



# CHARLA GARANTÍAS MOBILIARIAS

Febrero 9 de 2021

**Guillermo Ramírez:** En primer lugar, muy buenos días a todos los compañeros del instituto. Es un gusto estar aquí con ustedes discutiendo de estos temas tan vigentes y tan importantes para la práctica de todos nosotros.

¿Me podría confirmar doctor Luis Guillermo si ya se está viendo mi presentación en pantalla?

**Luis Guillermo Vélez:** Si, ya la estoy viendo, si alguien no la está viendo por favor nos informa.

**Guillermo Ramírez:** Listo, el tema que voy a discutir en estos 45 minutos es el tema del sistema colombiano y los pronunciamientos del juez del concurso sobre la aplicación de los Artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013.

Para esto, voy a dividir la conferencia en una introducción muy cortica, bastante sencilla en la que más o menos veremos la metodología que vamos a seguir adelante, y la parte más concreta o más fuerte de la presentación que va sobre la implementación de la Ley 1676 de 2013 con principios y premisas que impulsaron esa reforma, las dificultades que hemos encontrado en todo este tiempo y que seguimos encontrando y seguiremos experimentando durante la vigencia de la norma, y qué ha cambiado, porque el año pasado empezó a cambiar la jurisprudencia en materia de garantías mobiliarias, cuáles son los supuestos que han dado ese cambio.

A continuación, la segunda parte va a ser un tema sobre los cambios jurisprudenciales en materia de garantía, en los cambios respecto a la calificación, el tratamiento en el acuerdo y frente a la solicitud de ejecución, y unos comentarios finales, eso a falta de conclusiones.

Entonces, el primer tema, pues la introducción sobre el tema, es la oportunidad de la vigencia del tema, en estos tiempos de COVID parece ser que la insolvencia ha vuelto a tener una relevancia bastante grande, sin embargo, no solamente es un tema de insolvencia sino todas esas cosas que hacemos para evitar que llegue a la insolvencia, y dentro de todas esas cosas que hacemos para evitar que llegue a la insolvencia, un punto importantísimo es la profundidad del mercado de crédito, esos momentos en que ya parece ser que se fue la mayor parte de los aislamientos, pero de todas formas, durante esos aislamientos tan largos que experimentamos, mucha empresas, la única alternativa que tenían para sufragar sus costos mínimos que no podían suspender, es mediante el acceso a crédito y la posibilidad de tener acceso a crédito en últimas dependía también de la profundidad de mercado de crédito, sobre lo que ya vamos a hablar un poquito más adelante.

Entonces el tema de garantías e insolvencia es relevante en este momento tanto por el aumento de casos que creemos que vamos a experimentar en los próximos meses, como aquellos intereses económicos que buscan evadir la insolvencia mediante el acceso al mecanismo de crédito.

Entonces esa es la relevancia de la cual yo hablo.

Segundo lugar, este tema es generalmente abordado académicamente y lo requiere ¿Por qué razón? Porque tiene unos cambios de la forma en la que concebimos el derecho que son bastante profundos, sin embargo, para efectos de esta presentación, realmente voy a terminar de hacer una presentación académica porque realmente el objetivo que tiene, es comentar los fundamentos de los cambios en la procedencia en materia de garantías de la Delegatura de Insolvencia con lo cual esta presentación va a tener esencialmente es un contenido práctico y si bien, y por tanto, declino de abordar en otros temas que serían bien importantes para entender a profundidad el tema, como son la existencia de un sistema unitario, un sistema fragmentado, las reglas de probabilidad, la afectación, porque realmente lo que se busca aquí es abordar el tema desde el punto de vista práctico.

Lamentablemente en algunas cuestiones, el antecedente dogmático y académico va a ser necesario para entender el porqué de algunos cambios y en otras veces, simplemente no me resisto a hacer el comentario desde el punto de vista académico, pero la garantía es una representación práctica.

En tercer lugar, algo que es bastante odioso e incómodo, es que analizar cambios de jurisprudencias, lamentablemente implica sacar el retrovisor, sacar el retrovisor es de qué decisiones venían antes, cuáles eran las posturas y realmente porqué era necesario el cambio, porqué no podíamos mantener esa postura, que si bien, a todos nos gusta la seguridad jurídica y la continua jurisprudencia, porqué era necesario el cambio.

Entonces, en este punto tendremos que revisar un poco los problemas que tenían esas interpretaciones, pero siempre desde el punto de vista de reconocer en primer lugar, una complejidad propia de la norma, es una norma que aparte de implicar un cambio de paradigma de la forma en que los colombianos vemos la insolvencia, o por lo menos la vemos desde finales de los ochentas, con la salida del Decreto 350, aparte es una norma que es bastante extensa, si ven el Artículo 50 tiene casi 8 incisos, el 52 tiene dos o tres incisos, pero aparte, tiene un contenido bastante fuerte en los decretos reglamentarios, tiene más o menos unos 25 artículos en la parte de reglamentación y todos con un texto bastante extenso.

Entonces, es una norma difícil de entender, y en segundo lugar, la ausencia de otras situaciones que ahora sí se encuentran presentes y que hacía fácil atar esos cambios de jurisprudencia.

Entonces, eso es más o menos la introducción y el tema del que vamos a hablar.

La implementación de la Ley 1676 de 2013.

Un primer punto importante. Esta es una iniciativa de armonización del Derecho Privado, y armonización entendida como esa práctica que se ha adoptado [INAUDIBLE 00:07:05 a 00:07:19] vemos normas que sean afines o que por lo menos manejen los mismos conceptos, y esto no es un asunto exclusivo del tema de garantías. Los que trabajamos insolvencia conocemos el tema de la insolvencia transfronteriza, la ley modelo de insolvencia transfronteriza de la UNCITRAL.

En otros temas, como por ejemplo el del arbitraje hay una angustia permanente de crear una armonización del Derecho Privado porque bajo este concepto, simplemente se crean mercados internacionales y se facilitan las transacciones.

En medio de esta armonización realmente hay muchísimos actores, la armonización es un trabajo de muchísimos actores como está el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Banco ASEFI de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, la Organización de Estados Americanos de la cual salió el modelo que es una parte fundamental de nuestra Ley 1676 y las recomendaciones del Banco Mundial, que como se expone en el proyecto de Ley 200 de 2012, acompañó la preparación de la Ley 1676.

Pero si bien no se trata, todos esos actores tienen distintos instrumentos, pero si bien son muchísimos los que trabajan en el trabajo de armonización, en últimas todos ellos se han puesto de acuerdo en que un sistema de garantías adecuado a las prácticas internacionales o de las mejores prácticas, tiene que contar con el mismo grupo de principios, ¿y por qué? porque este interés particular de todas estas entidades en el tema del sistema de garantías, se soporta en una premisa y es que *en un marco adecuado de garantías, promueve el acceso al crédito.*

En este punto, por más heterodoxo que sea un economista, como Piketty, Estiguel, Tochal, hay un punto común en todos y es que el acceso al crédito es algo positivo para el desarrollo de las economías.

Una economía prospera si tiene acceso al crédito y el acceso al crédito realmente depende de la profundidad del mercado del crédito, y la profundidad del mercado del crédito tiene en cuenta dos factores muy importantes, en primer lugar, los actores que se encuentran dispuestos a prestar, es decir, quienes están dispuestos a ubicar recursos. Y en segundo lugar, el precio al que están dispuestos a prestar.

En últimas, a mayor riesgo, mayor probabilidad de impago, un interés más alto, que remunere un mayor riesgo, entre mayor riesgo menores entes van a estar interesados o dispuestos a prestar, y bajo esa premisa, existen distintos estudios de las entidades que acabo de mencionar, como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, el Banco de Desarrollo Asiático, que sostiene que la principal herramienta con la que cuentan los estados para promover un mercado de crédito

suficientemente profundo, es un sistema de garantías adecuado, un sistema de garantías.

Bajo esa premisa, existen diversos instrumentos creados por cada una de estas instituciones, sin embargo, es común encontrar en todos estos instrumentos que están ahí, que hay unos mismos estándares como los que acabo de mencionar del profesor Gullón.

Realmente son muchísimos, me gustaría un montón de tiempo en mencionar cada uno, así que me tomé el atrevimiento de simplificarlos en cuatro:

El primer estándar es que debe tratarse de un sistema simple y de bajo costo, es decir, que sea fácil de entender, que no genere dificultades en la implementación. Es decir, un sistema en el que simplemente de entrada cualquier actor económico cuando se le advierta cómo funciona el sistema económico sepa de una vez a qué atenerse, entonces debe ser un sistema simple y de bajo costo, es decir, que en últimas no me resulte que los costos en que tenga que incurrir para hacer efectiva mi garantía o para hacer oponible mi garantía, superen los beneficios que me va a reportar adoptar esa medida.

El segundo, es que no discrimine entre las diferentes fuentes de financiación, y aquí puede ir por dos partes, una parte es que no discrimine a quienes son los que le otorgan el financiamiento, si se trata de endeudamiento por medio del mercado intermediado o se hace directamente por bolsa de valores, o si se hace por medio de grupo de empresas, no se discriminen las fuentes de financiación. El segundo lugar, que no importa cuál sea mi actividad económica y cuáles quienes tenga disponibles, todos ellos deben ser susceptibles de otorgarme la posibilidad de entrar al mercado de crédito.

Es decir, si soy un constructor y lo que tengo es inmuebles, esos inmuebles deben permitirme acceder al mercado de crédito, siempre ha pasado. Si lo que soy es una empresa que da microcréditos con capital propio y mi inventario está lleno de pagarés, los pagarés deben ser susceptibles de servir para acceder al mercado de créditos. En una empresa de abarrotes, tengo un inventario, ese inventario debe servirme para lo mismo. Realmente lo que se busca es que todos los bienes, siempre y cuando tenga un valor correspondiente en el mercado, me permitan acceder al mercado de créditos.

Un sistema de prioridades claro y predecible, el punto es, que desde el principio la parte que otorga crédito, debe saber a qué se atiene, cuáles son las consecuencias, qué es lo que puede pasar en el peor escenario, porque en últimas, un sistema de garantías más o menos moderno tiene una promesa intrínseca, que es, *en el peor de los casos siempre voy a poder pagarme con cargo al bien que soporta la garantía.*

Es decir, en el peor de los casos, me voy a quedar con él, o por lo menos voy a obtener el pago de mi crédito con el producto de la venta.

Nunca voy a confiar en un sistema que no haga efectivos los derechos del acreedor, lo básico, un sistema puede ser desarrollado conceptualmente o puede ser muy avanzado, sin embargo, si el sistema no permite pasar de la garantía mobiliaria, o de la garantía real al pago efectivo de los recursos, es un sistema defectuoso.

En últimas la garantía existe para un riesgo y es el riesgo del no pago, y por tanto necesito de un sistema de ejecución singular, moderno, con mínima intervención judicial como los que se implementaron mediante pago directo o de ejecución especial, o segundo, en el caso del concurso, la garantía me sirva ante la insolvencia, es decir, una garantía que no proteja los derechos del acreedor frente a la insolvencia, en últimas, no sirve como garantía, si no sirve como garantía no voy a llegar a todas estas finalidades, todos estos deseos que tengo de generar un mayor acceso al crédito como herramienta del desarrollo.

¿Cuáles fueron las dificultades en la implementación?

Primer lugar, desde la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013 esa es una ley bastante polémica y bastante resistida por el gremio de los que nos dedicamos a la insolvencia ¿y de qué parte ese problema? Primero, un conflicto entre los sistemas tradicionales y las dependencias armonizadoras, y realmente ésta no es una situación ni exclusiva de la insolvencia, perdón, de las garantías, ni exclusiva de Colombia, el año pasado en un foro del Banco Mundial, Horres Holtik comentaba como en su opinión, la Corte Suprema de Justicia de México no había entendido realmente la finalidad y la aplicación de la reforma de las garantías mobiliarias comentando una decisión.

Así mismo, escuchábamos las discusiones que tenían los expertos del Banco Mundial con los expertos en derecho japonés que estaban interesados en mejorar su calificación en business, para lo cual estaban implementando el estándar internacional, hablaban sobre los problemas que generaba la atracción en el campo de la insolvencia, la Ley modelo de la insolvencia transfronteriza.

Los primeros casos pueden decirse que eran aplicaciones un poco extrañas o diferentes a la finalidad de la norma, con lo cual, lo que realmente si bien no es deseado es apenas natural cuando se produce ese tipo de cambios, más aún, las mismas organizaciones unilaterales, por ejemplo, la UNCITRAL, reconocen esas posibilidades y hacen menciones expresas dentro de dos de sus instrumentos, que son una guía para la implementación de un régimen de garantías mobiliarias y una guía práctica de garantías mobiliarias, y dentro de los comentarios de ambos textos se puede ver fácilmente el comentario de: “Es importante que se haga una capacitación a los operadores jurídicos para evitar que hagan interpretaciones contrarias a la finalidad de la reforma que afecten el éxito del instrumento”.

Es algo que es natural en estos procesos y en Colombia no pasó nada distinto de lo que ha pasado en otras jurisdicciones y con otros procesos de armonización.

Segundo lugar, hay una tradición arraigada sobre la finalidad del concurso de cierto desprecio por el crédito, en el respectus, los años noventa fue la época de los grandes concursos en Colombia, fue una época en que hubo una fuerte labor de la Corte Constitucional en materia de insolvencia, de forma que, una frase que para el común era revolucionaria, casi que todo era un cliché, que es como decir que *el Derecho Concursal protege a la empresa como fuente generadora de riqueza y empleo*, y es cierto y hay mucho valor en esa frase, sin embargo, hay un punto en el que se repite sin entender o ver la complejidad de eso.

Me pregunto, ¿dónde está el límite de la protección de la empresa y de la propiedad del empresario?, ¿todas las empresas generan riqueza y por eso son susceptibles de protección? y ¿cuáles son los efectos a posteriori de ese tipo de decisiones? Es decir, esas decisiones si como ahora en el proceso de insolvencia, cómo van a afectar las decisiones de otros jugadores más adelante.

Realmente en últimas, no estoy diciendo que esa frase no sea cierta, sin embargo, tiene un contenido mucho más profundo y realmente no puede tratarse de una frase que repite cualquier persona cuando estamos hablando de insolvencia, hay unos temas más profundos que es discutible del tema. Y el desprecio por el crédito, siempre parece ser que hemos asimilado el interés del acreedor como un interés de un destino individual que va en contra del interés público, lo cual no es cierto, el desprecio por el crédito afecta las relaciones comerciales y sin relaciones comerciales apropiadas no hay crédito.

Y sí, hay interés, por ejemplo, tiene como referencia cuáles fueron los temores de la crisis del 2008, era el congelamiento del mercado del crédito. Sin crédito, inmediatamente para la economía como la conocemos, por tanto, la protección del crédito también es un interfull.

Tercer lugar, hay una especie, un sesgo cognitivo frente al uso de estas nuevas instituciones, y digo nuevas porque realmente no lo son del todo, ya hay algunas cosas que ya existían desde el Código del Comercio, lo señalaba el Artículo 1918, y realmente esto se debe, es que, los concursalistas colombianos nos hemos acostumbrado a ver el concurso como una fila, realmente cada vez que hablamos de procesos de insolvencia lo que todos empezamos a discutir es dónde va la fila y dónde voy yo, dónde empieza la fila y en qué lugar me ubican a mí.

Y en el tema de insolvencia, realmente el tema es mucho más profundo, realmente es esa concepción que tenemos de que equiparemos la insolvencia como una fila, la práctica que hemos iniciado de insolvencia desde los años ochenta.

El cuarto punto, y esto va a ser muy polémico, por afectación de intereses profesionales. Realmente muchos profesionales de la insolvencia se acostumbraron a trabajar de una forma que resulta cómoda para implementar la insolvencia.

Cuando las normas de garantías mobiliarias buscan cambiar esa práctica usual, eso genera resistencia, realmente no me siento cómodo con lo que yo antes hacía de esta forma y ahora tengo que hacer unas tres o cuatro vueltas más para hacerlo. Realmente es un tema de que en el medio de los abogados concursalistas no estaban cómodos con la aplicación de la norma porque afectaba una parte de su desarrollo profesional y finalmente, dificultades interpretativas del texto.

Si bien el texto, la Ley 1676 en el Artículo 50, 51 y 52, pues fueron desarrollados por profesionales sumamente destacados, pueden leer directamente dentro del Proyecto de Ley 200 de 2012, eso no quita que algunas partes del texto sean oscuras o difíciles de entender, y eso no es que la norma esté mal hecha, o simplemente que el trabajo se hizo de forma mal, no, es normal en este tipo de procesos, especialmente cuando se están generando cambios tan importantes.

Realmente si no vamos muy lejos, la misma Ley 1116 tiene varios problemas de interpretación en distintas partes. El Artículo 17 a veces genera dolores de cabeza para ver a qué se requiere, para qué solicitud, qué adición. El Artículo 74 sobre acciones revocatorias, estoy seguro que todos tenemos que tener identificado alguna norma en la misma ley que tiene una interpretación oscura o difícil, pero tampoco es un problema de los legisladores modernos. El Código de Comercio y Código Civil también tienen problemas de dificultades interpretativas y realmente esa es parte del rol del operador jurídico, lograr la integración de todas esas torvas de tal forma que cumplan la finalidad deseada.

¿Qué cambió?, ¿Por qué hay tantos cambios en materia de jurisprudencia?

Primero, hay de estos que voy a mencionar unos que son muy filosóficos y hay otros que son un poco más concretos.

Primero es el tema del tiempo. La ley cumple siete años y siete años que nos ha permitido foros, publicaciones, artículos, decisiones, más o menos ha generado una dinámica suficiente para que revisemos cuáles son las distintas interpretaciones que han tenido los actores, y dentro de las distintas interpretaciones revisar, uno, cuál se asemeja más a la intención del legislador de adoptar el estándar internacional, y cuáles, más o menos, están en armonía con el régimen de insolvencia.

La reincorporación de otros, la movilidad de la ventanilla, aquí estoy citando a Moisés Naim, en el que dice que realmente los cambios en la estructura de poder se dan con ocasión de esas tres rebeliones y realmente el cambio en la jurisprudencia. El resultado es una rebelión en la estructura de poder de una posición dogmática que se ha mantenido firme desde finales de los ochentas. ¿Y en qué se ven estas rebeliones? Que hay más abogados discutiendo y participando, hay más accesos ahora disponibles, actualmente la posibilidad de acceder a UPNW, Harvard Business Review, la revista de Derecho Concursal y para concursales española, nuestra revista de actualidad concursal genera que hay más elementos que nos permiten discutir y conocer puntos de vista diferentes.

La rebelión de la movilidad. Hay más profesionales que estudian afuera, conferencistas extranjeros que vienen acá a hablarnos sobre sus estándares, conferencistas colombianos que van afuera y conocen como funciona la insolvencia en otros países o las participaciones en foros y webinars, se volvieron tan constantes.

La rebelión de la mentalidad que es un cambio en el modo de pensar y en las expectativas. Actualmente los abogados concursalistas de principios de la década de los noventas no piensan igual que los concursalistas de esta época y esto es apenas natural, es un cambio normal que se da en todos los tiempos, no tiene realmente ningún elemento extraño ahí.

Otro punto es la incorporación de otros profesionales a la insolvencia, la insolvencia en Colombia dejó de ser esa ciencia arcana, que simplemente habían esos mismos cinco profesionales que todos conocemos, y se abrió a que, uno, entraran otros tipos de profesionales, pero aparte de eso, ya también vemos operadores cuya área de práctica específica no es dentro la insolvencia, estamos viendo abogados que trabajan dentro de estructuras de proyectos o project finders, y vemos no solo abogados litigantes, vemos abogados que participan en transacciones, en funciones de adquisiciones. Si, realmente es ver como se llena la insolvencia de este tipo de profesionales.

El acceso a fuentes del Derecho Comparado. Hoy realmente creo que si bien durante el proceso de insolvencia de AVIANCA de 2003 o 2004 muchos conocimos lo que pasó por noticias, realmente si comparamos con este nuevo proceso de insolvencia, por el contrario, muchos tuvimos la posibilidad de, uno, tener las transcripciones directas de la corte lo cual era muy fácil de buscar en internet o incluso, escuchar las grabaciones de las audiencias.

El caso OECD Líneas en Brasil, lo que paso con lo del tema de la aplicación del Convenio 19, sabemos exactamente lo que pasó, entonces tenemos más fuentes a derecho comparado.

Y el último cambio, que es el más concreto de todos: la constitucionalidad de la norma. La sentencia C145 del 2018 trajo una tranquilidad tanto a los operadores, usuarios y deudores de que esa práctica era constitucionalmente avalada, y segundo, más o menos un espaldarazo, un parte de tranquilidad para el juez del concurso, a quien se le dice en últimas, aplique tranquilo la norma, es constitucional, está dentro del marco legal lo cual genera una enorme tranquilidad. Realmente la duda o el temor de aplicar la norma pueda resultar no ser constitucional no es un temor menor en parte de quien administra justicia.

Los cambios jurisprudenciales en materia de honorarios.

“Hasta que alguien me podía decir que los estaba engañando, que no he sido nada práctico, que solo me he limitado al tema académico”, pero creo que era muy necesario ese mundo y aquí ya vamos a la parte práctica.

Primero, cambios respecto de la calificación. La posición anterior consideraba que bajo la Ley 1676 creó una categoría general de acreedores denominados *garantizados*, que son distintos de los acreedores de segunda clase, y que un acreedor que no cumple con ciertos requisitos que es, entre otras cosas, haber hecho oponible a la garantía, y haber asumido unas cargas desarrolladas jurisprudencialmente dentro del proceso, no puede ejercer los derechos señalados en el 50 de la Ley 1676 y en consecuencia, ese acreedor lo único que puede hacer es quedarse en la fila, en el segundo lugar de la fila como siempre lo hemos tratado, distinto del acreedor garantizado que, realmente, son los que están de primero en la fila, está en primer lugar, están antes que cualquier otro.

Esa posición anterior, también tenía una expresión frente al tratamiento de las hipotecas, que nuevamente la ley 1676 no es solamente una ley de garantías mobiliarias, es una ley de acceso al crédito, y frente al tema de las hipotecas la posición había desarrollado que para que una hipoteca tuviera la condición que se denomina *acreedor garantizado* debía haber inscrito su garantía en el registro de garantías mobiliarias y haber invocado en el texto del contrato la aplicación del Artículo 50 de la Ley 1676, eso era lo que influía en la calificación.

Y entonces, era posible que subiera la calificación UNAC a la clasificación de acreedor garantizado en el sentido estricto, es decir, acreedor con derechos de la Ley 1676 y un acreedor de segunda clase, que un acreedor con derechos, por así decirlo, Código Civil y Código de Comercio.

¿En qué viene el cambio de la posición? No existe una discusión entre los acreedores garantizados ni de segunda o de tercera clase, realmente lo que existe es una categoría de acreedor garantizado el cual ejerce sus derechos o preferencias sobre un bien que puede ser, o uno de los bienes que están contemplados en la Ley 1676 (acciones, vehículos, inventarios) o uno de los bienes que se trata de un bien inmueble cuya garantía está regulada bajo las normas del Código Civil, la de hipoteca, y realmente esa es la única categoría. Y esa carga de ese acreedor garantizado tiene una carga para cumplir, tiene que haber hecho oponible la garantía hasta antes del diligenciamiento del formulario de ejecución concursal. Artículo 224258 del Decreto 1054.

En últimas no es nada novedoso desde que el sistema colombiano adoptó el sistema de garantías basado en el *Pignus Conventum*, la prenda convencional, separándose del *Pignus Datum* o prenda civil del Código Civil. Un punto crítico siempre había sido la oponibilidad, si una garantía no es oponible, no genera ningún efecto, Artículo 901 del Código de Comercio.

Y frente a los acreedores hipotecarios, el acreedor hipotecario tiene los mismos derechos señalados en el Artículo 50 de la Ley 1676, si hizo oponible su garantía conforme las normas de cohecho. Eso es lo único que requiere al acreedor hipotecario.

Acreedor de segunda clase o acreedor garantizado, primero, ¿de dónde partía esta distinción? Un acreedor de segunda clase dice: “No cumple con los requisitos señalados en la Ley 1676 y se le paga en segundo orden”, pues volvió a atender los de primera clase e incluso los que tenía los créditos garantizados, y garantizados, cumplió con los requisitos señalados en la ley y en la jurisprudencia. Si el bien no es necesario puede ejecutarlo y llevárselo y si el bien es necesario, se le paga antes que cualquier otra clase.

¿Cuál es el problema que tiene este desarrollo jurisprudencial?

Primero, rompe con la intención de ser un sistema simple. Mientras que el sistema original busca crear la mayor sencillez en las normas, sobre qué tiene prelación y qué no, este genera un montón de reglas, sub reglas y sub estándares que hacen complicada la interpretación de la norma, es decir, si tengo que explicarle a un comerciante en que consiste el sistema de garantías, tengo que decir, bueno, usted puede ser garantizado o puede ser prendario, y lo uno o lo otro depende es de una serie de conductas, algunas de las cuales no se encuentran presentes, bien, es decir ¿es posible que si el deudor se va a insolvencia yo no recupere mi parte? puede ser posible, depende, depende de varias cosas que pueden pasar más adelante.

Entonces, en primer lugar, rompe con la intención de ser un sistema simple y uno de los principios que les mencioné anteriormente. No es un sistema de prioridades claro en el momento de la construcción de la garantía y además no es un sistema que haga efectivo los derechos de la [INAUDIBLE 00:34:24].

Al respecto se dice que en últimas la segunda clase no está compuesta exclusivamente del acreedor prendario, es decir, el acreedor prendario solamente es el que está en el numeral 3° del 2497, y al respecto se señala que existen otros dos ejemplos. El del posadero y el acarreador del empresario del transporte, y el ejemplo del promitente comprador de vivienda, lo que de la lectura sencilla de la norma es fácil concluir, que en el caso sobre los efectos del deudor introducidos, es decir, está hablando sobre una preferencia, sobre unos bienes en particular, los que introdujo en la posada, que es más o menos otra expresión de lo que siempre hemos conocido como el derecho de retención por efectos del Artículo 3° también es una garantía mobiliaria, del acarreador empresario del transporte. Es exactamente lo mismo, el mismo caso, caso una preferencia sobre un grupo de bienes.

Derecho de retención, garantía mobiliaria. Y el más sencillo y obvio de todos, el promitente comprador de vivienda, que es donde viene la preferencia o el tratamiento de segunda clase del promitente comprador de vivienda, viene de la Ley

66 del 68, que fue modificada por el Decreto 2610 del 64, en el cual dice que a ese tipo de acreedor le aplica el privilegio señalado en el Numeral 3° del Artículo 2497, que está aquí abajo, ¿cuál es? el prendario sobre la prenda.

Realmente este es un sistema, lo que he mencionado en varias ocasiones, la Ley de garantías mobiliarias gusta incorporar un sistema unitario, darle el mismo tratamiento, incorporar la mayor cantidad de garantías, bajo el concepto de garantía mobiliaria. Una forma sin la que en su momento el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, hizo lo mismo en torno del concepto del Security Interest.

Realmente, pero más allá de esto, estas distinciones entre prendario y garantizado, tiene el problema de que, uno, la doctrina tampoco la comparte, realmente sobre garantías mobiliarias ya llevamos siete años y hay distintos artículos académicos. Está un libro del profesor Abel Veiga Copo, hay distintos artículos desarrollados por estudiantes de maestría de la Universidad de los Andes, está por ejemplo un artículo en la revista Mercatoria de la Universidad del Externado y todas esas obras académicas han fallado en distinguir entre un acreedor con garantía y uno prendario.

Realmente esa distinción solo se ha visto en algunas decisiones de la Superintendencia de Sociedades, pero más allá del tema, ni siquiera clasifica como un sistema fragmentado. Si bien el estándar del Banco Mundial sí invita a las jurisdicciones a incluir sistemas unitarios de garantía, UNCITRAL es un poco más abierto y le dice: hay una elección legislativa que hacer, puede tomar o ir por el camino de un sistema unitario o puede ir por un sistema fragmentado, pero en el caso del sistema fragmentado tiene que concederles los mismos derechos a todos los titulares, es decir, esta clasificación ni siquiera califica como un sistema fragmentado.

Realmente, si la interpretación es absurda, realmente no lo es. Es una interpretación un poco más, cómo decirlo, más elaborada y más sutil de algunas de las normas, pero encaja en lo que puede ser la labor del conocimiento, de interpretación de las normas. Sin embargo, estas interpretaciones sin ninguna duda nos alejan de los estándares internacionales, y si nos alejan de los estándares internacionales, tenemos que hacer una reclasificación de cómo estamos reportando información a indicadores de competitividad como el Doing Business, el Doing Business tiene un impacto bastante grande en la calificación del riesgo país.

Finalmente, sobre el tema de las garantías mobiliarias y las hipotecas.

¿Qué es el registro de garantías mobiliarias?

Es un mecanismo para hacer oponible la garantía. No es nada más que eso. Es lo único que es. Y solamente es uno de tres posibles. Porque también puede estar la entrega o el control.

En materia de hipotecas, las solemnidades para hacer oponible la garantía, están en el Código Civil 2434 – 2435, lo que llamaban, lo que me enseñaban en la universidad como la doble solemnidad, otorgamiento de escritura pública e inscripción en la Oficina de Instrumentos Públicos, de ahí a requerir una doble, un a triple solemnidad, pues parece no tener una justificación. Especialmente cuando nuevamente, sistema de garantías sobre bienes inmuebles, generalmente es algo que se trata bajo las normas internas sobre cada país y realmente no hay mayor tendencia a la armonización.

Primero, sobre oponibilidad, y segundo, la cláusula de contrato de hipoteca, Artículo 38 de la Ley 153 del 87, todo contrato entiende incorporadas las leyes vigentes [INAUDIBLE 00:40:30 – 00:40:32] es decir que se reúne hipoteca al amparo de la Ley 1676, y exigir que la misma tenga una norma que invoque expresamente la aplicación, interpretaciones hay, posiciones hay. Pero considero que no es una posición con la que uno, nos sintamos cómodos y dos, es una posición que nos genera mayores costos y mayores problemas.

Cambio respecto del tratamiento en el acuerdo.

¿Cuál es la posición anterior con la implementación del artículo?

Para la posición anterior se señaló que los acreedores garantizados deben ser pagados antes que cualquier otra clase de acreedores, es decir nuevamente la concepción de que el proceso de insolvencia es una fila, y como es una fila la modificación que trajo la Ley 1676 es la de, doctor Guerra....

**Doctor Guerra:** Si, disculpe, es que tengo aquí anotado que se está congelando la diapositiva, no sé si la que tengo yo aquí estaba en dificultades en la implementación, no sé si usted ha venido...

**Guillermo Ramírez:** Si he venido avanzando...

**Doctor Guerra:** Si le parece por qué no desmonta el compartir pantalla y volverlo a montar otra vez.

**Guillermo Ramírez:** Perfecto. ¿En este momento se ve? Estamos de cambio respecto del tratamiento del acuerdo.

**Doctor Guerra:** Si, pero solo se había visto una.

**Guillermo Ramírez:** Igual les voy a compartir la presentación para que la puedan ver. Cambio respecto al tratamiento del acuerdo.

Posición anterior, los acreedores garantizados deben ser pagados antes que cualquier otra clase. Visión tradicional de como vemos la insolvencia. Si la insolvencia es una fila en cualquier reforma que hago de garantías lo que estoy tratando es de ubicar en qué lugar de la fila va esta persona. Lo que creo que muchas personas comentaron, como la clase cero, es decir el acreedor con garantía

es clase cero porque está antes que la primera clase. La nueva posición realmente es, los acreedores garantizados deben ser pagados en los términos originales pactados para su crédito, salvo que acepten un error.

¿Están viendo el cambio de presentación?

**Doctor Guerra:** Si

**Guillermo Ramírez:** Aquí me voy a permitir traer una cita textual del profesor Adolfo Rouillon dentro de su informe al Banco Mundial en el cual hace un diagnóstico sobre la situación de la concursabilidad en Colombia y era casi que el primer comentario que aparece dentro este texto.

La situación del acreedor ha garantizado en los procesos de insolvencia más o menos algo que se evidencia mucho en la práctica, igualmente otorgar una garantía, parece ser que por lo menos desde el punto de vista del acreedor supervisado solamente tiene como impacto cumplir los estándares de regulación del supervisor, o cumplir con las normas necesarias relevantes frente al tema de [INAUDIBLE 00:44:17– 00:44:18] sin embargo que un crédito con garantías reflejara una tasa de interés menor o un beneficio para el acreedor, una percepción donde no hay riesgo, parecería que no estaba en la percepción.

Realmente la percepción era que la garantía casi que se otorgaba o se solicitaba con el fin de cumplir con la finalidad del regulador del acreedor supervisor pero no con la finalidad de facilitar el acceso. Y aquí es donde viene a decir qué es lo que nos dice la Ley 1676, nuevamente el Artículo 50 es muy largo, tiene más o menos ocho incisos y organizar y leerlo pues toma mucho tiempo y organizarlo es mucho más difícil.

Y en esta parte siempre nos hemos concentrado en la primera frase del texto. Confirmado el acuerdo de reorganización el acreedor tendrá derecho que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte. Siempre llegábamos hasta acá, pero en mi opinión, la parte relevante, la que nos dice como se tratan en los acuerdos de reorganización está aquí: “Si el acreedor garantizado tuviera una obligación pactada a plazo, el pago se realizará en el plazo originalmente pactado siempre y cuando se pague el monto vencido con la anterioridad a la apertura del proceso”.

Pregunta retórica: ¿Existe una operación de crédito que no tenga plazo?

La respuesta es no. Prohibición expresa del Código Civil que dice que, si las partes no prevén un plazo, se entiende que es de diez días, salvo que, y la previsión del Código de Comercio que dice que si no se previó un plazo entonces el mismo será determinado por vía judicial.

Sigue, el plazo en toda operación de crédito es necesario, una operación de crédito como crédito de consumo no se hace para que inmediatamente se restituyan los

bienes, tiene un plazo implícito. Entonces lo normal es que las operaciones tengan un plazo, y según esta norma debe cumplirse en el plazo originalmente pactado.

¿Qué se desprende de ahí?

Primero, o sea que ¿el acuerdo de reorganización no puede modificar los términos del acreedor con crédito con garantía?

Exactamente. Y así mismo lo dice el Decreto 1074 del 2015, por lo cual yo no veo que se trate de una regulación que exceda la facultad reglamentaria. De conformidad con el Artículo 50 se exceptúa de lo dispuesto en el Artículo 40 de la 1116 los acreedores con garantía que no voten o voten negativamente el acuerdo de reorganización.

Es lo que le está diciendo la norma, ese efecto general no lo tiene el acuerdo frente a este tipo de acreedores, pero si eso es así ¿implica que aquellas obligaciones que se venzan con posterioridad al inicio del proceso de reorganización hay que seguir las atendiendo?

Hay que hacerlo. Y así mismo también lo señala el Decreto 1074. Obligaciones garantizadas pactadas a plazos por instalamento que no están incumplidas no se hacen exequibles. O sea, el anuncio de insolvencia no acelera la exequibilidad. La disposición que está desde hace mucho tiempo en la misma 1116. Pero el incumplimiento de los pagos causados con posibilidad del inicio del proceso dará aplicación al incumplimiento de gastos de administración.

Es decir, instalamento, realmente la palabra no debería ser causados, sino que se venzan con posterioridad al inicio deben atenderse de forma correcta y su incumplimiento es como si fuera un incumplimiento, un gasto de administración.

Para esta parte necesito me confirmen si están viendo la presentación.

Doctor Luis Guillermo.

**Luis Guillermo Vélez:** Si, hasta ahora sí.

**Guillermo Ramírez:** Listo, entonces cómo se explica esto. De una forma muy sencilla. Vamos aquí a tener la operación estándar, es un crédito hipotecario, por un plazo a diez años e instalamentos mensuales de igual valor. El deudor paga cumplidamente los dos primeros años de ese crédito, las cuotas mensuales. Al inicio del año dos, por dificultades deja de pagar y pasan seis meses en los que está en mora, a los cuales a los seis meses inicia el proceso de reorganización.

Este segundo cuadro que está aquí, todas estas cuotas de instalamento que se vencían posterior al inicio del proceso de reorganización, los debe seguir pagando conforme se le van venciendo y al momento de la confirmación del acuerdo de reorganización, tiene la posibilidad, uno, de curar su mora, es decir pagar lo que estaba con anterioridad que no se había pagado y estaba vencido, y en

consecuencia que se le reestablezca el plazo y las condiciones originales del crédito.

Dos, buscar un acuerdo nuevo o celebrar un acuerdo nuevo con el acreedor. Esas son las posibilidades que tiene. Y lo anterior sin que afecte el normal desarrollo del acuerdo de reorganización.

Aquí tengo un acuerdo de reorganización que se va supongamos a diez años, en un lapso paga a los de primera clase, en otro lapso los de cuarta clase y en últimas los de quinta clase. No entorpece y no se cruzan el uno con el otro. Realmente no significa que tengo que pagar al acreedor garantizado primero y antes que todos los demás. Los pago en los términos originales del crédito, o en unos términos nuevos que puedan contar con él. Esto en últimas ¿qué termina siendo o qué se ve? Es parte una flexibilización. Como nosotros lo entendemos desde el estudio del Artículo [INAUDIBLE 00:50:32]

En concreto, ¿qué hemos venido señalando en las decisiones de jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades?

Los acuerdos no pueden contener cláusulas que modifiquen los términos de los acreedores garantizados, salvo que hayan sido votados expresamente por ellos.

El acreedor votó y se adhiere a esa fórmula, no tiene ningún problema. Y eventualmente podemos dejar esas cláusulas siempre y cuando las mismas adviertan que lo dispuesto en ellas se hace sin perjuicio de los derechos de los acreedores en garantía.

Es decir, el efecto señalado en el 50 y en el 4237 y es que ese acuerdo no lo vincula salvo que él esté dispuesto a aceptar, por lo cual una vez confirmado el acuerdo de reorganización, el acreedor con garantías siempre tiene la posibilidad de solicitar la ejecución o acordar unos términos de [INAUDIBLE 00:51:26]

Cambios frente a la ejecución

¿Se puede autorizar la ejecución de bienes? Solamente se puede autorizar la ejecución sobre bienes no esenciales, pero no se puede autorizar la ejecución de bienes esenciales, pero se les concede el pago con preferencia, es decir antes que las demás plazas.

Lo de la posición. Todos los bienes pueden ejecutarse, cualquier tipo de bien, necesario o no necesario y lo que cambia es realmente, dependiendo de la naturaleza, es la oportunidad en la cual se puede realizar la ejecución, mientras que cuando no es necesario puede solicitarlo una vez en firme la calificación de créditos porque siempre tengo que verificar la [INAUDIBLE 00:52:16] de un crédito.

Para el necesario solamente puedo hacerlo una vez confirmado el acuerdo de reorganización es una medida que busca equilibrar los derechos del acreedor garantizado con los intereses del concurso al obligar al acreedor garantizado que

por lo menos, se mantenga la negociación durante la etapa de negociación con el fin de que pueda expresar o conocer si realmente esos términos de la negociación le sirven o no lo sirven.

Al respecto y de pronto el doctor Ulloa lo puede comentar, yo la otra jurisdicción que conozco y que tiene una norma similar es la Ley Concursal Española, que la Ley Concursal Española señala sobre los bienes no necesarios en últimas pueden ejecutarse una vez iniciado el concurso, mientras que los necesarios deben mantenerse, es decir tienen que mantenerse ahí mientras se agota la etapa común y ya después, en caso de que sea por plan, mientras se aprueba el plan, hasta por un máximo de dos años, y una vez transcurridos los dos años, el acreedor con garantías sobre bienes necesarios rehabilita su derecho de continuar con la ejecución. Y además, ¿de dónde viene este tema? En últimas lo que refiere la primera parte del Artículo 50, confirmado el acuerdo de reorganización, el acreedor tiene derecho a que se pague su obligación con preferencias.

Primero, la norma no distingue en estos casos si el garantizado es sobre bienes necesarios o no necesarios, es el acreedor garantizado.

Segundo, tanto el texto en la primera parte, en los dos primeros párrafos del Artículo 50, como los Artículos 4236 y 237, señalan que la distinción para necesarios y no necesarios, es el momento en el que usted puede ejecutar.

Y, en tercer lugar, que, si esa fue la verdadera interpretación, el impacto de esa norma sería tangencial, porque ¿qué tan usual es que un deudor tenga bienes que no sean necesarios? El ejemplo que siempre se pone, la finca de recreo, realmente es muy extraño, o pasa algo muy raro si el dueño de la sociedad tiene la propiedad de su finca de recreo dentro de la misma deudora. Lo normal, una sociedad normal, los bienes que tiene dentro de su activo, son bienes que necesita y que utiliza para el desarrollo de su actividad económica. Por lo cual, si solamente voy a aplicar estas normas a los que son bienes necesarios, pues realmente no estoy generando las posibilidades de acceso a crédito de estos deudores que lo único que tienen para dar en garantía son los que necesita para sobrevivir. Y, además, porque esta condición vulneraría los principios de no debe quitar fuentes de financiación y tampoco se estaría creando una protección efectiva.

La parte que es crítica y que siempre ha sido como parte comentada es el pago con preferencia ¿a qué se refiere el pago con preferencia?

Y ahí, nuevamente me confirman que la presentación esté andando, podemos hacer referencia a lo que decía el Artículo 2° de la Ley Modelo de la OEA, cuando se refiere a la preferencia, dice: “Un acreedor con garantía cuando se le da publicidad se hace oponible, el acreedor tendrá derecho al pago preferente [INAUDIBLE 00:55:51] pagado por el producto de la venta de los bienes grabados.

Este es el mismo concepto de preferencia, también está en el Código Civil cuando habla de las causas de la preferencia, son solamente el privilegio y la hipoteca. El artículo siguiente dice que una de las causas de privilegio de preferencia son los créditos de segunda clase. Es decir, preferencia no es otra cosa que el derecho a ser pagado con cargo al bien que soporta la garantía, como así mismo lo desarrolla el 1074 en otro de sus tantos incisos, especialmente cuando dice esta parte: “Tendrá derecho a que se pague inmediatamente su obligación, o sea con preferencia respecto del bien en garantía o con el producto del mismo”.

Ese es el punto, la preferencia es la posibilidad de que se pague respecto del bien ya sea apropiándolo o teniendo su enajenación.

Así que, en suma, ¿qué es pago con preferencias?

Pago con preferencias puede tener un sentido amplio y es en últimas el respeto por los derechos del acreedor garantizado a que no se modifiquen los términos de su crédito sin su consentimiento. Y un sentido estricto, el cual es el derecho a recibir el pago con cargo al bien que soporta la garantía, ya sea mediante la apropiación o con el cargo del producto de su venta.

Unos comentarios finales, y ya sé que he abusado del tiempo de todos.

Primero, seguridad jurídica y cambios jurisprudenciales.

Hombre, realmente hay que decir que todos los cambios jurisprudenciales son dolorosos, y por lo menos, de los que trabajamos actualmente en Superintendencia no encontramos ningún placer en sorprender a una parte en una audiencia por una posición nueva. Yo creo que, si bien ha habido cambios, tenemos que, en el marco de cambios jurisprudenciales, pues o no los hemos superado, esa etapa dolorosa de interpretaciones muy, muy cercanas a la ley o de declaraciones ilegales de decisiones que llevaban años y sus efectos.

Sin embargo, en este tema de garantías mobiliarias, los que llevamos estudiando este tema y hablando de este tema y dando clases y todo, siempre que hablábamos del tema, decíamos el marco normativo de garantías mobiliarias son los 50, 56, 52 y el Decreto 1064, pero predominantemente la jurisprudencia de la Delegatura de Procesos de Insolvencia, y alguna vez se lo escuché decir al doctor David Sotomonte, él decía: “Es que la Delegatura de Insolvencia viene modulando los efectos de la Ley de garantías mobiliarias”, y eso era cierto. Realmente una persona que leyera las normas que acabo de mencionar, leyera el Decreto 1074 de 2015, llegaba a conclusiones muy distintas a las que llegaba la Delegatura de Procesos de Insolvencia.

Realmente la verdadera seguridad jurídica está en el respeto por el tenor literal de las normas, por lo cual la intención que siempre hemos tenido es que en últimas la jurisprudencia de la Delegatura no sea la que module o determine el alcance, sino

que sea un elemento más de interpretación de estas normas que fueron adoptadas con ocasión de [INAUDIBLE 00:59:26 – 00:59:32] la muerte del concurso.

A ver, esta cita me encanta, es de un libro de Tom Holland, "Millenium" en el cual habla del final del milenio, en el que ve como toda la cristiandad se preocupa que con la llegada del milenio se va a acabar el mundo. La última frase del libro es que el anticristo no apareció. Lo curioso es que, en todo el transcurso del libro, Tom Holland cuenta como Europa va evolucionando, como se van formando las naciones, y realmente esto es lo que nosotros estamos viendo con el tema de garantías mobiliarias, al final el anticristo no apareció y los concursos no murieron.

Primero, porque decir que esto era la muerte del concurso, desconoce otros sistemas concursales que han adoptado normas parecidas. Todo el tratamiento de garantías en el sistema americano y la mayor parte de países del *common law*, funcionan de una forma similar ¿o sea que estoy diciendo que en estos países murió el *common law*?, ¿quién dice que el capítulo 11 aplicado a través de la Corte de bancarrotas del Distrito Sur de Nueva York no se volvió un foro más interesante para resolver la insolvencia en las grandes cortes?

Entonces realmente esto es decir que el concurso está muerto allá. No me convence el argumento.

Hace unos años el doctor Juan José Rodríguez en una conferencia del instituto, llamaba la atención cómo la ley demandaba el cambio de los jueces, de este juez tradicional, riguroso, exigente, a un juez moderno, más flexible, más dispuesto a sentarse, a revisar y a ver la posibilidad de que salgan soluciones. Este mismo cambio hoy podemos decir que se está dando en las partes. Realmente con estas normas de garantía, realmente el asesor tradicional de insolvencia no es aquel que busca consolidar una mayoría y administrarla durante todo el proceso durante la crisis del deudor para obtener lo que a él le sirve, sino que se deben buscar asesores modernos que la verdadera habilidad sea construir consensos. Muchos han oído hablar al doctor Liévano, estos no son procesos litigiosos, son procesos de naturaleza transaccional. La respuesta al problema de la crisis y de la insolvencia es un problema al que se llega negociando entre las partes.

Finalmente, y ya con esto acabo, insolvencia, garantías y COVID 19.

Colombia tiene una de las reformas más profundas en materia de insolvencia, con ocasión del COVID 19, modificamos procedimientos, instituciones, trámites nuevos. Reforma, revolcón completo de la forma de entender la insolvencia, sin embargo, la apuesta no es que tengamos que resolver la crisis generada por el COVID en la insolvencia, sino que esas crisis se resuelvan por fuera y un elemento necesario y fundamental para este punto es el acceso a créditos y aquí nuevamente insisto, por más heterodoxo que sea el economista del que estemos hablando o incluso las organizaciones tradicionales como Fondo Mundial o Banco Mundial todos estamos de acuerdo en que es necesario una acción técnica.

El acceso al crédito puede ser una herramienta que nos sirva para atenuar los efectos de la crisis, y como es el discurso, las premisas de todo esto que he desarrollado, la principal herramienta con la que contamos en las condiciones para promover el acceso al crédito son normas modernas en materia de garantías que reduzcan el riesgo de incumplimiento o reduzcan la prima de interés. Les agradezco a toda su paciencia, sé que me extendí mucho más, mil disculpas al doctor Luis Guillermo. Muchas gracias.