

Bogotá D.C., 6 de mayo de 2024

Honorable Representante
JUAN CARLOS WILLS OSPINA
COMISION PRIMERA CONSTITUCIONAL
Cámara de Representantes
E. S. D.

Asunto: Respuesta a derecho de petición.
Comentarios Universidad del Rosario
Proyecto de ley No. 362 de 2024 Cámara – 269 de 2022 Senado *“Por medio de la cual se modifica el título IV de la Ley 1564 de 2012, referente a los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante y se dictan otras disposiciones”*.

Respetado Representante Wills:

Dando respuesta a su amable solicitud, por medio de la cual nos invitó a exponer algunas notas relacionadas con la situación del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante y en particular en lo que atañe al proyecto de ley que actualmente cursa en el Congreso de la República con el propósito de reformar el Régimen de Insolvencia de la Persona Natural No Comerciante incorporado en el Código General del Proceso.

Lamentablemente, dada la extensión del proyecto de ley y la brevedad del tiempo, no tendremos la posibilidad de referirnos, en detalle, a cada uno de los aspectos que éste propone modificar. Mencionaremos, con todo, algunas cuestiones generales que consideramos fundamentales a la hora de debatir un proyecto de la importancia del presente.

Nos ponemos desde ya a disposición de Usted, de su Unidad de Trabajo Legislativo y de la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes para responder sus inquietudes o hablar con mayor profundidad de algunos aspectos puntuales del texto del proyecto.

Sin más preámbulos, pasaremos, en primer lugar, a hacer una breve presentación de algunos de los rasgos fundamentales del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante del Código General del Proceso (1), de algunas de las dificultades que han surgido en su aplicación práctica (2), para analizar la idoneidad del proyecto de ley

para hacer frente a las dificultades que han venido dándose en la práctica y algunas cuestiones puntuales sobre la redacción del proyecto y las propuestas planteadas por él (3).

1. Rasgos fundamentales del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante vigente

Las crisis económicas de los últimos años han obligado a reflexionar sobre la importante cuestión de la necesidad de un régimen concursal para el consumidor. En Colombia, el asunto ha sido trabajado en diversas ocasiones, con enfoques distintos. Del enfoque netamente judicial y liquidatorio del concurso de acreedores del Código de Procedimiento Civil, se pasó a la aproximación negociada ante un juez de la República en la Ley 222 de 1995, a una solución negociada y extrajudicial con la posibilidad residual de abrir una liquidación patrimonial de naturaleza jurisdiccional, en el Código General del Proceso.

El régimen actual tuvo su origen en consideraciones constitucionales que hacían conveniente la existencia de un concurso para el consumidor (Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007). Ello condujo, en un primer término, a la Ley 1380 de 2010, de cortísima vida, y a partir de la inexequibilidad de esta última, a su revisión integral para ser incluida en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

En su momento, este régimen buscaba dar respuesta a varias necesidades, así:

a. Necesidad de un régimen concursal para el consumidor, distinto del aplicable al comerciante.

El comerciante es un profesional que desarrolla en forma habitual actividades mercantiles, obligado a atender algunos deberes básicos (entre otros, destacamos la necesidad de llevar contabilidad y libros de comercio), y cuya crisis está relacionada con la actividad que desarrolla; la solución a su crisis debe partir de la revisión de su modelo de negocios, a partir de criterios de mercado. El consumidor no está obligado a llevar libros, y su crisis suele estar relacionada con la enfermedad, con la pérdida del empleo, o con crisis conyugales; la salida a las dificultades debe partir de una revisión de sus hábitos de consumo, y supone un ejercicio de educación financiera. La aplicación del mismo régimen para deudores comerciantes y no comerciantes fue implementado a lo largo de más de una década en Colombia, con resultados nocivos, y por ello la Ley 1116 de 2006 excluyó a la persona natural no comerciante del ámbito de aplicación de los procesos en ella regulados.

b. Naturaleza conciliatoria, no litigiosa, de la negociación de deudas.

La solución negociada a la crisis es un rasgo característico de los procesos recuperatorios, sea de la persona natural comerciante, sea de la no comerciante. Sin embargo, a diferencia de la crisis del profesional del comercio, el consumidor requiere de un mayor énfasis en el perfil conciliatorio del trámite, donde se traten con sentido humano (y no simplemente jurídico, técnico o probatorio), las causas que lo condujeron a la insolvencia, así como las soluciones que de ello se derivan. Para ello es necesario fomentar un ambiente de contacto directo entre las partes, donde se verifique un verdadero acercamiento y comprensión entre ellas, y que no se limite a una confrontación de argumentos jurídicos sobre aspectos formales o sustanciales del crédito, ni a una controversia sobre quién tiene la razón y a favor de quién se inclina la balanza probatoria. Por ello, la efímera Ley 1380 de 2010 incorporó la naturaleza conciliatoria del trámite; el Código General del Proceso la enriqueció con algunas pautas adicionales que no desvirtúan la negociación conciliada de la crisis.

La intervención del juez, y el debate jurídico y probatorio y heterocompositivo de las soluciones que éste brinde, se deben mantener como algo subsidiario o residual.

c. Promoción de la buena fe.

En la base del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante debe encontrarse la buena fe, sea como un requisito para el deudor que decide acogerse a la negociación de deudas, sea como un supuesto necesario de mutua confianza para convenir una solución exitosa que resuelva de fondo la crisis, sea como el objeto del restablecimiento y de rehabilitación en la fase liquidatoria. La buena fe supone, entre otras, la diligencia del deudor que decide acogerse oportunamente al sistema para negociar sus deudas con sus acreedores; el suministro de información que permita formar un panorama completo, real y verificable sobre las causas que produjeron las dificultades, sobre el estado de su patrimonio y sus perspectivas de recuperación, y sobre las soluciones propuestas para la crisis; supone un compromiso con no haber contribuido a agravar o a disimular la crisis o sus dimensiones, a través de actos revocables o simulados, o a través de conductas defraudatorias; y supone sobre todo, una disposición para cumplir con las obligaciones, más allá de la apelación a la solidaridad que resulta necesaria para salir adelante en este propósito.

d. Carácter residual y rehabilitador de la liquidación.

La liquidación patrimonial fue concebida como un último recurso, como una solución de última instancia para aquellos eventos en donde la negociación no sea posible, a pesar de todos los esfuerzos de deudor y acreedores. Si el deudor de buena fe convocó a sus acreedores, lo debe hacer con el ánimo de salir adelante en su proyecto de vida sin causar un perjuicio excesivo a las personas impactadas por su crisis. La negociación de deudas es una etapa necesaria para demostrar la buena fe y para explorar conjuntamente las salidas a las dificultades.

La liquidación es una *ultima ratio*, que sólo debe servir para rehabilitar al deudor que no tiene más remedio que abandonar su patrimonio a los acreedores. En estos casos, la liquidación es la mejor entre todas las peores soluciones posibles; mas no por ser la mejor implica que deje de ser una mala salida. Su propósito es el de hacer justicia *in extremis*, rehabilitar al consumidor y evitar con ello una muerte civil del deudor por la imposibilidad material de cualquier otra solución. En esa medida, no puede ser la primera opción, ni puede ser buscada como una salida óptima para simplemente dejar atrás las deudas.

2. Algunas dificultades prácticas que justifican revisar el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante

Sin duda, el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante propuso soluciones importantes a la crisis del consumidor. Una década después de su entrada en vigencia, se propone ajustarlo, y no derogarlo, como hubo necesidad de hacer con el régimen de la Ley 222 de 1995 cuando se llegó a una edad similar. Contrario a lo ocurrido con el régimen de insolvencia empresarial, no tuvo necesidad de ajustes urgentes durante la pandemia, ni ha desatado mayores dificultades en la estructura de su operación. Está, por supuesto, lejos de ser un sistema perfecto, y si es necesaria una reforma, ésta debe orientarse a mejorar algunas cuestiones que en la práctica se han revelado como insuficientes y que han conducido a algunos inconvenientes prácticos.

Estimamos que, en la actual coyuntura económica y política, un proyecto de reforma a cualquier régimen de insolvencia, debe concentrarse en mejorar los aspectos que han resultado problemáticos en la práctica, sin tocar lo que funciona. De lo contrario, se corre el riesgo de perder el norte, dejar de atacar las problemáticas que se requería enervar y, por el contrario, crear más problemas de los que se pretendía resolver. A continuación presentaremos algunas de las que, a nuestro juicio, son las principales problemáticas que han de abordarse por parte de la reforma, y para las cuales bastaría hacer modificaciones puntuales a no más de un puñado de artículos:

a. La determinación de la no comercialidad del deudor.

Un primer grupo de dificultades se ha dado alrededor de la calificación de la persona natural como “comerciante” o “no comerciante”. Esta distinción puede ser bastante compleja en algunos casos en los que se desarrollan actos objetivos de comercio, pero se encuentra en duda su comercialidad o su habitualidad. La controversia que pueda suscitarse al respecto se extiende también a determinar quién es el funcionario o autoridad competente para definir el procedimiento aplicable a cada caso, y la oportunidad procesal para formular cualquier reparo que se tenga frente a la competencia del centro de conciliación o la notaría.

b. La insolvencia del controlante.

Un segundo grupo de dificultades se centra en el problema de la insolvencia de grupos, en particular en aquellos casos en donde la persona natural no comerciante es controlante de una sociedad comercial sujeta al régimen de la Ley 1116 de 2006. En este caso, no parece conveniente la regla dispuesta por el artículo 532 del Código General del Proceso, que reenvía la insolvencia de la controlante al régimen de insolvencia empresarial, sin importar si la sociedad controlada también se encuentra en crisis, o si, en caso de estarlo, la crisis de ésta tiene alguna relación de conexidad con la insolvencia de aquélla.

c. La situación conyugal o marital del deudor.

Un tercer grupo de dificultades se encuentra condensada en la situación conyugal o marital del deudor, y los inconvenientes que la existencia de una sociedad conyugal o patrimonial pueda representar en la gestión de la insolvencia. La regulación vigente pone en el deudor el deber de denunciar la existencia de un vínculo de esta especie, mas no expresa qué consecuencias sustanciales y procedimentales ello conlleva. ¿Debe liquidarse la sociedad conyugal o patrimonial como consecuencia de la insolvencia? ¿Por qué acreencias ha de responder la sociedad conyugal o marital, y qué acreencias son propias de cada uno de los cónyuges? ¿Qué criterios deben ser tenidos en cuenta para efectos de definir estas situaciones? ¿Debe necesariamente abrirse un procedimiento de insolvencia al cónyuge o compañero permanente, en busca de su coordinación?

d. Los asuntos que pueden ser debatidos a lo largo del procedimiento

Un cuarto grupo está representado por el tipo de objeciones que en la actualidad pueden formularse frente a la información suministrada por el deudor, y en particular, por la relación de pasivos. El régimen actual parece limitar la posibilidad de presentar objeciones únicamente a las acreencias declaradas por el deudor, mas no frente a la relación de activos, lo cual ha representado dificultades en el trámite del procedimiento, cuando quiera que la información suministrada no corresponde a la realidad.

e. *El recaudo probatorio.*

Un quinto grupo se refiere a las dificultades que algunos practicantes han encontrado en el tratamiento probatorio de los asuntos sujetos a controversia en el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante. El Código General del Proceso buscó crear un escenario de diálogo y negociación que, acorde a la naturaleza del deudor y su condición de no profesional, permanezca alejado del debate probatorio. Sin embargo, algunos encuentran que los términos de traslado en caso de persistir alguna objeción no conciliada en audiencia son excesivamente cortos y que no permiten conducir un debate adecuado sobre el punto, y añoran el suministro de pruebas desde una etapa anterior del proceso.

f. *La idoneidad de los operadores de insolvencia*

Un sexto grupo se concentra en la capacidad de los sujetos encargados de conocer de los procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante: conciliadores y notarios, y jueces civiles municipales. De los primeros se destaca la falta de capacitación de algunos de ellos, o de su falta de cobertura; de los segundos, su capacidad para conocer y resolver de manera definitiva sobre este tipo de asuntos, y el riesgo de que sus intervenciones carezcan de un control adecuado, máxime cuando en otras épocas y en otros asuntos, las controversias relacionadas con la insolvencia se habían asignado al juez civil del circuito o a una autoridad con categoría de circuito.

g. *Algunas dificultades en el trámite de la liquidación patrimonial*

Un último punto se refiere a las dificultades prácticas observadas en los procesos de liquidación patrimonial dada la dificultad de designar un liquidador, por la ausencia de medidas cautelares sobre bienes del deudor, y por la falta de entrega de los bienes del deudor al liquidador.

3. Algunos comentarios sobre la idoneidad del proyecto para resolver las problemáticas identificadas y sobre ciertas disposiciones específicas.

a. Extensión del proyecto de ley

Lo primero que llama la atención del proyecto de ley en curso es su desproporcionada extensión. El título de la insolvencia de la persona natural no comerciante en el Código General del Proceso, que el proyecto se propone reformar, abarca 46 artículos (entre el 531 al 576), que suman poco más de nueve mil palabras. Por su parte, el proyecto de ley en comento, abarca 46 artículos que suman algo menos de diez y ocho mil palabras; dos mil palabras más que el texto aprobado en plenaria por el H. Senado de la República.

Estas magnitudes que por sí solas resultan alarmantes, pero que preocupan mucho más si se tiene en cuenta que la extensión final del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante quedará mucho más larga. La extensión final del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante se asemejará más a la longitud del régimen de insolvencia empresarial dispuesto en la Ley 1116 de 2006 que al que actualmente se encuentra en el Código General del Proceso.

Difícilmente puede alcanzarse una flexibilización y fácil implementación de un régimen destinado a los consumidores, cuando su regulación se presenta en un volumen semejante. Observamos con preocupación que la reforma propuesta incrementa innecesariamente la extensión y la complejidad de un procedimiento que incluso en su versión vigente ya era suficientemente largo y denso.

b. Los objetivos del proyecto de ley

En su artículo inicial, el proyecto de ley declara tener cuatro finalidades primordiales: (1) extender el ámbito de aplicación del régimen a algunas personas naturales comerciantes; (2) resolver algunas cuestiones advertidas en la práctica del régimen vigente que el proyecto juzga inconvenientes, por haber dado lugar a decisiones contradictorias; (3) flexibilizar el procedimiento de insolvencia para hacer frente a la pospandemia; y (4) reformar la liquidación patrimonial para “hacer más ágil el procedimiento y garantizar la entrega de los bienes del concursado a sus adjudicatarios”.

De las cuatro finalidades propuestas, sólo la tercera responde a un intento por resolver las problemáticas prácticas observadas en el régimen de insolvencia de persona natural vigente. Frente a las restantes, debemos indicar:

- (i) No es conveniente incluir a personas naturales comerciantes en el mismo régimen de las no comerciantes. Sobre esto volveremos más adelante.
- (ii) La realidad de la pandemia de la COVID-19 es, a estas alturas, una situación que no debería ser el motivo principal de una reforma legislativa con vocación de permanencia. Si bien en un principio pudo tener actualidad y representar una medida de urgencia, a estas alturas se muestra más como una coyuntura y no como un motivo que justifique una reforma legal con vocación de largo plazo.
- (iii) Si bien compartimos la necesidad de hacer más ágil la liquidación patrimonial, al igual que cualquier otro proceso de naturaleza jurisdiccional, observamos que las medidas adoptadas en la reforma propuesta no establecen verdaderos mecanismos para hacer más ágil la liquidación patrimonial.

En todo caso, debemos indicar que la reforma es sumamente extensa y abarca numerosísimos aspectos puntuales. La mayor parte de ellos no guardan una relación con los cuatro objetivos declarados en el artículo primero; por el contrario, se trata de una colección de pequeñas adiciones y modificaciones que en su mayor parte no guardan un eje que las dote de coherencia interna ni mucho menos con el resto del ordenamiento jurídico sustancial y procesal aplicable.

c. Inconveniencia de la inclusión de la persona natural comerciante

La inclusión de la persona natural comerciante no resulta adecuada para responder a su crisis. La propuesta pasa por alto las evidentes diferencias existentes entre un consumidor y alguien que ejerce de manera profesional y habitual el comercio; las diferencias en las causas de la crisis de uno y otro; los deberes profesionales del comerciante, que no se predicán del no comerciante; las consecuencias procesales y probatorias de dicha situación.

El proyecto desdice del carácter profesional del comerciante y de los deberes correlativos, radicados en cabeza de éste. El artículo 19 del Código de Comercio establece el llevar libros de comercio y contabilidad como una obligación de todo aquél que se dedica profesional y habitualmente a la actividad mercantil. Se trata de

un requisito necesario para la seriedad de una actividad en donde está involucrada la buena fe y la confianza del público.

Sin embargo, el proyecto de ley contradice abiertamente los requerimientos del propio Código de Comercio, al relevar al comerciante de cumplir con las obligaciones derivadas de su situación de mercantilidad. Ello establece un incentivo perverso para la totalidad del sistema, que repercutirá en un desorden administrativo y financiero por parte de las personas naturales que se dediquen al comercio y que no cumplan con sus obligaciones mínimas. Ello establece además un enorme riesgo para los acreedores, clientes y consumidores que no tendrán mecanismos para salvaguardar la regularidad de los negocios iniciados por el comerciante con ellos. Ello, finalmente, contradice la tendencia centenaria de nuestro sistema desde el punto de vista procesal, en lo que hace a las consecuencias probatorias de llevar en regla o no llevar los libros de comercio.

La inclusión del comerciante en un régimen de insolvencia que está concebido para el consumidor contradice la tendencia actual de nuestro sistema. Mientras que en la insolvencia empresarial se ha manifestado la necesidad de dar una respuesta a las pequeñas insolvencias, y de dar un tratamiento simplificado a la crisis de las MIPYMES, el proyecto rompe con esta tendencia, y propone a la persona natural pequeña comerciante como rueda suelta dentro del sistema. Ello, además de implicar un retroceso histórico en la concepción de la insolvencia del comerciante, puede representar algunas dificultades adicionales, como su falta de articulación con el régimen de insolvencia transfronteriza.

d. *La inadecuada modificación de las competencias jurisdiccionales*

El artículo 6 del proyecto modifica las competencias de las autoridades jurisdiccionales encargadas de resolver las controversias que lleguen a plantearse en el marco de un procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante, y que se ponen a depender de la cuantía de los pasivos relacionados por el deudor. Así, se asigna el conocimiento de los asuntos de mínima cuantía a los jueces civiles municipales, u los de menor o mayor cuantía se remiten al conocimiento de los jueces civiles del circuito.

La modificación propuesta parte de un supuesto equivocado: que los jueces civiles del circuito tienen mejores calidades o que están mejor formados que los jueces civiles municipales. Las diferencias entre una y otra categoría de juez en un proceso de única instancia es una cuestión irrelevante; por el contrario, son mucho mayores los costos

económicos y de transacción que se derivan del traslado de la competencia al juez civil del circuito, y que generan auténticas barreras de acceso a la justicia.

En efecto, mientras que en la categoría municipal se cuenta con jueces en la totalidad del territorio nacional, en la categoría circuito no ocurre lo mismo; en muchas ocasiones, la distancia entre el domicilio del deudor y la sede del juzgado (la cabecera del circuito) puede generar barreras geográficas y económicas de acceso a la justicia, especialmente cuando es necesario realizar audiencias presenciales o diligencias de práctica o levantamiento de medidas cautelares, o de entrega de bienes afectos a la insolvencia.

Si bien podría pensarse que la adopción de sistemas tecnológicos para el desarrollo de los procedimientos de insolvencia puede mitigar este riesgo, no puede olvidarse que la insolvencia involucra la disposición material de los activos del deudor y si entrega eficiente a los adjudicatarios, especialmente en el caso de la liquidación patrimonial. Este tipo de asuntos no puede ser desligado de la competencia de los jueces, y es de vital importancia que en este asunto se dispongan mecanismos que no constituyan barreras de acceso a la justicia.

e. *El debate probatorio y la desnaturalización de la conciliación*

Una de las grandes ventajas del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante que actualmente se encuentra vigente se encuentra en la eficiencia procesal del debate probatorio en el trámite de las objeciones. Con el ánimo de evitar retrasos derivados del inicio de actuaciones y decisiones de trámite ante el juez de insolvencia, el trámite del debate probatorio y la confección del expediente se debe realizar ante el conciliador, antes de la remisión de las diligencias al juez para su decisión. Todo ello, preservando el carácter negociado y no litigioso de las conversaciones tendientes a la celebración de un acuerdo de pagos.

De manera contraria, el proyecto de ley busca abordar de una manera distinta el debate probatorio ante eventuales objeciones presentadas por las partes de la negociación. Para ello, se insiste en la necesidad de acreditar pruebas ante el conciliador, de manera previa a la fase litigiosa.

El artículo 9 del proyecto establece como derecho de los acreedores solicitar que el deudor aporte las pruebas con las que cuente respecto de la información plasmada en la solicitud, antes de iniciar la negociación. Esto desnaturaliza la conciliación en insolvencia como mecanismo alternativo, no litigioso, de solución de controversias. La

inclusión de elementos probatorios en el debate no contribuye a resolver las eventuales disputas que puedan presentarse a través de mutuas concesiones, y da pie para que cada uno de los extremos de la controversia (deudor, acreedores) refuercen sus propias posturas e impidan un acuerdo de pagos.

El artículo 18 del proyecto atribuye al conciliador la función de decidir sobre los supuestos de incumplimiento de los gastos de administración, respecto de los cuales se hayan presentado pruebas, desnaturalizando con ello la figura de la conciliación. En efecto, asignar al conciliador la posibilidad de decidir con fundamento en pruebas convierte en heterocomposición un mecanismo que debería ser autocompositivo por su propia definición.

Las soluciones planteadas no sólo desnaturalizan la negociación, sino que además dificultan la obtención de resultados concertados entre las partes, razón por la cual deben ser eliminadas.

f. *La extensión de los términos de la negociación*

El proyecto (artículo 15) plantea la posibilidad de extender por noventa días más la negociación del acuerdo de pagos. Como consecuencia de lo anterior, el trámite de las negociaciones puede alcanzar el término de 180 días hábiles, lo cual implica una duración que puede ser de mínimo nueve meses.

Con las demás propuestas de suspensión incorporadas en el artículo, de acuerdo con las cuales el trámite se debe entender suspendido durante el trámite de las objeciones y durante la vacancia judicial (así no se encuentre trámite alguno pendiente ante un juez de la República), la duración del procedimiento puede llegar a rondar un año.

La extensión propuesta para la duración de las negociaciones implica una enorme ampliación de los plazos de negociación, muy alejada del propósito inicial de la figura. La idea de una negociación de deudas, sea en el ámbito empresarial, sea en el de la persona natural no comerciante, es que sea resuelta en el menor tiempo posible. Es más: la tendencia dentro de las negociaciones de insolvencia empresarial ha sido la de recortar los términos para la celebración de los acuerdos recuperatorios, tal como se vio en su momento en los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020 y en el proyecto de regulación que busca traer algunas de sus soluciones de regreso al ordenamiento jurídico.

En el caso de la persona natural, la propuesta planteada en el proyecto en estudio puede además ser perjudicial para el trámite del acuerdo: no sólo puede alargar indebidamente la negociación, prestarse para estrategias dilatorias y restarle seriedad al procedimiento de negociación de deudas, sino que además puede llevar a generar un incentivo económico perverso para el trámite de los acuerdos de pago. En efecto, la medida propuesta debilita la solidaridad como garantía admisible para la obtención de mecanismos de financiación, que puede traer consigo un incremento en las tasas de interés, y sucesivas barreras para el acceso al crédito ante el sector financiero.

g. *La desnaturalización de los créditos con codeudores solidarios del deudor insolvente*

El proyecto propone en varios de sus artículos (21 numeral 8 y 23 numerales 1 y 2) una regulación sobre los créditos respaldados con codeudores solidarios, que desnaturaliza la naturaleza de las obligaciones solidarias del Código Civil, rompe con diversos principios básicos de derechos privado, y vulnera los principios de personalidad jurídica y autonomía privada previstos en la Constitución Política.

En efecto, de acuerdo con la reforma propuesta, puede acordarse que en las obligaciones que cuenten con codeudores solidarios, el incumplimiento por parte de éstos se considere incumplimiento del acuerdo de pagos por parte del deudor, y conduzca a la terminación del acuerdo de pagos y al inicio de la liquidación patrimonial.

Este tipo de soluciones carece de sentido desde el punto de vista de la forma en que debe operar una obligación solidaria. En estos eventos, el efecto de suspensión del derecho de ejecución individual opera frente al deudor, pero naturalmente los codeudores solidarios se encuentran en la obligación de seguir cumpliendo con el crédito, con el derecho legal a subrogarse en lo que hayan pagado por el deudor en concurso (Código Civil, artículos 1668 y 1670). Pero en todo caso, el incumplimiento del codeudor solidario es un hecho independiente de la situación del deudor en concurso. Si el codeudor solidario incumple, el acreedor respectivo tiene derecho a iniciarle un proceso de ejecución o activar las medidas que correspondan de acuerdo con la naturaleza de las garantías que haya pactado (pacto de pago directo, pacto comisorio, orden de libranza, efectividad de garantías de primer requerimiento, entre otras). En últimas, el codeudor solidario es una persona distinta del deudor en concurso, y el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones no depende del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del deudor. Adicionalmente, este tipo de efectos es asumido por parte del acuerdo como una modificación sustancial a

la forma en que opera la obligación solidaria, sin contar con la aquiescencia o el consentimiento del codeudor solidario. Mezclar ambos ámbitos, como lo hace el proyecto, desnaturaliza la personalidad jurídica de ambos codeudores y su autonomía privada.

Resulta, pues, absolutamente inadecuado desde la perspectiva de la estructura de las obligaciones solidarias, considerar el incumplimiento de un codeudor como incumplimiento del concursado, máxime cuando este último debería ser beneficiario de una suspensión en el pago de sus obligaciones, y no debería agravarse su responsabilidad frente a la totalidad de sus acreedores por el hecho de un tercero que en principio es ajeno al concurso.

h. La muy inconveniente posibilidad de acudir de manera directa a la liquidación patrimonial

Uno de los aspectos más graves del proyecto de ley en trámite es la apertura de la posibilidad de que el deudor solicite de manera inmediata la apertura de la liquidación patrimonial (artículo 29 del proyecto).

Uno de los puntos principales del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante que se encuentra vigente radica en el equilibrio entre la protección de los intereses del deudor, la necesidad de su rehabilitación, la promoción de su buena fe, y la protección de los intereses de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. En esta medida, la liquidación patrimonial desde un principio se concibió como un mecanismo residual, al que sólo es posible acceder cuando (1) se haya intentado llevar a cabo una negociación de deudas; y (2) no haya sido posible encontrar una salida negociada a la crisis.

La insistencia del mecanismo vigente por el agotamiento de una etapa de negociación de deudas o de convalidación de acuerdos privados tiene relación con la apuesta por los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), como un sistema no litigioso de resolución de conflictos, que resulta idóneo para la exploración de alternativas a la crisis.

A diferencia de lo que ocurre con la empresa, la crisis de la persona natural no comerciante se basa en causas muy puntuales (como la pérdida del empleo, la enfermedad ruinosa o la terminación de un proyecto marital o conyugal), y cuenta con elementos psicológicos y sociológicos de suma importancia. No en vano, en otros países, como Alemania, la insolvencia de la persona natural supone la designación de

un apoyo que haga seguimiento a su situación personal y financiera, y que le asista en la reconstrucción de un proyecto de vida. En Colombia, con el ánimo de abaratar los costos involucrados en la designación y el pago de honorarios de un apoyo semejante, se evitó contemplar esta figura; pero se insistió en la necesidad de solidaridad por parte de los acreedores, en especial en el procedimiento de negociación de deudas.

A lo largo de la negociación de deudas, los acreedores tienen la responsabilidad de analizar, conjuntamente con el deudor, las causas que dieron origen a la crisis, revisar con él su proyecto de vida, materializar los principios de educación financiera en los que de tiempo atrás han insistido los estatutos de protección al consumidor como el de la Ley 1328 de 2009, y generar soluciones viables que permitan, a un mismo tiempo, que el deudor salga de la crisis y honre sus obligaciones.

Abrir la puerta a la liquidación patrimonial directa implica cerrar de tajo todas estas posibilidades; implica desnaturalizar los propósitos originales de rehabilitación y la colaboración de los acreedores en la consecución de este propósito; implica desenfocar el compromiso de los acreedores en el otorgamiento responsable del crédito, en la educación financiera del cliente y la posibilidad de incidir en planes a mediano y largo plazo para la re-concepción del proyecto de vida del deudor.

Además, la existencia de una liquidación patrimonial directa es un grave riesgo para los acreedores al momento de otorgar crédito a los deudores que se lo soliciten. La posibilidad patente de que el deudor se declare en liquidación patrimonial sin que sus acreedores tengan la más mínima posibilidad de incidir en la suerte de una eventual negociación es un incremento en el riesgo de contraparte, que implicará un aumento en las tasas de interés, y que incluso cerrará puertas para acceder a mecanismos de financiación a un gran número de deudores que tengan un récord crediticio por debajo de lo óptimo. Esto puede generar un incentivo perverso en la promoción del crédito informal, a través de mecanismos como los “gota a gota”, o a través de sistemas que disfrazan la usura, e indirectamente puede promover conflictos sociales derivados del incumplimiento de este tipo de créditos.

Pero, sobre todo, la existencia de una liquidación patrimonial directa puede ser empleada como un instrumento para promover la cultura del no pago. El sistema propuesto dispone una vía de escape “rápida”, que permita al deudor “rehabilitarse” sin comprometerse de manera desmedida, y que no le exija ni siquiera sentarse a discutir las causas de la crisis y negociar sus deudas con los interesados. Una vía de escape en la que, además, caben las estrategias de marchitamiento patrimonial, como la desmejora progresiva del patrimonio del deudor, y la celebración de actos

revocables frente a los cuales rápidamente podría consolidarse la caducidad, como también lo propone otro artículo del proyecto de ley.

El H. Congreso de la República tiene la altísima responsabilidad social de discutir la conveniencia de este tipo de mecanismos, de reencauzar el sistema de insolvencia para que sirva a los deudores de buena fe, y para evitar que sea utilizado como un instrumento al servicio de la cultura del no pago.

i. La inconveniencia de que el deudor persona natural no comerciante asuma la función de liquidador de su propio patrimonio

El texto de la reforma plantea la posibilidad de que el deudor persona natural no comerciante sea el liquidador de su propio patrimonio, seguramente con la intención de abaratar costos del proceso y evitar la designación de un auxiliar de la justicia (así, por ejemplo, los artículos 30 y 31 del proyecto).

Si bien la solución propuesta puede parecer adecuada para efectos de reducir las expensas del proceso, en la práctica plantea muchos más problemas para el proceso, sus resultas y su gestión. En efecto, el liquidador tiene la naturaleza de un auxiliar de la justicia. Se trata de cargos públicos ocasionales, y deben ser desempeñados por personas que cumplan con ciertas condiciones de idoneidad en su conducta, en su reputación, y que satisfagan requisitos mínimos de imparcialidad dentro del proceso (tal como lo exige, entre otras, el artículo 47 del Código General del Proceso). La designación como liquidador debe estar acompañada de un mínimo de transparencia y debe cumplirse con las condiciones de idoneidad para gestionar los intereses generales del proceso, los de los acreedores involucrados en él, además de la posibilidad de rendir cuentas al juez y a los acreedores.

Difícilmente la propia persona natural en liquidación podría cumplir con las condiciones deseables para cumplir con el encargo de liquidador. Además de las obvias desventajas técnicas en las que se encuentra la persona natural no comerciante, como el eventual desconocimiento de cuestiones contables y jurídicas necesarias para desarrollar un encargo como auxiliar de la justicia, existe un evidente conflicto de interés.

En efecto, por un lado, el deudor debe satisfacer el interés del concurso, en el sentido de obtener el mayor valor posible de los activos del patrimonio para venderlos o adjudicarlos a sus acreedores y satisfacer con ello las deudas; debe indagar si el patrimonio denunciado por el propio deudor en la solicitud de insolvencia comprende

todos los activos que debía comprender, o si es necesario iniciar alguna acción reconstitutiva del patrimonio del deudor; entre otras. Pero adicionalmente, por el otro lado, el mismo deudor estará orientado por su propio interés de obtener la descarga de sus pasivos, para lo cual carecerá de todo interés para reconstituir de manera rigurosa su propio patrimonio. El conflicto de interés sólo se agrava por otras figuras incorporadas por el proyecto de ley, como los brevísimos términos de caducidad dispuestos para el inicio de acciones revocatorias y de simulación concursales, o el desembargo automático de los salarios y emolumentos periódicos percibidos, independientemente de su monto o de su impacto en las condiciones de subsistencia del deudor.

A las situaciones planteadas ha de agregarse que ni siquiera el régimen de insolvencia empresarial ni sus reformas han previsto en manera alguna la posibilidad de que el mismo deudor sea su propio liquidador. Incluso en estos escenarios profesionales, donde el deudor está obligado a llevar libros de comercio y cumplir con las prácticas contables incorporadas en las NIIF, su función debe limitarse, a lo sumo, a negociar su propio acuerdo recuperatorio; pero la liquidación siempre corresponderá a un auxiliar de la justicia, designado de listas verificadas rigurosamente en sus requisitos de idoneidad e imparcialidad.

j. La incorporación de nuevas etapas procedimentales y términos importados del régimen de insolvencia empresarial

El proyecto de ley incorpora numerosas etapas procesales en el proceso de liquidación patrimonial traídas directamente del tratamiento de la liquidación judicial de la Ley 1116 de 2006. Entre otras, destacamos la posibilidad de celebrar un acuerdo de adjudicación (artículo 36 del proyecto) y la introducción de una etapa de venta de los activos antes de la adjudicación (artículo 38 del proyecto).

La introducción de este tipo de etapas no necesariamente responde a las dinámicas de la insolvencia de la persona natural no comerciante, introduce etapas nuevas dentro de un procedimiento ya en sí mismo bastante complejo, y toma como ejemplo para ello algunas de las etapas menos usadas o menos eficientes del régimen de insolvencia empresarial. Por otro lado, la introducción de estas nuevas disposiciones dentro del régimen amplía la extensión normativa y hace innecesariamente densa y compleja la cadena de remisiones normativas introducida en las normas que se pretende reformar.

Del mismo modo, advertimos que el proyecto ha reemplazado expresiones neutras, aplicables a cualquier procedimiento de persona natural no comerciante, por expresiones vinculadas en el ámbito de la empresa, y ligadas al uso de la contabilidad. Un ejemplo de ello se encuentra en la sustitución de la expresión “inventarios y avalúos”, por la expresión “inventario valorado”, en el artículo 33 de la propuesta; expresión que carece además de sentido teniendo en cuenta que, de acuerdo con la propuesta del mismo proyecto de ley que ya comentamos, ni siquiera los comerciantes que podrían acudir a este mecanismo estarían obligados a llevar contabilidad.

k. La insuficiente e inconveniente introducción de un sistema de venta de activos.

Uno de los problemas comunes de cualquier mecanismo de ejecución de obligaciones o de liquidación patrimonial de activos, es la realización de la venta de los activos.

Los procedimientos de remate han sido materia de regulación cuidadosa en las últimas reformas procesales, incluida la del Código General del Proceso, entre otras, debido a los riesgos de corrupción y a la susceptibilidad para la creación de mafias alrededor de los remates. El sistema creado por la Ley 1564 de 2012 para los ejecutivos buscaba enervar tales riesgos a través de la anonimización de las posturas y la valoración automática de las propuestas presentadas para ello durante la audiencia de remate. La propuesta presentada en el artículo 38 del proyecto de ley en comento ignora esta evolución y convierte a los procesos de liquidación patrimonial en un escenario susceptible de presiones indebidas, corrupción y amenazas.

Si bien uno de los propósitos expresos del proyecto de ley se encuentra en la introducción de sistemas de venta de activos en los procesos de liquidación judicial son un problema complejo que no puede ser resuelto a través de la simple introducción de una norma que lo establezca, o que lo establezca de cualquier manera.

Por último, la introducción de nuevos actos procesales, términos, traslados y necesidad de ingreso y salida del expediente del despacho genera nuevos costos de transacción para el sistema que, contrario al objetivo previsto por el proyecto de ley, comprometen su agilidad e idoneidad para resolver rápidamente el proceso.

l. Barreras al ejercicio de las acciones revocatorias y de simulación: incentivos perversos que conducen a marchitar los activos del deudor

Resultan particularmente preocupantes las modificaciones propuestas al régimen de acciones revocatorias y de simulación concursales. Estas acciones son un medio de defensa de los intereses de los acreedores que se han visto afectados por actuaciones nocivas de su deudor durante la etapa anterior a la solicitud de un procedimiento de insolvencia (periodo de sospecha). El propósito de tales acciones es deshacer los negocios celebrados en perjuicio de la prenda general de los acreedores, o el revelar el verdadero estado patrimonial del deudor, enmascarado detrás de actos que simulaban una situación mucho menos favorable para sus intereses.

Las acciones revocatorias y de simulación concursales son un instrumento para asegurar la protección del derecho de crédito, promover la cultura del pago y favorecer la buena fe del deudor en concurso. No en vano desde el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante hoy vigente se prohíbe la descarga de las obligaciones insolutas del deudor cuando hayan prosperado este tipo de acciones reconstitutivas (CGP, artículo 571 numeral 1 inciso segundo).

El proyecto hace irrisorio el término de caducidad original, lo que hace imposible demandar la revocatoria o la simulación de los negocios jurídicos del deudor con posterioridad a la celebración del acuerdo de pagos, entre otros supuestos. Esta previsión se constituye en una auténtica barrera para aquellos acreedores que no tuvieron la posibilidad de enterarse de la existencia de actos nocivos para el patrimonio del deudor sino después de haberse celebrado el acuerdo, o de haber concluido las etapas procesales allí indicadas. Adicionalmente, al blindar innecesariamente tales actos con una caducidad mucho más corta de la prevista en el régimen actualmente vigente, se promueven estrategias de mala fe que pueden buscar marchitar el patrimonio del deudor antes del inicio del procedimiento de insolvencia, y tras un atropellado trámite, pueden blindar tales actos de manera indefinida, y asegurar con ello la descarga del deudor que llegue a ingresar a liquidación patrimonial.

Las adiciones propuestas carecen de técnica legislativa, y dentro del cuerpo de los incisos finales introducen modificaciones que dicen referirse al numeral primero, pero que en realidad deberían estar si acaso en otro artículo. Así, la excepción a la excepción a la descarga, por la enajenación de bienes por “necesidad imperiosa”, término que además de falta de técnica, es absolutamente indeterminado y susceptible de lecturas subjetivas que dependen del criterio del juez. Todo ello hace mucho más complejo el régimen y susceptible de interpretaciones contrapuestas.

m. La muy desafortunada remisión a las disposiciones de la Ley 2213 de 2022 y del Código General del Proceso.

El artículo 45 del proyecto de ley dispone una remisión a las disposiciones de la Ley 2213 de 2022 y del Código General del Proceso que no podemos dejar de calificar como sumamente desafortunada.

Entendemos que el interés de los autores del proyecto consistía en garantizar la aplicación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en el marco de los procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante. Sin embargo, en un esfuerzo poco reflexivo, la redacción de la norma propuesta desnaturalizó por completo al procedimiento, al disponer que “las solicitudes de negociación de deudas, convalidación de acuerdos privados y liquidación patrimonial directa se asimilarán a la demanda, su aceptación a la admisión de la demanda y la comunicación de esta a la notificación de la demanda”. La remisión, con no poca ligereza, indica algunas instituciones procesales que, a primera vista, se parecen a las instituciones de los procedimientos de insolvencia; pero que no deben ser bajo ningún aspecto asimilados.

Asimilar la solicitud de negociación de deudas o de convalidación de acuerdos privados a una demanda judicial trae consigo el riesgo de que el conciliador o el notario a cargo del caso aplique equivocadamente los requisitos dispuestos en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso a un trámite que sólo debe limitarse a los requisitos que dispone el artículo 539. Ello podría llevar a requisitos desmedidos, como la enumeración de hechos, pretensiones y pruebas, el juramento estimatorio, o la determinación de la cuantía para efectos de la admisión a trámite.

Olvida al respecto el proyecto presentado que el procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante debe basarse en los mecanismos alternativos de solución de controversias, y no debe aplicar desmedida ni desbordadamente remisiones a las instituciones procesales basadas en el litigio y en la heterocomposición.

n. La ausencia de un necesario plazo para la entrada en vigencia de la eventual ley

El régimen propuesto plantea una enorme modificación al régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, que no sólo impacta el procedimiento, en sí mismo, sino también las competencias de los centros de conciliación y notarías, las calidades

de los funcionarios que han de conocer de los trámites, su infraestructura física y tecnológica, los sistemas de reparto a los jueces de la República, entre muchos otros detalles que suponen una inversión considerable de tiempo, dinero capacitación y trámites.

Los esfuerzos de reglamentación del régimen que actualmente se encuentra vigente tomaron casi seis meses desde la promulgación del proyecto de ley; incluso a pesar de que para entonces ya existían avances adelantados a partir de la Ley 1380 de 2010.

Ni hablar de los trabajos reglamentarios y de implementación del régimen por parte del Consejo Superior de la Judicatura en los asuntos de su competencia, así como del establecimiento de capacitaciones a los jueces civiles del circuito, que actualmente no conocen del trámite y que, en caso de llegarse a aprobar el proyecto, tendrían que capacitarse para conocer de ellos, con el apoyo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta absolutamente inconveniente un régimen de vigencia que ponga a regir la ley a partir del momento de su promulgación, sin un periodo de vacancia legislativa que resulte adecuado para el efecto.

Finalmente, me pongo a su entera disposición para que, en caso de considerar necesario aclarar alguna de los temas aquí tratados, cuente con el apoyo de la Facultad y del suscrito. Es fundamental que la norma que se pretende implementar responda de manera adecuada a las necesidades de la materia y a la realización de los intereses en juego.

Esperamos que los comentarios que se expusieron contribuyan al fortalecimiento y desarrollo de esta iniciativa y reiteramos nuestra gratitud por tener en cuenta a la Academia en su trámite.

Con un atento y cordial saludo,

Nicolás Pájaro Moreno
Profesor Principal de Carrera
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario