

INSOLVENCIA (NEGOCIACIÓN DE DEUDAS) DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE. ¿MITO O REALIDAD?

Autor: Luis Álvaro Nieto

RESUMEN

La posibilidad legal que tienen las personas naturales no comerciantes de llegar a un acuerdo con sus acreedores para renegociar el pago de sus deudas ha sido en la mayoría de los casos el mecanismo adecuado para salir de la crisis. No obstante, en algunos otros ha sido utilizada para fines diferentes a lo pretendido por la Ley. De igual manera la interpretación de las disposiciones legales por parte de los Jueces Civiles Municipales cuando tienen que resolver las objeciones presentadas durante el trámite de la insolvencia, muchas veces resultan contradictorias. Sin embargo, se debe reconocer que se trata de una normatividad que llenó un vacío que existía entre las personas dedicadas al comercio, tanto naturales como jurídicas, que podían declararse en insolvencia y de esta manera acudir a un mecanismo de reorganización empresarial y las personas naturales no comerciantes que entraban en cesación de pagos y quedaban excluidas de la posibilidad de acordar con sus acreedores nuevas formas de pago, logrando de esta manera la reivindicación consigo mismos, con su familia y con el mundo económico en que se desenvuelven.

INTRODUCCIÓN.

El presente escrito procura desarrollar una apreciación crítica sobre la manera como se está llevando a cabo la negociación de deudas de las personas naturales no comerciantes tanto en los centros de conciliación como en las Notarías. Por tanto, el propósito que me anima es que tanto los deudores que acuden a este mecanismo como los operadores de la insolvencia y desde luego los acreedores que se ven sometidos a este trámite, tengan una visión cercana de la manera como se está aplicando, tanto en su fase de admisión como en la etapa de negociación y por último en el escenario de la liquidación patrimonial.

El presente escrito está enriquecido con casos prácticos basados en situaciones reales al igual que fundamentado en el análisis de los pronunciamientos judiciales sobre los mismos y sobre conceptos emitidos por el Ministerio de Justicia en respuesta a consultas hechas por los diferentes actores de la insolvencia. De esta manera tenemos una visión cercana de lo que está acaeciendo con el trámite de los diferentes casos sometidos a este mecanismo de reorganización de deudas de las personas naturales no comerciantes y de las perspectivas inmediatas de su aplicación. Se abordará primero el tema de la admisión a trámite en lo que tiene que ver con los requisitos que se deben llenar para lograrlo, al igual que el examen que deben hacer los operadores para admitirlo. Posteriormente analizaremos las diversas fases de la negociación, fijación definitiva de acreencias, calificación y graduación de créditos, negociación del acuerdo y reforma del mismo. Por último, unas breves consideraciones sobre la liquidación patrimonial de los bienes del deudor. De esta manera me propongo no solamente plantear situaciones y escenarios diversos sino también emitir criterios propios sobre estos hechos en el entendido que se trata de opiniones personales que procuran incentivar el debate en la búsqueda de una

mejor y más precisa aplicación de la normatividad de la insolvencia para las personas naturales no comerciantes.

Este estudio no ha sido exento de problemas de investigación ya que por el escaso tiempo de aplicación de la Ley de insolvencia, todavía no contamos con estadísticas ciertas sobre el número de casos tramitados, los acuerdos logrados, el número de acuerdos incumplidos. En efecto, los datos que se tienen son de los Centros de Conciliación mas no de las Notarías pues estas últimas no reportan los datos al Ministerio de Justicia. De otra parte, la misma novedad de la figura ha conllevado a que los Jueces tengan pronunciamientos disímiles sobre situaciones similares y que los conceptos emitidos por el Ministerio de Justicia, en mi entender, no siempre despejan las dudas planteadas sobre las situaciones sujetas a consulta.

La oportunidad que he tenido a lo largo de más de 10 años de trajinar con la Ley 222 de 1.995, sobre concordatos, al igual que con la Ley 1116 de 1.996 sobre reorganización y liquidación de empresas me ha permitido seguir los pasos de la evolución de estas figuras y a través de la aplicación de las mismas en la práctica, desarrollar una visión crítica del caso que nos ocupa, la insolvencia de las personas naturales no comerciantes. Por las razones expuestas, considero que hay elementos suficientes que justifican el presente estudio tanto por el universo de las personas que cada vez en mayor número acuden a esta salvaguardia legal como por la necesidad igualmente creciente de hacer claridad sobre los vacíos que trae la Ley acerca de estos temas, que con frecuencia llevan a interpretaciones erróneas sobre la manera como debe ser aplicada.

1. NECESIDAD DEL TRÁMITE DE INSOLVENCIA DE LA PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE.

La estructura económica del Estado, basada en la producción de bienes y servicios para el consumo, ha hecho que el conglomerado social haya desarrollado una propensión a adquirir toda clase de productos para su bienestar, aunque no necesariamente indispensables para suplir sus reales necesidades. Esto es así en todos los ámbitos en que se desenvuelven las personas, ya sea en lo que tiene que ver con la vivienda, la educación, el estudio, la recreación, los elementos de uso personal, para mencionar algunos. En todos ellos se procura tener y disfrutar de lo mejor que el mercado ofrece y para lo cual las entidades de crédito están dispuestas a ofrecer todas las alternativas de préstamo imaginables. Infortunadamente toda esta variedad de opciones no va a la par de los ingresos que las personas reciben como contraprestación de su trabajo. De esta manera, el creciente endeudamiento hace que llegue el momento en que las deudas superen la capacidad de pago, situación que se ve agravada ante circunstancias imprevistas como la pérdida del empleo, la enfermedad o el divorcio.

El legislador ha atendido la problemática de las Empresas y de los comerciantes que ante los vaivenes de la economía entraban en crisis, con la consiguiente afectación de la economía en lo que tiene que ver con la producción de bienes y servicios, empleo y la afectación del crédito de las entidades financieras y demás acreedores. Ante la demanda de inexequibilidad del numeral 8° del artículo 3° de la Ley 1116 de 2.006, en cuanto a que la Ley de insolvencia no se aplica a los no comerciantes, la Corte Constitucional instó al congreso para que expidiera una Ley que se ocupase de la situación de insolvencia de los no comerciantes. Fue así como se expidió la Ley 1380 de 2.010 la cual se cayó por vicios

de forma. Nuevamente el Congreso se ocupó del tema incluyendo la normatividad de la insolvencia de los no comerciantes en el Código General del Proceso en sus artículos 531 y siguientes.

La aplicación de la nueva Ley de insolvencia ha tenido un desarrollo lento lo cual se debió inicialmente a la demora en la expedición del Decreto Reglamentario sobre tarifas como a la falta de autorización por parte del Ministerio de Justicia a los centros de conciliación para que atendieran estos trámites. Igualmente, debido a que la mayoría de las Notarías, no obstante, estar habilitadas por Ley para adelantarlos, no se han decidido a llevarlos a cabo alegando falta de reglamentación por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro lo cual riñe con la realidad puesto que con la expedición de la Resolución No. 1167 de 2.013 de esa Entidad, se reguló esta actividad por parte de los Notarios. Conforme a estadísticas del Ministerio de Justicia, en el año 2.013 se registraron 99 acuerdos; en el año 2.014, 276 y en el 2.015 363. No se llevan datos de cuántos acuerdos se han llevado a cabo en las Notarías puesto que no han reportado dichos datos al Ministerio. Se trata de acuerdos logrados pero no de los que terminaron en imposibilidad, con lo cual el número se puede triplicar. En proyecciones hechas por el Banco de la República se ha estimado que en los próximos años el número de solicitudes puede llegar a 50.000 por año para luego estabilizarse en alrededor de 5.000. Actualmente en muchas ciudades intermedias y por supuesto en poblaciones pequeñas, no se están recibiendo casos de insolvencia de personas naturales no comerciantes puesto que no se cuenta con centros de conciliación habilitados y las Notarías no están recibiendo los casos. De otra parte, las tarifas fijadas en el Decreto reglamentario han resultado demasiado onerosas para las personas que se encuentran en situación de insolvencia pues de por sí, cuando llegan a esta situación, no solo están en dificultades de atender sus necesidades básicas sino que para acudir a este trámite en muchas ocasiones deben acudir a un nuevo préstamo con lo cual agravan más su situación económica. En cuanto a los centros de conciliación que pueden operar trámites de acreencias gratuitas apenas están comenzando a operar, a pesar de, la gran demanda de servicio en esta materia.

2. LA ADMISIÓN AL TRÁMITE.

La Ley establece una serie de requisitos para que una persona natural no comerciante sea admitida a trámite de insolvencia, siendo el primero, que se encuentre en cesación de pagos, lo que significa que debe tener dos o más acreencias en mora con dos o más acreedores por más de 90 días o que tenga Admitidas dos o más demandas ejecutivas en su contra y que el monto de dichas obligaciones supere el 50% del pasivo total. La dificultad para quien aspira a ser admitido en el trámite de insolvencia no está en este punto puesto que el grado de endeudamiento de los ciudadanos es muy alto y muchas personas pueden estar en esta condición. Tampoco está en los requisitos que tienen que ver con la explicación de las causas de su crisis o la certificación de sus ingresos puesto que todos estos elementos están basados en el presupuesto de la buena fe, lo cual implica que las afirmaciones del deudor, las cuales se entienden prestadas bajo la gravedad de juramento, de por sí hacen presumir que corresponden con la verdad. La primera real dificultad estriba en demostrar si en realidad es un no comerciante. La Ley establece que es deber del conciliador velar porque se cumplan los presupuestos de la insolvencia y por tanto, es este el primer llamado a verificar esta condición. Pero ¿Qué ocurre cuando hay discrepancias sobre si se está o no frente a un no comerciante?

¿Quién debe resolver si se cumple o no esta condición? Los primeros interesados en oponerse son los acreedores puesto que con la admisión del trámite se paralizan los procesos ejecutivos y no se pueden iniciar otros nuevos, lo cual significa que el cobro de las acreencias se posterga. Igualmente para ellos existe la dificultad de oponerse a la admisión bajo el argumento de que se trata en realidad de un comerciante cuya insolvencia debe ser tramitada bajo los parámetros de la Ley 1116 de 2.006, ya que solamente se enteran cuando son notificados de la fecha de la audiencia de negociación de deudas; además, así se enteraran antes de la audiencia, el pronunciamiento de admisión a trámite por parte del conciliador no admite recurso.

Para adentrarnos en el análisis de esta situación, debemos tener en cuenta que la Ley previó que en la audiencia de negociación de deudas, los acreedores pueden objetar el reconocimiento de su crédito o el de los demás acreedores por no estar de acuerdo con su existencia, su naturaleza o cuantía o por la calificación que del mismo se haga en cuanto a la prelación en el pago que le corresponde; pero nada dijo con lo que tiene que ver con la condición de no comerciante del deudor. A pesar de esto, el artículo 534 del CGP, señala que *“De las controversias previstas en este título conocerá, en única instancia, el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor...”*, de esta manera, lo que pueden hacer es plantear la controversia sobre la condición de comerciante del deudor y si el conciliador no les da la razón, acudir ante el Juez para que éste la resuelva. Algunos conciliadores se han negado a admitirla alegando que el Juez solamente se puede pronunciar sobre objeciones a los créditos y que la decisión de si se está o no de un no comerciante solo a ellos les compete. Igualmente algunos Jueces municipales han devuelto el expediente al centro de conciliación sin resolver el punto alegando falta de competencia. Sin embargo, existen pronunciamientos como el del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, Magistrado Ponente Doctor Homero Mora, que por vía de tutela ha hecho una interpretación sobre este tema de la siguiente manera: *“ Una interpretación exegética de la regulación normativa del procedimiento de insolvencia de la persona natural no comerciante (arts. 531 y ss. Del Código General del Proceso) permitiría inferir que el Juez Municipal únicamente conocerá de aquellas objeciones que se formulen por parte de los acreedores en el desarrollo de la audiencia de negociación de deudas relacionadas con la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones; sin embargo, de aplicarse un sentido interpretativo armónico de este articulado se podría colegir razonadamente que el campo de acción de la jurisdicción ordinaria civil se ampliaría en virtud a que el artículo 534 prevé que el Juez Municipal conocerá: “ de las controversias previstas en este título “y su párrafo contempla que este funcionario “ conocerá de manera privativa de todas las demás controversias que se presenten durante el trámite o ejecución del acuerdo”¹*

A su vez, en lo que tiene que ver con la calidad de no comerciante, el Ministerio de Justicia en concepto de 14 de octubre de 2.015, ha expresado : *“ Acorde con lo establecido en el numeral 4 del artículo 537 de la Ley 1564 de 2.012, corresponde al conciliador verificar los supuestos para dar aceptación al procedimiento de insolvencia de persona natural no comerciante solicitado por el deudor; por lo cual el conciliador debe analizar y determinar si en la actualidad el deudor tiene o no la calidad de comerciante, teniendo en consideración lo establecido en los artículos 10, 20, 21 del Código de*

¹ Radicación 76001-31-03-014-2015-00124-01-2225.

Comercio. Para lo anterior deberá tener en cuenta que el Registro Mercantil corresponde a una obligación de los comerciantes y una presunción legal (admite prueba en contrario), por lo cual el conciliador deberá analizar las circunstancias particularísimas y actuales del caso para determinar si el deudor realiza o no actos mercantiles, por cuanto la norma no establece término alguno, simplemente ha determinado para su aplicación la calidad de no comerciante”².

Igual controversia se ha presentado con las personas que acuden al trámite de insolvencia y tienen participación en una sociedad comercial o son la administradoras de la misma: El artículo 532 CGP establece que este trámite no se aplicará a las personas naturales no comerciantes que tengan la condición de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas. En este caso la insolvencia se sujetará a las reglas de la Ley 1116 de 2.006, es decir, las que corresponden a las empresas o a las personas naturales comerciantes. En consecuencia, si la persona natural no comerciante es socia de una sociedad pero no posee más del 50% de las acciones o participación social en la misma, no tiene la condición de controlante y por lo mismo no tiene la calidad de comerciante. Al respecto está ocurriendo que algunos deudores acuden a la Superintendencia de sociedades para adelantar un trámite de reorganización de deudas sobre el supuesto que al tener participación en una sociedad, aunque no tienen la condición de controlantes, son personas comerciantes. Al ser rechazados acuden a centros de conciliación donde de la misma manera los rechazan con el argumento contrario, o sea, que por ese hecho se consideran comerciantes. El artículo 20 del Código de Comercio señala que son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles y entre ellas en su numeral 5° señala: *“La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales y los actos de administración de las mismas”*, a su vez el artículo 10 establece que son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la Ley considera mercantiles. Y agrega: *“La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”*

A mi modo de ver, el hecho de que una persona sea socio de una sociedad no la convierte automáticamente en comerciante a no ser, como lo dispone la norma citada, sea controlante de la misma. El acto de entrar a formar parte de la sociedad es de por sí un acto de comercio al tenor de lo establecido en el artículo 20 ya citado pero ello no significa que todos sus actos tengan el carácter de mercantiles.

En aplicación de estas normas el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá concluyó que el hecho de que una persona sea la representante legal de una sociedad la convierte en comerciante y que, citando la doctrina, *“la profesión de comerciante puede concurrir, salvo disposición expresa que prevea incompatibilidad entre ellos, con otra profesión u oficio”*.³ Igualmente como antes lo expresé, el hecho de actuar como gerente o representante legal de una sociedad comercial no convierte a la persona en comerciante. Analicemos como ejemplo el caso de una persona que como empleado de la sociedad desempeña dicha función. En este caso esa será su condición, la de empleado de la

² OF115-0025932-DMA-2100

³ Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, Resolución objeción trámite Sandra Vallejo Kynast.

sociedad, aunque todos los actos que ejecute a nombre de la sociedad en ejercicio de sus funciones tengan el carácter de actos de comercio.

Lo hasta aquí expresado denota el especial cuidado que se debe tener para determinar la condición de no comerciante del solicitante al momento de determinar la admisión del trámite de insolvencia pues de ello depende que sea o no sujeto de la aplicación de la normativa objeto de este estudio.

Otro de los temas cruciales que tienen que ver con la admisión del trámite es el relativo a las tarifas. El Decreto 2677 de 2.012 trae una serie de consideraciones un tanto ambiguas para señalarlas. En primer lugar establece la gratuidad en el trámite para las obligaciones que no superen los 100 salarios mínimos mensuales vigentes. Luego hace unas consideraciones que tienen que ver con el monto de los pasivos, el número de los acreedores, las condiciones particulares del deudor, para concluir que el monto que se cobre no puede ser un obstáculo para que se pueda acceder al trámite de insolvencia y concluye estableciendo una tabla de acuerdo al monto de las obligaciones del deudor que en la mayoría de los casos éstos no pueden pagar, eso sí haciendo la salvedad que son topes máximos que se pueden cobrar por los operadores de la insolvencia. En un principio los centros de conciliación empezaron cobrando el tope de la tabla, pero ante la falta de solicitudes de insolvencia han negociado las tarifas y dando plazos para el pago en algunos casos acudiendo a la exigencia de la firma de títulos valores respaldados con la firma de personas allegadas al deudor. Por su parte las Notarías han sido más reacias a hacer consideraciones sobre los montos fijados en el Decreto. A pesar de las dificultades que significan para los deudores tener que pagar el monto de la tarifa, se ha observado un incremento importante en las solicitudes de insolvencia en la medida que los ciudadanos han asimilado las bondades de la insolvencia y la real posibilidad que tienen de negociar en condiciones favorables sus obligaciones con los acreedores.

Igualmente ha sido objeto de debate en lo que tiene que ver con la admisión a trámite de insolvencia el caso de una pareja que convive bajo el régimen de una sociedad conyugal vigente en cuanto a sí dicha sociedad puede o no ser sujeto de negociación de deudas bajo esta Ley. Se trata muchas veces de deudas contraídas para el beneficio mutuo como es el caso de la compra de vivienda, de la adquisición de electrodomésticos o el otorgamiento de créditos para la educación de los hijos en otros casos y de inversiones hechas por alguno de ellos con lo cual acrecientan su patrimonio. Algunos operadores han sostenido que se trata de una sola insolvencia bajo el supuesto de que al existir una sociedad conyugal, las obligaciones son conjuntas y además porque en la mayoría de los casos uno de los cónyuges garantiza al otro. Igualmente con el argumento que al exigir la Ley como requisito de admisión que el insolvente manifieste si tiene o no sociedad conyugal vigente, es porque la Ley considera que la sociedad conyugal puede ser sujeto de un único trámite de insolvencia. Sin embargo, la realidad es que ese único trámite no es posible porque la Ley establece que es para personas naturales y no para otro tipo de entes jurídicos. En efecto, cada persona es sujeto de derechos y obligaciones individualmente consideradas y entre sus atributos está la de poseer un patrimonio. Además se debe tener en cuenta que la sociedad conyugal, como detentadora de una masa de bienes, solamente surge a la vida jurídica al momento de liquidarse; En el entretanto, cada uno de los cónyuges administra libremente su patrimonio. Al respecto el

Ministerio de Justicia mediante concepto expresó: *“Acorde con lo establecido en la Ley 1564 de 2.012, a este procedimiento pueden acudir las personas naturales que se encuentren en los supuestos establecidos en los artículos 538 y 562; la norma no determina la posibilidad de que la sociedad conyugal pueda acudir a dichos procedimientos, a través de la solicitud conjunta de los cónyuges. El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, está dado para el individuo y no para la sociedad, por lo cual cada uno de los cónyuges le correspondería adelantar el procedimiento de insolvencia de manera independiente”*.⁴

Puede igualmente darse una situación particular al inicio del trámite y que incide en la etapa de negociación de deudas: ocurre cuando uno de los acreedores no pudo ser citado porque la dirección de notificación suministrada por el deudor no corresponde a donde vive y el deudor manifiesta que desconoce su actual paradero. Como el trámite de negociación de deudas tiene un tiempo límite de 60 días a partir de la admisión, el hecho de no poder notificarlo deja al operador en una situación apremiante ya que una de sus obligaciones es la de *“ citar al deudor y a sus acreedores de conformidad con lo dispuesto en este título”*⁵ Al respecto el Ministerio de Justicia ha hecho el siguiente pronunciamiento: *“ En el caso antes señalado considera esta cartera que el conciliador deberá indagar si el solicitante cuenta con el correo electrónico del acreedor y remitir la comunicación a través de este medio dejando constancia y adjuntando una impresión en el expediente. La comunicación de entenderá realizada siempre y cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. Si a pesar de lo anterior no es posible remitir la comunicación al acreedor toda vez que el solicitante manifiesta bajo la gravedad de juramento que solo conoce la dirección aportada en la solicitud, consideramos que acorde con lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 291 de la Ley 1564 de 2.012, el conciliador podrá oficiar a entidades públicas o privadas que cuenten con bases de datos para que se sirvan suministrar la información que permita localizar al acreedor. Si definitivamente no se logra la localización del acreedor, consideramos que debe procederse al emplazamiento y nombramiento del Curador Ad litem, de la misma manera establecida en el Código General del Proceso; período durante el cual se suspenderá el término establecido en el artículo 544 de la Ley 1564 de 2.012”*⁶

No comparto la solución dada en este concepto puesto que al seguirse el trámite de emplazamiento y del consiguiente nombramiento de un Curador Ad Litem, necesariamente el trámite de la insolvencia tendría una suspensión que no está contemplada en la Ley lo cual igualmente atenta contra la celeridad del trámite. Cada acreedor tiene un deber de diligencia en el reclamo de su obligación lo que supone que debe ejercitar oportunamente las acciones necesarias para el cobro de la misma. De otra parte, los casos en que el término se suspende están regulados expresamente en la Ley, como lo es cuando se hace la remisión al Juez Municipal para que resuelva una objeción y al respecto señala que *“una vez recibida por el conciliador la decisión del Juez, se señalará fecha y hora para la continuación de la audiencia”*. No ocurre lo mismo en el caso que nos ocupa por lo cual el conciliador no tiene la facultad de suspender el término. Hay que tener en cuenta que el deudor ha cumplido con la obligación legal de relacionar

⁴ OF115-0025932-DMA-2100.

⁵ Numeral 1° art. 537 CGP.

⁶ OF115-0025932-DMA-2100

al acreedor. Dado que no ha podido ser notificado, es obvio que no va a concurrir a la audiencia de negociación de deudas. A pesar de esto, su acreencia para efecto de la calificación y graduación de los créditos debe calificarse en el grado que le corresponde y para efecto de la votación del acuerdo, su porcentaje no se tiene en cuenta. En caso de que sea una acreencia significativa, va a pesar al momento de la aprobación del acuerdo ya que este debe ser aprobado al menos por dos acreedores que sumen más del 50% del total de las acreencias. Hay igualmente que considerar que aunque la insolvencia de personas naturales no comerciantes no requiere llevar contabilidad, todas las declaraciones se hacen bajo la gravedad de juramento con lo cual la omisión de un deudor o la dolosa falta de información del lugar de notificación, acarrearán igualmente responsabilidad penal.

3. ETAPA DE NEGOCIACIÓN DE DEUDAS.

Es en esta etapa donde se cristaliza la finalidad del trámite de la insolvencia. Durante ella se llevan a cabo todas las actuaciones que tienen que ver con la negociación de la propuesta del deudor. La primera situación que cabe plantearse es si es posible llevar a cabo las audiencias de conciliación en los trámites de insolvencia de las personas naturales no comerciantes sin la presencia del deudor. Al respecto el Ministerio de Justicia ha expresado lo siguiente: *“Dicho lo anterior, si el deudor (directo interesado) no asiste en el momento propicio para llegar y aproximarse a un acuerdo con sus acreedores sin justificación alguna, la falta de voluntad y seriedad, se entendería fracasada la audiencia por desistimiento tácito del deudor y no existir la posibilidad de confluir las voluntades (deudor/acreedor) . Salvo que los acreedores dispongan una nueva fecha manifiestamente y se cite por parte del conciliador al deudor conforme las facultades y atribuciones del conciliador dadas en el artículo 537 de la citada Ley”*⁷ Comparto plenamente el concepto, puesto que, el directamente interesado en el trámite es el deudor y el hecho de que no concurra a la negociación con sus acreedores es una clara manifestación de su falta de interés en llegar a un acuerdo. De otra parte, como no está previsto ir directamente a la liquidación patrimonial, lo que debe hacer el conciliador es declarar el fracaso de la negociación y enviar el trámite al Juez Municipal para que se surta esa etapa.

Continuando con el análisis de la etapa de negociación de deudas, ante todo se debe contar con una relación actualizada de las obligaciones a cargo del deudor discriminando cada una de ellas en cuanto a su origen, naturaleza y cuantía. Posteriormente se califican y gradúan los créditos para lo cual solo se tiene en cuenta el monto del capital de cada obligación. Para la calificación y graduación de los créditos se debe respetar el principio de igualdad el cual supone que primero se debe pagar las acreencias de la primera clase (laborales, fiscales, alimentos), luego los de segunda clase (prendarios), siguen los de tercera clase (hipotecarios) y por último los de quinta clase (obligaciones quirografarias, o sea, las que no están respaldadas con una garantía real). Si algún acreedor no está de acuerdo con la manera como se califica y gradúa su obligación o la de otro acreedor, se procede por parte del operador de la insolvencia a procurar la conciliación de la misma. Si ello no es posible, tendrá que remitirse la objeción al Juez Municipal para que la resuelva siguiendo el procedimiento establecido en el Código General del Proceso. Es del caso señalar que en lo que tiene que ver con la relación de acreencias y la calificación y

⁷ OF114-0028156-DMA-2100

graduación de créditos ha ocurrido que los deudores presentan acreencias ficticias en procura de aumentar su pasivo y crear mayorías artificiales para de esta manera obtener una votación que les sea favorable para aprobar la fórmula de acuerdo propuesta a los acreedores. Todo esto basado en la bondad de la Ley que fundamenta el trámite en el principio de la buena fe. A mi modo de ver este principio no es absoluto y debe ser matizado con la consideración de la buena fe objetiva. No basta la simple afirmación del deudor sobre la existencia de una determinada deuda sino que, de requerirse su demostración por parte de un acreedor o del mismo conciliador, debe demostrarse su existencia bajo el principio de la buena fe objetiva, lo cual implica presentar pruebas de su existencia, bien sea documentales, contables o de cualquiera otra índole que acrediten su veracidad. A este respecto la doctrina ha señalado: *“La buena Fe objetiva tiene valor normativo, no solo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Juez para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando. Precizando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias”*.⁸ Considero que en este aspecto debe haber una mayor atención al momento de la admisión del trámite tanto por los centros de conciliación como del conciliador ya que la misma Ley le establece la responsabilidad de *“Verificar los supuestos de insolvencia y el suministro de toda la información que aporte el deudor”*⁹.

Otro hecho que se presenta en esta etapa de negociación de deudas es el que un acreedor con garantía real, que tiene un porcentaje mayoritario de los votos dado el monto de su acreencia, en alianza con uno de primera clase con una acreencia muy pequeña imponen un acuerdo donde el acreedor hipotecario recibe el bien en pago de su acreencia por el monto total de la deuda y al mismo tiempo se le paga la totalidad al de primera clase. Como los bienes no alcanzan para pagarle a los demás acreedores, estos quedan sujetos a unos plazos y a la rebaja de intereses, condiciones que no afectaron a los créditos privilegiados. No obstante que, al menos teóricamente se ha respetado el principio de igualdad, puesto que a los de la misma clase se les ha pagado en las mismas condiciones, consideramos que esta es precisamente una violación a dicho principio puesto que no se puede pagar a unos acreedores el total de la deuda entregando el activo del deudor y a los otros someterlos a unas quitas y plazos bajo el supuesto que no se encuentran en la misma categoría.

Acto seguido en esta etapa se estudia la propuesta del deudor. En la práctica se dan toda clase de propuestas, muchas de ellas en perjuicio de los acreedores, como la rebaja de parte del capital hasta la solicitud de plazos a 15 años para el pago. Una de las razones para este tipo de propuestas es el interés del deudor de conservar su patrimonio y su nivel de vida y solamente ofrecer a sus acreedores el remanente de sus ingresos para pagar el total de sus acreencias. Ello tiene su razón de ser en la redacción de las normas de la insolvencia en donde se señala que el deudor debe manifestar a los acreedores el monto de los gastos para su sostenimiento. Allí radica una de las debilidades de este ordenamiento puesto que no se trata de una negociación donde el sacrificio esté solamente a cargo de los acreedores sino que es precisamente el deudor quien a través de un replanteamiento de las causas que lo llevaron a la insolvencia, es quien debe dar muestra de su voluntad de replantear el uso de sus ingresos con miras a honrar sus

⁸ Jorge Lopez Santamaría. Los contratos (parte general) Santiago de Chile. 1986 Pag. 291 y ss.

⁹ Numeral 4° art. 537 CGP.

obligaciones aún a costa de sacrificios que conlleven cambiar sus hábitos financieros y de disminución en su nivel de vida y el de su familia.

Se debe tener en cuenta que la Ley establece un plazo máximo de cinco años, prorrogable cuando hay una obligación pactada a un plazo mayor o cuando un porcentaje al menos del 60% de las acreencias lo acepte. Se observa cada vez con mayor frecuencia que se acude al trámite sin una fórmula viable para los acreedores y solamente con el interés de irse a la liquidación patrimonial a sabiendas que en la misma las obligaciones se tornan en naturales, es decir, que no son exigibles en el evento que no existan bienes a liquidar. Este es un aspecto negativo de la Ley puesto que su finalidad principal es la renegociación de las deudas del deudor con sus acreedores con base en una propuesta que les satisfaga. Si no hay propuesta viable, ¿Qué sentido tiene sentarse a negociar? cabe igualmente preguntarse, ¿Por qué no ir directamente a la liquidación y de esta manera ahorrarse el trámite de la negociación, el pago de tarifas y la gestión del conciliador?

Hecha la propuesta a los acreedores, se procede a su consideración y a la votación, la cual debe ser aprobada al tenor del artículo 553 del CGP, “ por dos o más acreedores que representen más del 50% del monto total del capital de la deuda y deberá contar con la aceptación expresa del deudor” Aquí cabe preguntarse: ¿Qué sucede si no se logra obtener el 50% del capital adeudado, dado que los acreedores no asisten a la audiencia de negociación de deudas, ni justifican su inasistencia? ¿Se debe realizar la audiencia tomando esa asistencia como el 100% para realizar el acuerdo? Al respecto el Ministerio de Justicia ha conceptualizado lo siguiente: “ *En caso de inasistencia por parte de los acreedores, esta Cartera considera que el conciliador deberá, en razón de esta especial circunstancia constatar que las personas citadas hayan recibido efectivamente la comunicación para la celebración de audiencia y en caso de haber sido así, consultar a los que asistieron si proceden a citar a nueva audiencia antes de cumplirse el término de 60 días, con el fin de procurar el espacio de negociación entre el deudor y los acreedores .Para la aprobación del acuerdo de pago se debe contar con más del 50% del monto total del capital, no del valor de las deudas de los asistentes.*”¹⁰ El porcentaje establecido por la Ley es inmodificable por el conciliador o los acreedores. No importa que haya acreedores que por su ausencia hayan impedido que se celebre el acuerdo. Ello no faculta a la mayoría presente para imponerlo. Es un criterio garantista para que la reprogramación de las deudas tenga un respaldo suficiente y de esta manera se preserve el derecho constitucional a la protección del crédito.

4. ETAPA DE CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO.

Una vez los acreedores y deudor han firmado el acuerdo (aunque solamente se requiere la firma del conciliador y el deudor) entramos en la etapa de cumplimiento del mismo. Tema que se está convirtiendo en otra de las grandes dificultades de la insolvencia ya que aproximadamente un 20% de estos acuerdos no se están cumpliendo. La Ley prevé que antes de declararse incumplido se debe surtir una etapa de reforma del acuerdo, bajo el principio de la preservación del mismo. Entonces, a solicitud del deudor o de alguno de los acreedores se cita a todos los interesados a una audiencia de reforma en la cual se actualizan las acreencias y se vota la reforma. El problema está en que se debe pagar el

¹⁰ OF115-0025932-DMA-2100.

equivalente a un 30% del precio inicialmente pagado para el trámite de la insolvencia. ¿Quién lo paga? El deudor se abstiene de citar por tener que pagar. Lo mismo ocurre con los acreedores, pues no quieren invertir más dinero en una deuda que no está siendo cumplida. Tal es el caso de las entidades financieras que en la mayoría de los casos son los principales acreedores. Entonces, el acuerdo queda en una especie de limbo porque no se surte el trámite de la reforma debido a la falta de pago de la tarifa y no va a liquidación porque no se ha surtido el trámite de la reforma. Esta es una más de las inconsistencias de una Ley bien intencionada pero con muchas lagunas jurídicas que en últimas resulta perjudicial para los acreedores. Si finalmente se convoca a la audiencia de incumplimiento, la cual no admite suspensiones, se vota la propuesta de reforma. Si es aprobada, continúa el acuerdo en su fase de cumplimiento. Si no, el conciliador lo envía al Juez para que decrete la liquidación patrimonial.

5. LA LIQUIDACIÓN PATRIMONIAL.

El propósito de la liquidación patrimonial es que se paguen las acreencias con los bienes del deudor. La primera pregunta que surge es, ¿Qué pasa si el deudor no tiene bienes que sean objeto de liquidación? La Ley prevé el denominado “descargue” el cual consiste en que, las obligaciones del deudor se tornan en obligaciones naturales, con lo cual no son ejecutables por parte de los acreedores. Algunas interpretaciones han surgido en el sentido de que sí son demandables por constituir un enriquecimiento sin causa. No es eso lo que ha querido el legislador ni tampoco es el sentido de las denominadas obligaciones naturales, con lo cual dichos intentos están condenados al fracaso. El segundo tema tiene que ver con quién es el responsable o encargado de la liquidación, Al respecto se puede afirmar que quien dirige el trámite y toma las decisiones jurisdiccionales es el Juez Civil Municipal que ha venido a cargo del trámite desde que se inició la insolvencia. No obstante, el ejecutor de la misma es el liquidador nombrado para el caso ¿Qué ocurre en la realidad? Los liquidadores nombrados buscan toda clase de excusas para no aceptar el nombramiento puesto que no tienen ninguna seguridad de que van a ser retribuidos por su trabajo, empero, las serias responsabilidades que asumen en cuanto al manejo y adjudicación de los bienes. Esto trae una grave consecuencia puesto que la inmensa mayoría de las liquidaciones se están quedando estancadas, sin doliente que las impulse, entonces la pretendida descongestión judicial se va a traducir en un gran número de procesos sin movimiento. Cabe preguntarse sobre la aplicación del desistimiento tácito en estos casos. En principio se dan los elementos para la aplicación del mismo ante la inacción de los interesados, pero ¿De quién es la obligación del impulso procesal, del deudor, de los acreedores o de todos ellos? En realidad al deudor le conviene más que el proceso no marche y difícilmente los acreedores van a estar dispuestos a invertir más dinero del que ya han perdido. Veremos seguramente procesos de muchos años sin ningún resultado, fruto de este trámite de liquidación patrimonial.

Otro tema que tiene que ver con la liquidación patrimonial y que trae un gran beneficio para los deudores es el hecho que a partir de la apertura de la misma, los bienes que adquiera ya no son prenda general de los acreedores y por consiguiente no pueden ser perseguidos para el pago de las acreencias anteriores a la liquidación. Si se suma este hecho al antes anotado, va a ocurrir que los deudores van a seguir disfrutando de los bienes objeto de la liquidación mientras el liquidador no se posesione y desempeñe sus

funciones y al mismo tiempo tendrán el disfrute sin ningún tipo de limitaciones de los nuevos bienes que adquieran.

Ahora analizar el tema de los reportes a las centrales de riesgo. El artículo 573 del CGP señala al respecto: *“Para los efectos previstos en el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, bastará demostrar la apertura del proceso de liquidación patrimonial. En estos casos, el término de caducidad del dato negativo empezará a contarse un (1) año después de la fecha de dicha providencia.*

Sin embargo, si con posterioridad a la terminación de la liquidación patrimonial el deudor paga los saldos que hubieren quedado insolutos, el acreedor respectivo informará a la entidad que administre la base de datos respectiva para que el dato sea eliminado en forma inmediata”. De la lectura e interpretación del mismo concluyó que el reporte a las centrales de riesgo tiene la misma aplicación de las sanciones contempladas en el mencionado artículo 13 de dicha Ley pero se empieza a contar un año después de la apertura de la liquidación. O sea, que si el término de sanción es el máximo, 4 años, en este caso será de 5 años. Pero cabe preguntarse ¿Qué va a pasar con aquellos trámites que van a durar en etapa de liquidación judicial por más de 5 años? Los acreedores aún no han sido satisfechos así sea parcialmente con los bienes del deudor y éste ya no estaría sujeto al reporte en las centrales de riesgo o sea que el reporte debe levantarse. Más acorde con la realidad y con el espíritu de la Ley encontramos la aplicación de la segunda parte de la norma citada en cuanto que prevé el levantamiento inmediato del reporte para aquellos deudores que, una vez terminada la etapa de liquidación judicial, voluntariamente decidan pagar los saldos de sus deudas a los acreedores. Ello porque, habiéndose tornado en obligaciones naturales, decide, cumplir con el pago de las mismas.

De esta manera concluimos estas breves reflexiones sobre el trámite de negociación de deudas de las personas naturales no comerciantes no sin antes señalar algunas conclusiones sobre este tema.

CONCLUSIONES FINALES.

A la respuesta sobre si el trámite de insolvencia de las personas naturales no comerciantes es un mito o una realidad, podemos afirmar lo segundo. Es una realidad que está favoreciendo a un número cada vez más creciente de personas que ante sus adversidades económicas y de tipo personal han caído en desgracia frente a un sistema económico montado bajo el esquema la producción y el consumo. No obstante, son muy grandes los obstáculos que se están presentando en su aplicación que podemos sintetizar así:

1. La Ley ha exagerado, para decirlo de alguna manera, en la aplicación del principio de la buena fe del deudor, permitiendo que su simple afirmación sea suficiente para determinar quiénes son sus acreedores y cuál es el monto de sus obligaciones, al igual que la composición de su patrimonio. Es cierto que los acreedores pueden objetar las acreencias pero en la práctica, dado el término tan breve que tienen para ello y la falta de pruebas para hacerlo, hace que este beneficio en cabeza del deudor, en algunos casos sea fuente de abusos y de actos dolosos, la previsión de que dichas manifestaciones son bajo la gravedad de juramento, no es suficiente para detenerlos en este tipo de prácticas.

2. No es comprensible porqué en todos los casos se tiene que surtir primero el trámite de la negociación de deudas para luego sí proceder a la liquidación patrimonial. En muchos casos las personas están acudiendo al trámite sin contar con ninguna clase de bienes y sin siquiera contar con ingresos. Entonces ¿Qué es lo que van a negociar? Por tanto no tiene ningún sentido acudir al trámite previo de la negociación de las deudas para luego proceder a la liquidación patrimonial.

3.No es bueno que los acreedores tengan que esperar hasta la audiencia de negociación de las deudas para oponerse a que un deudor, que no tenga la calidad de no comerciante, sea excluido de dicho trámite. Previa la aceptación al trámite debiera informarse a los acreedores de la presentación del deudor a la insolvencia y el pronunciamiento que hace el conciliador de la admisión debiera tener la posibilidad de ser recurrido y de esta manera evitar un desgaste innecesario y la paralización de los procesos que hayan adelantado los acreedores.

4. El trámite de liquidación patrimonial no es el adecuado porque en la práctica está conllevando a la congestión de la justicia. Debe implementarse un sistema más ágil para que los bienes del deudor que constituyen la masa a liquidar sean prontamente adjudicados a los acreedores.