verbo que usa la norma) a las partes a que vuelvan a precisar su reparo y al acreedor que realizó la objeción, deberá indicar la fuente, naturaleza y causa de la obligación. Inclusive el Conciliador puede, dentro de sus facultades legalmente conferidas, proponer formulas de arreglo. Bajo la redacción contenida en el

numeral segundo se entiende entonces que las partes deberán precisar su reparo dos veces dentro de la misma etapa de la audiencia<sup>91</sup>.

Acto seguido, dispone el numeral 3, el Conciliador propondrá fórmulas de arreglo preservando la finalidad y los principios del régimen de insolvencia. Para lograr llegar a un acuerdo, el Conciliador cuenta con las facultades necesarias para requerir la presentación de documentos o simple prueba sumaria que dé cuenta del origen, existencia, cuantía y naturaleza de la obligación. El Conciliador, a través del uso de sus facultades legales, determina la obligación que deberá ser transada<sup>92</sup>. Finalmente, el numeral 3 dispone que, con el fin de lograr aportar al proceso los documentos necesarios y las pruebas sumarias que considere pertinentes, el Conciliador puede suspender la Audiencia<sup>93</sup>.

En ésta etapa de la audiencia pueden pasar dos supuestos fácticos contemplados en los incisos 4° y 5°. Si se reanuda la audiencia y las objeciones existentes entre el deudor y los acreedores no fueren conciliados, el Conciliador declarará fracasado el trámite de negociación de deudas y procederá en la forma descrita en el numeral 27 de la ley en comento, el cual será descrito más adelante (numeral 4°).

Si por el contrario se logran transar las objeciones, o si nunca se presentaron, habrá lugar a considerar la propuesta de pago que haga el deudor (numeral 5°). Para tal efecto, dispone el

---

<sup>91</sup> Una interpretación sistemática de la norma arroja como conclusión que lo que realmente pretendió el legislador fue, en primer lugar, buscar que las partes precisaran o aclararan las diferencias surgidas por la relación presentada por el deudor y que, en segundo lugar, buscar llegar a un acuerdo respecto de las mismas.

<sup>92</sup> Es de suma importancia esta etapa de la audiencia pues de la determinación de la obligación dependerá la fórmula de pago acordada.

<sup>93</sup> Omite el legislador en éste punto establecer un tiempo máximo para la duración de la suspensión de la audiencia.

numeral 6, el Conciliador le debe solicitar al deudor que haga una exposición de la propuesta de pago por él concebida para el pago de las obligaciones. Una vez finaliza la exposición de la propuesta por parte del deudor, el Conciliador la pondrá a disposición de los acreedores y les dará la palabra para que expresen sus comentarios (numeral 7º). Es decir que acá estamos ante dos ofertas, una que hace el deudor y otra contraoferta que hacen los acreedores en caso que haya lugar a ella.

Una vez presentada la oferta del deudor y la contra oferta del acreedor, el numeral 8 del artículo en comento dispone que el Conciliador deberá preguntar a las partes acerca de sus propuestas y las contrapropuestas que vayan surgiendo y podrá, dentro de las facultades que la ley le ha conferido, formular otras alternativas de arreglo.

Ahora bien, en caso que las partes no puedan llegar a un acuerdo en la audiencia<sup>94</sup>, y siempre que exista la posibilidad objetiva de llegar a un acuerdo, el Conciliador podrá suspender la audiencia para que las partes evalúen las ofertas realizadas, y reanudarla a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes (numeral 9). Las deliberaciones de una y otra parte no podrán extenderse más allá del término previsto en el artículo 15<sup>95</sup>, y en caso contrario se dará por fracasado el Acuerdo de Negociación de deudas<sup>96</sup>.

#### 1.4.3. *Suspensión de la audiencia y decisión sobre objeciones*

---

<sup>94</sup> La norma utiliza la expresión “reunión”.

<sup>95</sup> Esto es sesenta (60) días hábiles contados desde la aceptación de la solicitud, prorrogables hasta por treinta (30) días más.

<sup>96</sup> Es de notar la desafortunada redacción del legislador, pues en vez acuñar la expresión “Acuerdo de Negociación” la norma ha debido decir “Trámite de Negociación”, toda vez que en ésta etapa del proceso todavía no se ha llegado a un acuerdo.

La audiencia de negociación podrá ser suspendida las veces que sea necesario, siempre y cuando se de alguno de los eventos previstos en el artículo anterior. De todos modos, el trámite de negociación de deudas no podrá extenderse por más de los sesenta (60) días prorrogables por treinta (30) días más (artículo 22).

Ahora bien, si la audiencia es suspendida por la presentación de objeciones a la relación detallada de las acreencias y los activos presentada por el deudor, el deudor o el acreedor objetantes tendrán cinco (5) días para demandar ante el Juez Civil Municipal de conocimiento la resolución de la correspondiente objeción<sup>97</sup>.

Respecto de éste incidente, el artículo 23 trae una disposición procedimental. La demanda que adelante el acreedor o el deudor objetante, se adelantará a través del trámite del proceso verbal sumario, de única instancia, en el cual será procedente la acumulación de otra u otras objeciones que se hubieren presentado con objeción del Trámite de Negociación de Deudas del mismo deudor, correspondiéndole al Juez Civil Municipal que haya conocido de la primera objeción, conocer de todas las restantes.

Contra la sentencia que decida la objeción no procederá recurso alguno. Una vez quede en firme, la Audiencia se reanudará con la realización de los ajustes a que haya lugar a la relación de acreencias y activos presentada por el deudor y la relación reformada se

---

<sup>97</sup> Una vez mas la Ley difiere la decisión de controversias importantes a un Juez de la República. Vale la pena volver a comentar lo desafortunado que fue la escogencia de dicho Juez, pues sus decisiones nunca podrán ser objeto de un pronunciamiento tendiente a unificar la jurisprudencia.

entenderá por definitiva. A pesar que la norma no lo dice, debe entenderse que la realización de éste incidente establecido en la ley, no debe sobrepasar el término de sesenta (60) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días más, pues de todas formas ese es el plazo máximo dado por la ley para llevar a cabo el Trámite de Negociación de Deudas.

### 1.5. Análisis del acuerdo de pago

El acuerdo de pago, se encuentra regulado, en extenso, en el artículo 24. En dicho artículo, se establecen las reglas a las que deberá estar sujeto el acuerdo, las cuales procedemos a exponer a continuación.

El primer aspecto que regula la norma, es el tiempo en el que deberá celebrarse el Acuerdo de Pago. El numeral 1 establece que el Acuerdo deberá celebrarse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que se aceptó la solicitud de trámite de negociación de deudas, prorrogables por treinta (30) días más<sup>98</sup>.

El acuerdo de pago, debe ser aprobado por dos o más acreedores, los cuales deberán representar más del cincuenta por ciento (50%) de monto total del capital de la deuda, y debe contar con la aceptación expresa del deudor<sup>99</sup>. Ahora bien, para efectos de determinar el capital de la deuda se tomarán únicamente los valores por dicho concepto, por lo que no se tendrán en cuenta intereses, multas o sanciones de orden legal o convencional. En el caso

---

<sup>98</sup> Si bien el artículo 15 no lo dice expresamente, debe entenderse que son 30 días hábiles.

<sup>99</sup> La norma no es clara respecto de la naturaleza de este acuerdo, lo cual lleva a cuestionarse sobre su naturaleza y validez jurídica, así como sobre su posible nulidad ante la vulneración de normas de interés público que no admiten pacto en contrario.

de deudas contraídas en Unidades de Valor Real (UVR), moneda extranjera o cualquier otra unidad de cuenta, se liquidarán en su equivalencia a pesos con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a aquel en el que se presentó la solicitud (numeral 2).

Ahora bien, según lo dispone el numeral tercero, el Acuerdo deberá comprender y obligar a la totalidad de acreedores anteriores a la fecha de aceptación de la solicitud. Sin embargo, lo anterior sólo aplica a las obligaciones que no hayan sido comprendidas en desistimientos conforme lo establecido en el inciso 7° del artículo 11<sup>100</sup> de la ley bajo estudio, a pesar de no haber estado presente en la Audiencia o, en caso de haberlo estado, no haber consentido el Acuerdo. El Acuerdo de Pago deberá respetar la prelación y privilegios señalados en el Código Civil y deberá tratar a los acreedores de una misma clase o grado, igual (numeral 4).

Según dispone el numeral 5, a partir de la aceptación del trámite de negociación de deudas y hasta la celebración del Acuerdo de Pago, o el cumplimiento del término de sesenta (60) días prorrogables por treinta (30) días más establecido en el artículo 15, se interrumpe el término de prescripción y la caducidad de las acciones respecto de los créditos que contra el deudor se hubieren hecho exigibles ante la iniciación del trámite.

Del mismo modo, dispone el numeral 6, a partir de la aceptación del trámite, se suspende el cobro de intereses, cuotas de administración de manejo y demás pagos inherentes a las

---

<sup>100</sup> La remisión normativa es errónea. El artículo 11 no cuenta con siete incisos y lo que regula es el intercambio de activos y no los desistimientos. La única norma que le puede resultar aplicable es el inciso 9° del artículo 16.

obligaciones objeto del proceso de insolvencia. El numeral 6 contiene disposiciones especiales respecto de los intereses. El inciso segundo de dicho numeral, establece que los intereses de plazo o de mora que hayan sido causados, serán objeto de la negociación adelantada por el deudor y por el acreedor, y se pactarán en las condiciones establecidas en el Acuerdo de Pago. Sin embargo, en caso que el Acuerdo sea suscrito dentro de los sesenta (60) días siguientes a la aceptación de la solicitud de trámite de negociación de deudas, los intereses de mora causados durante dicho periodo no podrán exigirse<sup>101</sup>.

Adicionalmente, el inciso tercero del numeral 6 dispone que si el trámite fracasa o se incumplen las obligaciones plasmadas en el acuerdo, el deudor estará obligado a pagar los intereses causados desde que el inicio del trámite hasta el momento en que se haga efectivo el pago<sup>102</sup>. Del mismo modo, las concesiones y demás gabelas otorgadas por los acreedores a los deudores quedarán sin efecto.

Ahora bien, la norma (numeral 7) es clara en establecer que en ningún caso el Acuerdo de Pago implicará novación de las obligaciones. Sin embargo, las partes pueden celebrar un acuerdo en contrario, en el que se acepte de manera expresa por el deudor y por cada acreedor de manera individual o en su totalidad. Es decir que la regla general es que el Acuerdo de Pagos no implica novación de las obligaciones, salvo que las partes pacten lo contrario.

---

<sup>101</sup> No es claro en éste punto el legislador respecto de si ésta disposición también aplica para la prórroga adicional de los treinta (30) días.

<sup>102</sup> Debería haber una causal más para hacer exigible el pago de intereses consistente en que el trámite exceda el límite legal contemplado en el artículo 15 de la ley bajo estudio (los 60 días prorrogables por 30 días más).

Continúa el artículo 24 y en su numeral 8, establece que en caso de dación en pago, intercambio de activos, sustitución o disminución de garantías, se requerirá el consentimiento expreso del deudor y del respectivo acreedor, al igual que aquellos casos en que el capital que existe para garantizar la obligación se rebaje.

Dispone la norma en su numeral 9 que de la audiencia en donde se celebre el Acuerdo de Pago, se levantará un acta la cual será suscrita por el Conciliador y el deudor<sup>103</sup>. Las partes podrán solicitar y obtener del respectivo Centro de Conciliación copia del acta contentiva del acuerdo en cualquier momento.

Por último, el artículo 24 cuenta con un párrafo en donde se establece que el Acuerdo de Pago celebrado entre las partes puede ser reformado posterior a su reforma, bien sea por solicitud del deudor o de los acreedores que representen al menos una cuarta parte de los créditos por pagar. Ésta solicitud deberá ser presentada ante el Centro de Conciliación que conoció del Trámite de Negociación inicial. La solicitud deberá ir acompañada con una actualización de la relación definitiva de acreedores, junto con la información relativa a las fechas y condiciones en que se hayan realizado pagos de los créditos que fueron materia del Acuerdo de Pagos.

Una vez se acepte dicha solicitud, el Conciliador que sea designado por el Centro de Conciliación, deberá convocar a una Audiencia de Modificación, dentro de los diez (10)

---

<sup>103</sup> Al parecer el legislador olvidó incluir al el o los acreedores dentro de las personas que deben firmar el acta, pues desde un punto de vista estrictamente jurídico de nada vale el acuerdo si las partes de la relación jurídica sustancial no firman el acuerdo.

días hábiles siguientes. Una vez se instale la Audiencia se indagará, en primer término, a los acreedores acerca de la conformidad en torno a la actualización presentada y se someterá a consideración la propuesta de modificación que presente el deudor. La aprobación y características de la actualización se sujetarán a las reglas previstas en el artículo 24. En caso de no lograrse la aprobación de la reforma el Acuerdo de Pago seguirá vigente.

#### 1.5.1. *Efectos de la celebración del Acuerdo de Pago*

Conforme al Acuerdo de Pago, el cual podrá tratar las obligaciones de contenido patrimonial contraídas por el deudor, incluso las contraídas con el Estado colombiano, es necesario señalar que la firma del acta presta mérito ejecutivo. Así, dentro de sus efectos, la norma señala que con el Acuerdo se simplifican los trámites relacionados con los bienes del deudor sujetos a registro, teniendo que inscribir el acta en la oficina de registro de instrumentos públicos<sup>104</sup>, para todos los efectos derivados de la negociación.

Asimismo, una vez finalizada la negociación y con el acta de Acuerdo de Pago, los procesos de ejecución y restitución se mantendrán suspendidos hasta que sea verificado el cumplimiento del Acuerdo. En este sentido, el incumplimiento de lo negociado hará continuar los mencionados procesos, y expresa como requisito para iniciar procesos ejecutivos relacionados con las obligaciones consagradas en el Acuerdo, que el Conciliador deberá declararlo.

---

<sup>104</sup> La norma no hace referencia explícita al lugar de inscripción, lo que implica un mayor acompañamiento por parte del Estado en estos trámites.

Otro de los efectos está relacionado con la participación de los acreedores en la aprobación de los nuevos créditos a los que quiera acceder el deudor o del otorgamiento de garantías por parte de este. La participación consiste en una mayoría calificada señalada por el legislador, en acreedores que representen la mitad más uno del valor de los pasivos del deudor. En caso de no tener o no solicitar la aprobación de los acreedores, es causal de terminación del trámite de negociación de deudas y los acreedores podrán hacer uso de todos los mecanismos legales para proteger su crédito.

Por otra parte, están los efectos en materia fiscal, los cuales constituyen un alivio para la negociación; así el Acuerdo es considerado sin cuantía para los efectos del impuesto de timbre y en general cualquier impuesto que se pueda derivar de este. En cuanto a los intereses sobre las obligaciones tributarias, estos se deberán liquidar y pagar con los intereses de mora, en el momento de la aceptación del trámite, y se contarán desde la exigibilidad de la obligación hasta la fecha de presentación de la solicitud para acogerse al trámite. En caso de incumplimiento del acuerdo, los intereses serán pagados conforme lo señalado por el Estatuto Tributario y en las condiciones establecidas por la DIAN.

De acuerdo a lo anterior, los plazos para el pago de obligaciones fiscales (en acuerdos de reestructuración), se podrán pactar por un término superior al establecido en el Estatuto

Tributario. Seguido a esto, la Ley en comento, establece que habrá un periodo de gracia de hasta dos años a favor del deudor, sin perjuicio de la causación de intereses.<sup>105</sup>

Por último, el Acuerdo de Pago tiene como efecto que se podrá solicitar otro nuevo trámite de negociación de deudas, una vez se cumplan seis años desde la fecha de cumplimiento total y efectivo de la negociación anterior, lo cual deberá ser debidamente certificado por el correspondiente Centro de Conciliación y/o las Centrales de Información Financiera.

### 1.5.2. *Fracaso de la Negociación*

La negociación se entenderá como fracasada una vez trascorra el término establecido en el artículo 15<sup>106</sup> de la Ley 1380 de 2010, consistente en sesenta días, prorrogables por otros treinta.

El fracaso de la negociación origina la obligación del Conciliador de informar, dentro de los tres días hábiles siguientes a la declaratoria del fracaso de la negociación, a los jueces que conocen de los procesos adelantados en contra del deudor, con el fin que estos continúen las acciones ejecutivas iniciadas por los acreedores. Los acreedores que no habían iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, lo podrán hacer con la declaratoria de fracaso hecha por el Conciliador.

---

<sup>105</sup> En materia fiscal, la norma no señala ningún tratamiento preferencial frente a la declaración de renta presuntiva, beneficio que sí es otorgado a los comerciantes que se acogen al procedimiento establecido en la Ley 1116 de 2006.

<sup>106</sup> El artículo 27 de la Ley 1380, erróneamente remite al lector al numeral 10° del artículo 22 de la citada ley en cual no tiene numerales.

### 1.5.3. *Incumplimiento del Acuerdo de Pago por parte del Deudor*

Por solicitud de los acreedores o del deudor, en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas en el Acuerdo de Pago, el Conciliador dentro de los diez días hábiles a la radicación de la solicitud, citará a las partes a una nueva audiencia, en la que se revisarán y estudiará por una sola vez la modificación del Acuerdo de Pago original.

La mencionada modificación estará sujeta a los requisitos de la celebración del Acuerdo original, consagrados en el artículo 24<sup>107</sup> de la Ley bajo estudio, y el quórum se establecerá conforme el monto de las obligaciones sin pagar.

De no modificarse el Acuerdo o de reincidir en el incumplimiento, el Conciliador declarará incumplido el Acuerdo, lo que deberá informar a los jueces de conocimiento de procesos en contra del deudor, para que continúen.

En caso que existan controversias relacionadas con la ocurrencia de eventos de incumplimiento, el/los acreedor (es) podrán iniciar un proceso verbal sumario para que sea declarado el incumplimiento del deudor. Este proceso lo deberá iniciar dentro de los diez días hábiles siguientes a la celebración de la nueva audiencia de modificación, con demanda a la que deberá anexar copia del acta que contenga el Acuerdo. Una vez sea proferida la sentencia, el juez comunicara su decisión al Centro de Conciliación, providencia que tendrá únicamente el recurso de casación.

---

<sup>107</sup> El redactor de la norma recae en el error de remitir al artículo 22, el cual trata la suspensión de la audiencia de negociación y no los requisitos generales para la celebración del Acuerdo de Pago.

#### *1.5.4. Impugnación del Acuerdo de Pago*

La Ley 1380, en su artículo 29, establece un término de dos meses contados a partir de la celebración del acuerdo, para que cualquier acreedor anterior a la iniciación del trámite de negociación, tenga la posibilidad de impugnar el Acuerdo, para que así sea declarada la nulidad del mismo.

Es así como señala que prosperará la declaratoria de nulidad, la cual se adelantará en instancia judicial, siempre y cuando cumpla con una de las siguientes causales:

1. En el momento de hacer una relación de los bienes que conforman el patrimonio del deudor, de sus obligaciones, de las direcciones de notificación de los acreedores, faltó o se ocultó información.
2. Cuando en la mencionada información, fueren incluidas deudas inexistentes o se desconoció lo previsto en el artículo 4° de la ley bajo estudio.
3. El deudor en el año anterior a la aceptación del trámite de negociación de dudas y antes de la celebración del Acuerdo de Pago, gravó o transfirió bienes de su propiedad correspondientes a la suma que supere el 10% de la totalidad de sus activos.
4. Cuando el Acuerdo no respete los privilegios y preferencias legales, contenga estipulaciones que den un tratamiento desigual a los acreedores sin la aprobación de estos o no incluya a los acreedores anteriores a la iniciación del trámite.

El proceso de impugnación será competencia del Juez Civil del domicilio del deudor, teniendo el trámite de un proceso verbal sumario de única instancia, y al cual se le podrán acumular todas las demandas que versen sobre el mismo acuerdo. El juez informará de su providencia al Conciliador para que tramite lo previsto en el fracaso de la negociación.

En el evento en que sea probado y el juez pueda encuadrar la nulidad del Acuerdo en alguna de las primeras tres causales, el deudor no podrá acogerse a un trámite de negociación de deudas dentro de los siguientes seis años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

#### *1.5.4.1 La Responsabilidad Penal en el Trámite de Negociación de Deudas*

En atención a las causales de impugnación anteriormente señaladas, el legislador las puntualiza y en el artículo 33 establece un tipo penal con sujeto activo indeterminado, imponiendo, de manera implícita, mayor coerción al juramento que debe prestar el deudor, y añade a quienes dentro de un procedimiento de insolvencia, con pleno conocimiento:

1. Suministren datos, certifiquen estados financieros o en sus notas, o el estado de inventario o la relación de acreedores a sabiendas de que en tales documentos no se incluye a todos los acreedores, se excluye alguna acreencia cierta o algún activo, o se incluyen acreencias o acreedores inexistentes contrarias a la realidad.

2. Ordenen, toleren, hagan o encubran falsedades en los documentos que entreguen en desarrollo del procedimiento de insolvencia.
3. Soliciten, sin tener derecho a ello, ser tenidos como acreedores, o de cualquier modo hagan incurrir en error grave al Conciliador o al Juez.
4. Finjan una separación de bienes, una disolución o liquidación de la sociedad conyugal con el fin de traspasar bienes o insolventarse de algún modo.<sup>108</sup>

Si el Juez o el Conciliador<sup>109</sup>, revelan una de las citadas causales, deberá interrumpir el procedimiento y ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación. De encuadrar la conducta en el tipo penal, se prevé pena de prisión de uno a seis años.

#### *1.5.5 Promotores y Liquidadores*

La ley de insolvencia para personas naturales no comerciantes, no establece una formula de creación de listas especializadas para la elección de promotores y liquidadores, pieza fundamental en este procedimiento. Razón por la cual, modificó la Ley 1116 de 2006 sobre el Régimen de Insolvencia Empresarial y estipula que la designación del promotor y del liquidador será de lista elaborada para el efecto por la Superintendencia de Sociedades<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Cita textual de los numerales consagrados en el artículo 33 de la ley 1380 de 2010.

<sup>109</sup> La Ley 1380 fue reglamentada por el Decreto 4007 de 2010 “Por el cual se establecen requisitos para actuar como conciliador extrajudicial en derecho en los trámites de insolvencia económica para la persona natural no comerciante”; y por el Decreto 3274 de 2011.

<sup>110</sup> Es necesario hacer referencia al descuido del legislador al incluir una disposición claramente contraria a la persona natural no comerciante.

Es menester añadir, que los acreedores que representen por lo menos el 60% del valor de las deudas, podrá en cualquier tiempo remover el promotor – liquidador designado por el juez, de la lista elaborada por la Superintendencia de Sociedades.

Así, los promotores y liquidadores podrán ser removidos o recusados por el juez del concurso, bajo la observancia de las causales establecidas por el Gobierno.

Por último, el auxiliar de la justicia designado para estos menesteres<sup>111</sup> podrá actuar como promotor o como liquidador en hasta tres procesos de forma paralela.

## **2. Breve comentario sobre el proyecto del Código General del Procedimiento**

El texto aprobado en segundo debate en plenaria de la Cámara de Representantes del Congreso de la República del Proyecto de Ley 196 de 2011, de la Cámara de Representantes, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, trae una copia casi exacta de la extinta Ley 1380. Son en muchos de los casos una réplica fiel de la norma declarada inconstitucional. Sin embargo, el proyecto de Código trae los siguientes cambios respecto de la ley 1380 que es necesario mencionar:

1. En el artículo 575 se incluyen tres nuevos párrafos a lo que en la ley 1380 era el artículo 5°. La novación legislativa consiste en determinar que los abogados conciliadores inscritos ante centros de conciliación, sólo podrán conocer de trámites

---

<sup>111</sup> Queda clara la intención del legislador, por cuanto en el párrafo 2 del artículo 67 de la ley 1116 de 2006 modificado por la ley 1380 de 2010, hace referencia a una situación específica de las empresas, dejando por fuera del supuesto establecido en la norma, a la persona natural no comerciante.

de insolvencia si son designados por el correspondiente centro. Así mismo dispuso que los estudiantes de los consultorios jurídicos, podrán tramitar solicitudes de insolvencia cuando hayan aprobado la capacitación del Decreto 4007 de 2010 y actúen bajo la supervisión del director del consultorio.

2. El artículo 575 introdujo cambios respecto del artículo 7 de la ley 1380 respecto de la gratuidad del trámite, para determinar que los centros de conciliación de las entidades públicas, sólo podrán conocer de trámites de insolvencia en los que los activos de los participantes no superen los 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Del mismo modo, dicho artículo incluyó un párrafo en virtud del cual se establece que los trámites de insolvencia serán gratuitos siempre y cuando sean adelantados en centros de conciliación de entidades pública y consultorios jurídicos de facultades de derechos. Cualquier gasto dentro del trámite debe ser asumido por la parte solicitante.
3. El artículo 578 que introdujo cambios respecto del artículo 8 de la ley 1380, incluyó un párrafo primero que dispuso que las expensas del trámite están definidas como las relacionadas con comunicaciones, remisión de expedientes, honorarios de auxiliares de la justicia y demás gastos secretariales.
4. El artículo 586 que introdujo cambios respecto del artículo 16 de la ley 1380, incluyó un párrafo segundo en virtud del cual los trámites de negociación de deudas generan una carga para la persona natural quién deberá llevar contabilidad de su patrimonio a partir del tercer día hábil desde la aprobación de su solicitud y hasta que se verifique el cumplimiento de su respectivo acuerdo.

5. El artículo 590 que introdujo cambios respecto del artículo 20 de la ley 1380, establece que el conciliador de oficio, petición del deudor o de los acreedores con más del 50% de las acreencias presentes en la audiencia podrán solicitar la suspensión de la misma tantas veces como se estime necesario.
6. El artículo 595, que introdujo cambios respecto del artículo 25 de la ley 1380, incluye un párrafo en virtud del cual ante el fracaso de la negociación o la no celebración del acuerdo, la persona natural no podrá solicitar un nuevo trámite en un plazo de 5 años contados a partir de la presentación de la solicitud.
7. El artículo 608, que introdujo cambios respecto del artículo 38 de la ley 1380, eliminó la remisión normativa que dicho artículo hacia a las disposiciones que en materia civil o de procedimiento civil regulara la materia.

Así las cosas, en lo no enumerado anteriormente, el texto de la ley 1380 permanece exactamente igual en el proyecto de Código de Procedimiento Civil, el cual cabe decir se encuentra pendiente de aprobación final por parte del Congreso y posterior sanción presidencial.