

# La categorización de los acreedores en el régimen de insolvencia empresarial colombiano<sup>1</sup>

The classification of creditors in the colombian corporate insolvency law

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA<sup>2</sup>

Colombia

## RESUMEN

En este trabajo se presentan algunas ideas acerca de la forma en que el derecho de insolvencia colombiano ha venido concibiendo a los acreedores, la cual no responde a la tradicional clasificación de la prelación de créditos. En ese sentido, conviene poner de presente que las normas no utilizan la expresión clase o grados, propia de dicha institución y dirigida a determinar el orden de atención de las acreencias, sino que se refieren a otros aspectos que han cobrado relevancia y que se relacionan con la construcción del convenio recuperatorio (mayorías), la disminución o merma de los derechos de los acreedores, el reconocimiento de la debilidad de ciertos acreedores y un papel activo de la autoridad judicial. Es preciso advertir que el objeto de este trabajo no es el estudio profundo de las distintas categorías, el cual dicho sea de paso ya ha sido efectuado por la doctrina, sino reconocer una nueva visión en la concepción crediticia, y a partir de allí identificar similitudes y diferencias.

Palabras clave: acreedores, clasificación, votos, exclusión, vinculados, postergados, garantizados.

1 Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2023. Doi: <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n1.05>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado Derecho Comercial, Doctor en Derecho de la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil, Comercial y Procesal en Pregrado y Postgrado en la Universidad Externado de Colombia.

## ABSTRACT

This paper presents some ideas about the way in which Colombian corporate insolvency law has been considering creditors, which does not respond to the traditional classification of the priority of credits. In that sense, it is convenient to point out that the law do not use the expressions "class" or "grades" proper of such institution intended to determine the order of attention of the credits, as well as other aspects that have gained importance and that are related to the construction of the reorganization plan (majorities), the reduction or diminution of the rights of the creditors, the recognition of the weakness of certain creditors and an active role of the judicial authority. It is necessary to point out that the purpose of this paper is not the in-depth study of the distinct categories, which has already been done by the doctrine, but to recognize a new vision in the credit conception to identify similarities and differences.

Key words: Creditors, classification, votes, exclusion, related, postponed, guaranteed.

## INTRODUCCIÓN

Lo primero es señalar que la categorización o identificación de nuevos tipos de acreedores<sup>3</sup> implica necesariamente una superación de los conceptos tradicionales y de la forma en que el Código Civil los concibe, y que se limita a las clases y órdenes para atender las obligaciones. En ese sentido, y sin perjuicio de las precisiones que se harán adelante respecto de los acreedores internos y vinculados, es claro que la implantación por parte de la Ley 550 de 1999 de un nuevo sistema para la construcción del convenio recuperatorio dio lugar a la categorización que se comenta, pues la supresión del derecho de veto que el deudor tenía en el concordato involucra claramente una reivindicación de los derechos de los acreedores debido a que el acuerdo puede construirse sin su participación.

En segundo lugar, es de resaltar que dos de las categorías que se estudiarán son de creación judicial pues, en desarrollo de los poderes<sup>4</sup> que los estatutos

3 Sobre las tipologías de acreedores en el concurso cfr. J. L. Goldenberg y A. Gurrea "El reconocimiento y la clasificación de los créditos en los procedimientos concursales", en *Derecho de la insolvencia: un enfoque comparado y funcional*, A. Gurrea Martínez y A. Rouillon (dirs.). Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2022.

4 En ese sentido, la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI* (2006): 43 indica: "Un enfoque discrecional permite que el tribunal sopesa los hechos y circunstancias, teniendo en cuenta los precedentes, los intereses de la colectividad y los de

concursoales<sup>5</sup> les otorgan, los jueces las han construido con el propósito de privilegiar a ciertos acreedores o de sancionarlos por conductas contrarias a una sana y leal práctica concursal. En tal sentido han creado la categoría de acreedores involuntarios con el propósito de excluirlos de los procesos de insolvencia y/o disponerles un trato privilegiado que se concreta en el pago inmediato y que, dicho sea de paso, responde a dos razones básicas: i) su no intervención en la formación del vínculo obligacional, y ii) el reconocimiento de que son sujetos de especial protección. En esa misma línea, se hace énfasis en que algunos jueces argentinos han fundado la categoría del acreedor hostil con la finalidad de reprochar actos ejecutados por un acreedor en el proceso de insolvencia y cuyo efecto es la exclusión del derecho de voto. Ello pone de presente una presencia activa del juez para reconocer situaciones que las normas han dejado por fuera –expresión del denominado derecho vivo– y además reprochar conductas lesivas a los valores de la insolvencia.

Si bien atrás se dijo que estas categorías no necesariamente están cimentadas en la prelación legal, es menester tener en cuenta que en algunos casos guardan relación con ella jugando en dirección contraria. En efecto, es frecuente que así como hace juicios de valoración política encaminados a privilegiar ciertas acreencias el legislador disponga el efecto contrario, como sucede con los créditos postergados y/o subordinados. De otra parte, algunas de las categorías mencionadas implican el otorgamiento de un trato que supera las reglas del Código Civil, es decir, por encima de los privilegios que él contempla tal como sucede con los créditos excluidos que, pese a tener vocación de ser afectados por la insolvencia por haberse causado antes del inicio del proceso no quedan sujetos a ella, como ocurre con las obligaciones alimentarias en el caso de la persona natural, o las retenciones de carácter fiscal en el régimen empresarial.

Solo resta agregar que este análisis no pretende ser un estudio profundo y detallado de cada una de las categorías, sino que apunta a identificar sus elementos comunes y rasgos distintivos.

las personas afectadas por la decisión y por las condiciones del mercado. Con todo, ese enfoque puede también imponer una carga al tribunal cuando carezca de los conocimientos o de la experiencia necesarios para sopesar esas consideraciones, o de los recursos para responder de manera oportuna ante ellos. [...] // Cuando un régimen de la insolvencia prevé que una autoridad facultada para adoptar decisiones, como, por ejemplo, un tribunal, actúe discrecionalmente, es preferible que la ley aporte la orientación adecuada sobre la manera más apropiada de ejercer esa facultad, sobre todo cuando ello afecte a cuestiones económicas o comerciales. Este criterio es coherente con el objetivo general de garantizar la transparencia y previsibilidad de todo procedimiento de insolvencia".

5 Cfr. artículo 5.º de la Ley 1116 de 2006.

## 1. ACREEDORES INTERNOS

Esta categoría se introdujo en el derecho colombiano con la Ley 550 de 1999<sup>6</sup> al definir una nueva forma de celebrar el acuerdo recuperatorio, sustituyendo el voto del deudor por el de los socios o accionistas, representado en el valor de sus participaciones en el capital. Bajo esa premisa el legislador consideró que los votos de los socios debían ser acordes al valor del patrimonio social, por lo que si este era negativo se le asignaba un voto, asignación por demás simbólica y que reflejaba básicamente su interés por construir el modelo recuperatorio<sup>7</sup>. Lo anterior significa que esta categoría, introducida por la Ley 550 de 1999<sup>8</sup>, que se mantuvo en la Ley 1116 de 2006, y que ha sido

- 6 "Artículo 19. Partes en los acuerdos de reestructuración. Los acuerdos de reestructuración se negociarán y celebrarán entre los acreedores externos e internos de la empresa. // Son acreedores externos los titulares de créditos ciertos que pertenezcan a una cualquiera de las cinco clases de créditos previstas en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adiciones. // Son acreedores internos los accionistas, socios, asociados o cooperados del empresario que tenga forma jurídica asociativa; el titular de las cuotas de la empresa unipersonal; el controlante de la fundación; y, en general, los socios, controlantes o beneficiarios reales que haya aportado bienes al desarrollo de la empresa en forma demostrable y cuantificable. [...]".
- 7 Cfr. A. Isaza y A. Londoño, *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*. (Bogotá: Legis, 2011): 118, quienes precisan: "Para el cálculo de los votos correspondientes a los acreedores internos, la base es el patrimonio de la persona jurídica, pero depurándolo. En consecuencia, la actualización que el promotor debe hacer del proyecto de determinación y graduación de acreencias y asignación de votos presentados por el deudor comprenderá el establecimiento del patrimonio de este a la fecha de iniciación del proceso. De dicho patrimonio se restan las utilidades decretadas en especie y la cuenta de revalorización, incluyendo la parte de esta que haya sido capitalizada en cualquier época. A esta base se le aplica el porcentaje de participación que el asociado tenga en el capital de la sociedad o de cualquier otro tipo de persona jurídica, y el resultado nos da el número de votos que corresponda al asociado. Si se trata de una empresa unipersonal, todos los votos se asignarán al titular de las cuotas o acciones. // Puede ocurrir que el patrimonio resulte negativo, por lo cual se debe resolver si los acreedores internos tienen o no derecho a voto. La Ley 550 de 1999 contemplaba expresamente una solución según la cual cada asociado tenía derecho a un voto".
- 8 En la exposición de motivos de la Ley 550 de 1999 se lee: "La suerte de la empresa no puede estar íntegramente en manos del empresario cuando en su crisis los acreedores están arriesgando más recursos que éste; y debe evitarse el fracaso de muchos acuerdos como consecuencia del <<chantaje>> de acreedores minoritarios, cuyo disenso muchas veces es negociable a cambio de la obtención de ventajas inequitativas frente a los demás acreedores. // Con ese propósito se ha propuesto el sistema de votación regulado en el proyecto, en el cual desaparece el voto del empresario propiamente tal, para ser sustituido por el de los acreedores internos, es decir, los socios de aquellos empresarios con forma asociativa u organizadora o controlantes propietarios de los demás, para basarse en el valor patrimonial de su participación y darles un derecho de voto propio, que se suma al de los acreedores externos para que sea la mayoría absoluta de todos ellos la que decida acerca de los acuerdos de reestructuración".

asimilada en la práctica concursal, tiene como justificación la sustitución de la voluntad del deudor y la consecuente necesidad de superar su veto.

Partiendo de lo expuesto, surge como pregunta obligada si las normas pueden prescindir de los acreedores internos o, más precisamente, de su participación en la formación del convenio recuperatorio, así como de la voluntad del deudor. En ese sentido, vale la pena tener en cuenta que, en desarrollo de la libertad de configuración legislativa<sup>9</sup>, el legislador cuenta con autonomía para definir las condiciones de celebración del convenio y, por ejemplo, seguir otros modelos legales<sup>10</sup> en los que el deudor lo propone, pero quienes le dan vida son los acreedores, fórmula que parece explicarse bajo la premisa de que son ellos quienes disponen de las condiciones para la atención de las obligaciones.

Si bien en el derecho colombiano la regla general es que los acreedores internos deben votar el acuerdo<sup>11</sup>, también lo es que en ocasiones el legislador

- 9 Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-699 de 2009 M. P.: Rodrigo Escobar Gil, consideró: “[...] de acuerdo con una línea jurisprudencial uniforme, el Congreso puede establecer libremente el contenido de las leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas, sujetándose a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del marco que imponen los derechos fundamentales. Esa libertad de configuración legislativa tiene expresión particular en el campo procesal, ámbito en el cual, de acuerdo con la jurisprudencia, el legislador es libre para determinar la estructura y las finalidades de los procedimientos judiciales, con sujeción a los postulados del debido proceso. // En el campo de los procedimientos concursales, que es materia de contenido fundamentalmente económico, prosigue el interviniente, esa libertad de configuración se manifiesta en la posibilidad que tiene el legislador para determinar la manera que tendrá el deudor para enfrentar las situaciones de crisis”.
- 10 En este punto se distinguen las previsiones contenidas en la legislación española, en la que la propuesta de convenio presentada por el deudor puede ser aceptada por los acreedores mediante el sistema de adhesiones. Cfr. artículo 351 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal. Así mismo, en Argentina la Ley 24.522 de 1995 consagra un mecanismo similar en el que es el deudor quien presenta la propuesta de acuerdo preventivo y son los acreedores quienes lo aprueban o rechazan por medio de la denominada acreditación de las conformidades. Cfr. J. C. Rivera, *Instituciones de derecho concursal*, 2.ª ed., (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003): 438 y ss.
- 11 Sobre el particular, la *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia* (2006): 277-278 indica: “Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los titulares de acciones aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del grupo de accionistas de la empresa deudora. También cabe esperar que los accionistas voten cuando sean beneficiarios de la distribución prevista en el plan. Cuando esos titulares tengan derecho de voto se les deberá dar todo aviso o información que deba facilitarse a los demás acreedores que tengan ese derecho. Cuando la dirección de la empresa deudora proponga un plan, es posible que dichos titulares ya hayan aprobado las condiciones del plan (según sea la estructura de la empresa deudora, su escritura de constitución puede requerir tal aprobación). Esto sucede con frecuencia cuando el plan afecta directamente a los accionistas, mediante la conversión de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo acciones ya existentes o emitiendo nuevas acciones”.

prescindió de ello, como sucedió con la reglamentación del artículo 84 de la Ley 1116 de 2006, contenida en el Decreto 1730 de 2009, que suprimió los derechos de voto para el caso de la validación de un acuerdo extrajudicial, y cuya justificación consiste en que, conforme a la regulación legal, este convenio requiere de la anuencia del deudor. De otra parte, y con ocasión de la reciente regulación derivada de la pandemia<sup>12</sup>, se estableció que en el caso de la negociación por categorías solo se toman los votos de los acreedores cuya categoría esté involucrada, lo cual es muestra de la tendencia en la materia.

En conclusión, en el derecho colombiano la categoría de acreedores internos se explica como el sustituto del voto del deudor en el convenio recuperatorio, de forma que cuando el legislador se refiere a ellos parte de la premisa de que se trata del mismo interés de aquel.

### 1.1. ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES PARA EVITAR EL ABUSO DEL DERECHO

Consciente el legislador de que los acreedores internos representan al deudor y con miras a evitar abusos en la emisión del derecho de voto, consagró límites destinados a proteger el derecho de crédito, lo que de plano muestra prevención hacia estos acreedores, los cuales se analizan a continuación.

El primer límite se refiere a la necesidad de contar con un porcentaje calificado de votos provenientes de los acreedores externos no vinculados para aquellos casos en que los acreedores internos ostenten la mayoría decisoria para imponer el acuerdo, regla enderezada a proteger el derecho de crédito. Es de advertir que la redacción de la norma<sup>13</sup> no ha sido la más afortunada

12 Cfr. parágrafo 3 del artículo 8.º del Decreto 560 de 2020.

13 Ley 1116 de 2006. "Artículo 32. Mayoría especial en el caso de las organizaciones empresariales y acreedores internos. Además de la mayoría exigida por el artículo anterior para la aprobación del acuerdo, cuando los acreedores internos o cuando uno o varios acreedores, pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, la aprobación requerirá, además, del voto emitido en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los votos restantes admitidos. // Forman parte de una organización empresarial: 1. Las personas que tengan la calidad de matrices o controlantes y sus subordinadas, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio. // 2. Los empresarios y empresas anunciados ante terceros como "grupo", "organización", "agrupación", "conglomerado" o expresión semejante. // 3. Las personas naturales o jurídicas vinculadas por medio de contratos de colaboración tales como sociedades de hecho, consorcios, uniones temporales y contrato de riesgo compartido, siempre y cuando exista plena prueba sobre la existencia de tales contratos. // Las discrepancias al respecto serán decididas por el juez del concurso, en la audiencia de confirmación. // Cuando dos o más acreedores configuren una misma organización o grupo empresarial, deberán informar al promotor sobre el particular, a más tardar en la fecha de la audiencia de decisión de objeciones o en la fecha de la expedición de la providencia que fija el plazo para la celebración del acuerdo. En caso de incumplimiento de la anterior

puesto que condiciona su aplicación a la emisión de votos de los acreedores internos, lo que en la práctica ha permitido su elusión si los votos emitidos son inferiores al 51%. Un ejemplo ilustra lo anterior: si los acreedores internos suman el 60% de los votos necesitarían el voto del 25% de los restantes acreedores (40%), lo que implica un voto adicional del 10%. No obstante, y como quiera que la disposición utiliza la expresión "emitan votos", se estima que en la práctica no se requiere tal mayoría si en favor del acuerdo solo vota el 40% de los acreedores internos, lo cual pone de presente la disfuncionalidad de la situación.

La Ley 1429 de 2010<sup>14</sup> introdujo otra limitación que refleja claramente el interés del legislador en proteger el derecho de crédito para aquellos casos en que los acreedores internos cuentan con la mayoría para imponer el acuerdo, lo que se traduce fundamentalmente en la extensión de plazos. No obstante, en la práctica concursal se han discutido los alcances de la expresión "... detentan la mayoría decisoria", pues inicialmente la Superintendencia de Sociedades consideró que la mayoría se predicaba de los acreedores internos que ostentaran la mitad más uno del total de los votos, y posteriormente señaló que la mayoría debía calcularse no sobre el total de los votos, sino sobre las mayorías que habían votado el acuerdo (mayoría de la mayoría), partiendo de que el texto de la norma reza: "Cuando los acreedores internos o vinculados detentan la mayoría decisoria en el acuerdo de reorganización...", tesis aún vigente. Un ejemplo ilustra lo anterior: si el total de votos es 10.000, en la primera tesis la regla aplicaría si los acreedores internos sumaran 5.001 votos, mientras que en la segunda aplicaría si el acuerdo se logra con 6.000 votos y de estos los acreedores internos tienen más de 3.001. El ejemplo anterior pone de presente las dificultades de aplicar la norma, lo cual impone una reforma legal.

Solo resta agregar que muy seguramente para generar una mayor protección a los acreedores la Superintendencia se ha inclinado por esta última tesis. Sin embargo, en la práctica dicha postura dificulta reformar los acuerdos ya que con los pagos a los acreedores externos los acreedores internos pueden alcanzar la mayoría de los votos del acuerdo, imponiendo así una importante restricción para la ampliación de los plazos. La situación que se explica exige pensar si es sensato establecer prohibiciones tan estrictas que

obligación, respecto de los acreedores que no hayan informado sobre la conformación de grupo empresarial, sus derechos de voto quedarán reducidos a la mitad".

14 "Artículo 38. El artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, quedará así: [...] Parágrafo 2o. Cuando los acreedores internos o vinculados detentan la mayoría decisoria en el acuerdo de reorganización, no podrá preverse en el acuerdo ni en sus reformas un plazo para la atención del pasivo externo de acreedores no vinculados superior a diez años contados desde la fecha de celebración del acuerdo, salvo que la mayoría de los acreedores externos consientan en el otorgamiento de un plazo superior".

posteriormente impidan reformar el acuerdo o si, en su lugar, la aplicación de los principios generales del derecho, en especial el abuso del derecho es suficiente para evitar este tipo de situaciones.

## 1.2. CATEGORÍA COMÚN EN LOS PROCEDIMIENTOS RECUPERATORIOS

Como atrás se explicó, el origen de esta categoría son los procedimientos recuperatorios, en especial el convenio, y en esa medida, independientemente de su naturaleza, está presente en todos ellos, lo cual significa que se encuentra en el acuerdo de reorganización ordinario, en el abreviado, en la negociación de emergencia y en el procedimiento de recuperación ante las Cámaras de Comercio<sup>15</sup>.

En todo caso es importante advertir que al tratarse de una negociación por categorías, aplicable tanto a la negociación de emergencia como a los procedimientos de recuperación empresarial, los acreedores internos no votan<sup>16</sup>, con lo cual es claro que el legislador puede prescindir de dicha categoría<sup>17</sup>.

15 Es de anotar que la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización (NEAR) y los procedimientos de recuperación empresarial ante las Cámaras de Comercio (PRES) perdieron vigencia a partir del 4 de octubre de 2023 con ocasión de la sentencia C-390 de 2023 que declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 2277 de 2022 que prorrogó los Decretos 560 y 772 de 2020, ambos expedidos con ocasión de la pandemia Covid-19.

16 Cfr. J. J. Rodríguez, *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021: 106-107, para quien: "La disposición establece que para la aprobación del acuerdo no se tendrán en cuenta, o 'no tendrán valor alguno', los votos de los acreedores internos y vinculados, aun cuando formen parte de la categoría respectiva. En ese sentido, es claro que el interés del legislador radica en que se trate de un acuerdo construido única y exclusivamente con la voluntad de los acreedores. Sin embargo, cabe preguntar si ello implica excluir la voluntad o el consentimiento del deudor, respecto de lo cual caben dos interpretaciones: i) la ley no estableció que el acuerdo debía ser votado por el deudor, soportada, además, en las remisiones al proceso de reorganización donde el deudor no está habilitado para votar el acuerdo, y ii) el deudor debe votar el acuerdo, lo cual se soporta en el hecho de que se trata de establecer los términos y condiciones para la atención de su pasivo, sumado al hecho de que, de acuerdo con la previsión del artículo 8.º del Decreto 560 de 2020, se trata de un instrumento del cual '... los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, podrán celebrar acuerdos de reorganización a través del trámite de negociación de emergencia', lo cual implica que el deudor debe consentir en el mismo".

17 Esta regulación cuenta con aval de constitucionalidad, cuando en la Sentencia C-237 de 2020, M. P.: José Fernando Reyes Cuartas se indicó: "[...] Ese tipo de acuerdos parciales no plantea, en general, ningún problema constitucional y de hecho pueden resultar de gran utilidad en la práctica mercantil. A su vez, la Corte encuentra que restringir la participación de los acreedores internos y los vinculados no se opone a la

Sin embargo, en la práctica el deudor suele consentir en el convenio, lo que muestra claramente el reconocimiento de su legitimación y el interés en su construcción.

### 1.3. INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE NATURALEZA LIQUIDATORIA

Finalmente, se advierte que, dada la insuficiencia patrimonial, esta categoría no tiene mayor relevancia en la práctica de los procesos de naturaleza liquidatoria; no obstante, es importante tener en cuenta que en el supuesto contrario están llamados a participar en la medida en que tienen posibilidades de recibir sumas en contraprestación a sus aportes.

### 1.4. LA PÉRDIDA DE LA CALIDAD DE ACREEDOR INTERNO DERIVADA DEL INGRESO DE TERCEROS EN EMPRESAS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN INMINENTE

Un aspecto que merece especial atención es el salvamento de empresas en estado de liquidación, lo que implica la pérdida de la calidad de accionista y, en consecuencia, la condición de acreedor interno, lo cual se explica por el hecho de que el patrimonio es negativo. Esta previsión, que dicho sea de paso tiene aval constitucional<sup>18</sup>, pone de presente que el legislador cuenta con libertad para no considerar esta categoría dado que prevalecen otros intereses y que evidencia que los derechos de los socios frente a la recuperación de la empresa pueden ser secundarios.

## 2. ACREEDORES VINCULADOS

Al igual que la anterior, esta categoría fue introducida por la Ley 550 de 1999<sup>19</sup> partiendo de la base de reconocer los sentimientos de afección de

Carta. Resulta aplicable la regla de decisión establecida en esta providencia al juzgar una medida similar prevista en la regulación de la descarga de pasivos”.

18 Cfr. *idem*.

19 “Artículo 20. Estado de relación de acreedores e inventario de acreencias. Para el desarrollo de la negociación y, en particular, para la determinación de los derechos de voto de los acreedores externos e internos y de las correspondientes acreencias, el representante legal del empresario entregará al promotor un estado de inventario elaborado con base en los estados financieros ordinarios o extraordinarios del empresario o ente económico respectivo, cortados al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la promoción por parte del empresario, o de la iniciación de la negociación en los demás casos, y pondrá a su disposición todos los libros, papeles y documentos que le sirvan de soporte. Dicho estado de inventario será suscrito y certificado por el representante legal del empresario y por su revisor fiscal, y, en ausencia de revisoría fiscal obligatoria o potestativa, por un contador público. // El inventario, junto con los correspondientes estados financieros, será entregado al

ciertos acreedores con el deudor, circunstancia que les impide ser objetivos y que en la práctica conduce a que se sumen a su propuesta de pago. Si bien tal propósito fue claro, la regulación no consagró limitaciones frente a la emisión del derecho de voto, es decir, contempló la categoría pero no desarrolló sus consecuencias, salvo lo relacionado con la acción revocatoria en la que de manera expresa consagró<sup>20</sup> una hipótesis de revocatoria para las operaciones realizadas con vinculados.

Por su parte, la Ley 1116 de 2006 no solo conservó la categoría, sino que la reguló con más detalle, en especial sus consecuencias, siendo clara la asimilación de acreedores vinculados y acreedores internos, lo que evidencia prevención e imposibilidad de predicar objetividad. En todo caso, es importante advertir que dicha figura es desarrollo del principio de información según el cual: "... deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso". En ese sentido, la figura no se puede considerar de manera aislada sino que debe ser confrontada con el principio indicado, con el abuso del derecho y con la necesaria protección del derecho de crédito.

## 2.1. QUIÉNES SON ACREEDORES VINCULADOS

La norma establece quiénes son los acreedores vinculados tomando como parámetro de referencia al deudor, a sus socios, administradores o

promotor a más tardar dentro del mes siguiente a la fecha de la inscripción del aviso de que trata el artículo 11 de la presente ley. En dicho inventario, previa comprobación de su existencia, se detallarán y valorarán sus activos y pasivos, con indicación precisa de su composición y de los métodos de su valuación, y se incluirá la información prevista en el numeral tercero del artículo 97 de la Ley 222 de 1995, acompañada de una relación de las demandas en curso, de los acreedores internos de la empresa y de la relación completa de los aportes, con indicación precisa de su valor y de los métodos de valuación que se hayan utilizado para establecerlo, cuando sea del caso. // En la relación de acreedores deberá indicarse claramente cuáles de ellos son vinculados al empresario, a sus socios, administradores o controlantes, por cualquiera de las siguientes razones: a) Parentesco, hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil. // b) Tener o haber tenido en los cinco últimos años accionistas, socios o asociados comunes. // c) Tener o haber tenido representantes o administradores comunes. // d) Existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial".

- 20 "Artículo 39. Acciones revocatorias y de simulación. Cualquier acreedor podrá intentar ante la acción revocatoria o de simulación de los siguientes actos y contratos realizados por el empresario dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración: [...] // 3. Los actos y contratos celebrados o ejecutados con los administradores de cualquier empresario, de forma societaria o no a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, con los socios, los controlantes, y las personas a que hacen referencia los literales a), b), c) y d) del inciso 3o. del artículo 20 de la presente ley, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales. [...]".

controlantes, respecto de lo cual es preciso señalar que se trata de una descripción amplia, que evidencia cercanía<sup>21</sup>, y por consiguiente falta de objetividad en la consideración de la propuesta.

En ese orden de ideas, el primer supuesto está referido a los acreedores personas físicas que tengan vínculo de consanguinidad con los sujetos mencionados, específicamente con los socios personas físicas, administradores personas naturales o controlantes hasta el cuarto grado de consanguinidad, lo que comprende en línea directa a hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, padres, abuelos, bisabuelos y tatarabuelos, y en línea indirecta a tíos, tíos abuelos, hermanos, sobrinos, primos hermanos y sobrinos nietos. También comprende a los parientes dentro del segundo grado de afinidad, es decir, suegros y cuñados de los sujetos mencionados, así como a los hijos adoptivos.

De la anterior descripción, que dicho sea de paso tiene carácter restrictivo dados los efectos que comporta en la emisión del derecho de voto, se echa de menos la inclusión de los cónyuges<sup>22</sup>, quienes técnicamente no tienen la condición de parientes pero que claramente tienen un vínculo aun cuando no sea de consanguinidad. Del mismo modo, la norma omite incluir a los compañeros permanentes. Es de anotar que la descripción está referida a supuestos tradicionales y desconoce los avances en la concepción de la familia.

En segundo lugar, la norma se refiere a la condición de socio, de la deudora o consocio de cualquiera de los sujetos mencionados, o haberlo sido durante los cinco últimos años, descripción por demás amplia y en ocasiones excesiva, pues es posible que existan o hubieren existido diferencias entre los socios, lo cual descarta de plano la afinidad sobre la cual se construye la figura.

En tercer lugar se contempla la vinculación por la existencia de administradores comunes o haberlos tenido durante el mismo plazo, hipótesis que no necesariamente refleja afinidad o dependencia para quien en el pasado tuvo la condición de administrador.

21 I. S. Gagliuffi, "Sospechosos comunes". La vinculación entre deudor y acreedor en el sistema concursal peruano y sus consecuencias", *Foro Jurídico*, 3, 2004: 145-156 explica: "Pues bien, en mi opinión, las premisas de la institución de la vinculación en materia concursal pueden entenderse a partir de la existencia de dos grandes vínculos genéricos: un vínculo personal (familiar o afectivo) o un vínculo económico (patrimonial o comercial) entre un deudor y su acreedor, el cual determinará que se active una presunción válida acerca de la posibilidad de que dicho vínculo o relación pueda influir negativamente en el desenvolvimiento de éstos durante el proceso concursal, en la medida que dicho acreedor en vez de actuar de manera independiente y transparente, estaría dispuesto a velar por los intereses del deudor en perjuicio de los acreedores no vinculados. Así, la vinculación es considerada por sí misma como un presupuesto de la existencia de incentivos para simular o sobrevalorar un crédito".

22 Por su parte, otras regulaciones, como la peruana, los incluyen. Cfr. artículo 12 de la Ley 27.809 de 2002.

Finalmente, se consagra como hipótesis de vinculación la existencia de una situación de subordinación o de grupo empresarial, la cual no solo involucra al deudor o a sus socios, sino que también se predica de los acreedores externos que no tienen relación con el deudor, como sucede con las entidades financieras.

De la anterior descripción se puede concluir que se está ante generosos supuestos que revelan falta de objetividad, lo que en términos generales se ajusta a las exigencias y recomendaciones en esta materia.

## 2.2. EL EFECTO DE LA VINCULACIÓN SE PREDICA DE LA CONSTRUCCIÓN DEL CONVENIO RECUPERATORIO MAS NO DE LA ORDEN DE PAGO DE LAS ACREENCIAS

Es necesario resaltar que la condición de acreedores vinculados fue concebida por el legislador para celebrar el acuerdo de reorganización<sup>23</sup> y no tiene incidencia en la graduación de las acreencias. Si bien algunos de los supuestos de vinculación coinciden con los de la postergación, es preciso señalar que la primera no fue concebida con el propósito de posponer el pago<sup>24</sup>. Esta precisión resulta pertinente pues en la práctica se tienden a fusionar las dos categorías, lo cual es impropio en la medida en que comporta una afectación del estatus *creditoris*, y en especial una degradación en el orden de pago, lo cual, dicho sea de paso, requiere de norma expresa.

De igual forma, y con el ánimo de proteger el derecho de crédito, las normas<sup>25</sup> establecen que, bajo el supuesto de incapacidad de pago inminente, no procede que los acreedores vinculados soliciten el inicio del proceso de

23 En la legislación argentina la situación es diferente: si bien los acreedores vinculados conservan sus créditos inmutables, son excluidos de la votación del acuerdo. Sobre este punto, cfr. L. Vaiser, "La exclusión de acreedores en el concurso de grupos económicos: una mirada desde el Derecho argentino". *Revista Lex Mercatoria*, 1, 2015: 95-98, <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria/article/view/434/784>.

24 Sobre el particular, J. J Rodríguez, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019: 388, indica: "Finalmente, es necesario distinguir la categoría de acreedores vinculados de la de postergados prevista en el artículo 69, pues aun cuando pueden coincidir en el sentido de que una matriz es acreedora vinculada y también postergada, es necesario tener en cuenta que cada categoría apunta a efectos distintos: la primera, a efectos de la transparencia de la negociación y con las limitaciones atrás mencionadas, y la segunda, a que la acreencia solo podrá ser satisfecha después de atendido el pasivo. En otras palabras, no todos los acreedores vinculados son postergados pues, al corresponder a una excepción a las reglas de prelación legal y al principio de igualdad, esta categoría solo aplica de manera restrictiva".

25 Ley 1116 de 2006. "Artículo 11. Legitimación. El inicio de un proceso de reorganización podrá ser solicitado únicamente por los siguientes interesados: [...] 2. En la situación de incapacidad de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios. [...]".

reorganización, regla por demás innecesaria en la medida en que de por sí el deudor está legitimado para ello. Lo anterior evidencia la prevención que el legislador tiene frente a este tipo de acreedores.

### 2.3. LÍMITES PARA LOS ACREEDORES VINCULADOS

En este caso la regulación no es la más precisa, lo cual genera dificultades. En ese sentido, sea lo primero señalar que la primera previsión normativa<sup>26</sup> descarta la posibilidad de pactar plazos superiores a diez años cuando los acreedores internos y/o vinculados detenten la mayoría de los votos del acuerdo, hipótesis explicada atrás.

El segundo supuesto<sup>27</sup> contempla la necesidad de contar con una mayoría especial cuando los acreedores internos, o uno o varios acreedores pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial, emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta de los votos admisibles o que la superen. Se llama la atención acerca del distinto lenguaje utilizado por el legislador, pues en la primera regla utiliza la expresión "detenten" y en esta "emitan", lo cual es muestra de asimetría en la regulación. Adicionalmente, esta hipótesis no está referida a todos los supuestos de vinculación sino únicamente a la existencia de un grupo u organización empresarial. Por ello la norma no aplica para aquellos casos en que el acuerdo se construye con el voto de administradores, parientes o empresas con socios comunes, frente a lo cual surge como pregunta obligada si en tales casos es posible exigir dicha mayoría, respecto de lo cual habrá de responderse que ello no es viable por cuanto se trata de una exigencia no prevista por el legislador, y que no es susceptible de aplicación analógica o extensiva. Lo anterior pone de presente la desigualdad en la regulación.

### 2.4. CONSECUENCIAS DE LA NO INFORMACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA VINCULACIÓN

Como quedó visto, en desarrollo del principio de transparencia compete al deudor indicar cuáles de sus acreencias corresponden a aquellos sujetos respecto de los cuales se configura cualquiera de los supuestos ya indicados,

26 Cfr. párrafo segundo del artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.

27 *Ídem*. "Artículo 32. Mayoría especial en el caso de las organizaciones empresariales y acreedores internos. Además de la mayoría exigida por el artículo anterior para la aprobación del acuerdo, cuando los acreedores internos o cuando uno o varios acreedores, pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, la aprobación requerirá, además, del voto emitido en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los votos restantes admitidos".

y en el mismo sentido deben hacerlo los acreedores cuando concurran al proceso. Se destaca que la regulación no es la más afortunada, pues la sanción prevista por el legislador para el incumplimiento del deber de información está limitada a la existencia de un grupo empresarial, por lo que no aplica a los demás supuestos de vinculación. Sin duda se trata de una omisión injustificada del legislador que no permite su aplicación a otros supuestos dado su matiz sancionatorio, consistente en la reducción de los votos.

En todo caso, es importante resaltar que el deber de información previsto por el estatuto concursal se predica de cualquier acreedor que pertenezca a un grupo empresarial, independientemente de si tiene o no vinculación con el deudor. Esta hipótesis se aplica de manera frecuente con entidades financieras que pertenecen a una misma organización o grupo empresarial. Si bien el legislador parte del supuesto de que al tratarse de acreedores vinculados existe una cercanía con el deudor que nubla la objetividad del acreedor, en este caso ello no necesariamente es así, pues es posible que acreedores externos que pertenezcan a una misma organización empresarial emitan votos en distintos sentidos, con lo cual es claro que las bases sobre las que se construye la norma no se encuentran presentes.

### 3. EXCLUIDOS

A diferencia de las dos categorías anteriores, en este caso se trata de supuestos de naturaleza distinta que dan lugar a que acreencias que están llamadas a formar parte del concurso por haberse causado antes de su iniciación, queden excluidas de él por mandato legal. En ese sentido, es de recordar que en los distintos estatutos concursales se consagraban reglas que si bien no se referían de manera expresa a la exclusión del pasivo, apuntaban a ello. En efecto, en el Código de Comercio<sup>28</sup> se permitía que los acreedores con garantía real no participaran en las negociaciones e hicieran efectiva su garantía ante el juez del concurso, sustrayéndose en consecuencia del convenio recuperatorio; por su parte la Ley 550 de 1999<sup>29</sup> excluyó del concurso recuperatorio las acreencias derivadas de retenciones de carácter fiscal.

28 "Artículo 1918. Los acreedores con garantías reales también deberán hacerse parte en el proceso y podrán, a su elección: // 1º. Abstenerse de concurrir a las deliberaciones, o intervenir en ellas, pero sin votar las decisiones, para ejercitar sus acciones reales en forma legal y ante el mismo juez que esté tramitando el concordato, y // 2º. Intervenir, con voz y voto, sin menoscabo de la prelación legal que les corresponda para el pago del total de sus créditos hasta donde lo permita el valor que se fije en el concordato para los bienes gravados, concurriendo a prorrata por el déficit con los acreedores quirografarios. // A falta de acuerdo sobre el valor de los bienes gravados, los acreedores indicados podrán desistir del concordato y ejercitar el derecho previsto en el ordinal 1º de este artículo".

29 "Artículo 52. Exclusión respecto a las obligaciones negociables. Dentro las obligaciones

De otro lado, la modificación a la Ley 1116 de 2006 introducida por la Ley 1429 de 2010<sup>30</sup> excluyó del proceso de reorganización las acreencias correspondientes a retenciones de carácter fiscal<sup>31</sup>, descuentos a trabajadores y aportes al sistema de seguridad social (pensiones, salud y riesgos laborales), disponiendo de manera expresa que ellas debían estar atendidas a más tardar al momento de confirmación del acuerdo<sup>32</sup>, con lo cual es claro que les dio el tratamiento de un gasto de administración.

Aun cuando no corresponde al régimen empresarial, es de destacar que el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante<sup>33</sup> establece

tributarias susceptibles de negociarse y de convertirse en bonos de riesgo no se incluirán en ningún caso las correspondientes a deudas originadas en retenciones en la fuente por renta, IVA, impuesto de timbre u otro respecto al cual el empresario esté obligado a realizar retención en la fuente en desarrollo de su actividad”.

- 30 “Artículo 32. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o de cualquiera otra índole a que hubiere lugar, la existencia de pasivos por retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social no impedirá al deudor acceder al proceso de reorganización. // En todo caso, al momento de presentar la solicitud el deudor informará al juez acerca de su existencia y presentará un plan para la atención de dichos pasivos, los cuales deberán satisfacerse a más tardar al momento de la confirmación del acuerdo de reorganización. Si a esa fecha no se cumpliere dicha condición, el juez no podrá confirmar el acuerdo que le fuere presentado”.
- 31 Cfr. Ásaza, y Á Londoño, *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*. Bogotá: Legis, 2011: 130, quienes puntualizan: “Otra observación que debe hacerse es la siguiente: no obstante que estas retenciones constituyen un pasivo a cargo del deudor, se trata de una obligación que no hace parte del acuerdo por lo cual no confiere derechos de voto, pero se convierte en otro ejemplo de partidas que, estando contabilizadas en el pasivo, no constituyen obligaciones que puedan ser objeto de negociación. // Las obligaciones de naturaleza fiscal a cargo del empresario incluidas las originadas en retenciones en la fuente, que surjan con posterioridad a la iniciación del proceso, constituyen gastos de administración, como sucedía antes, y por este motivo puede el acreedor fiscal exigir su pago aun por la vía ejecutiva”.
- 32 Al respecto, J. J. Rodríguez, *Nuevo Régimen de Insolvencia*. 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019: 491, indica: “En la práctica se ha discutido el alcance del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010 que regula la situación que se viene comentando en punto a si es necesario que las obligaciones estén, como dice la norma, satisfechas, o si es posible que existan acuerdos de pago o, en general, consensos entre dichos acreedores y el deudor en cuanto a su atención. En nuestra opinión la última interpretación resulta más acorde con la finalidad perseguida por la norma, sumada al hecho de que de lo que se trata, fundamentalmente, es que estas obligaciones no formen parte del acuerdo y estén atendidas de manera previa a las que sí lo son”.
- 33 Ley 1564 de 2012. “Artículo 546. Procesos ejecutivos alimentarios en curso. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los procesos ejecutivos alimentarios que se encuentren en curso al momento de aceptarse la solicitud del procedimiento de negociación de deudas, los cuales continuarán adelantándose conforme al procedimiento previsto en la ley, sin que sea procedente decretar su suspensión ni el levantamiento de las medidas cautelares. // En caso de llegar a desembargarse bienes o de quedar un remanente del producto de los embargados o subastados dentro del proceso ejecutivo

expresamente que las obligaciones alimentarias quedan excluidas del mecanismo recuperatorio por lo que se deben seguir atendiendo. Ello corresponde a una tradición consolidada en la medida en que la Ley 222 de 1995<sup>34</sup> consagró una regla similar, y el artículo 12 del Decreto 350 de 1989 permitió la admisibilidad de demandas alimentarias durante el trámite del concordato, situación que refleja que de tiempo atrás el legislador ha estimado que estas obligaciones deben quedar excluidas del proceso recuperatorio.

De lo expuesto se desprende que la exclusión de obligaciones corresponde a una valoración política del legislador que, dependiendo del momento social, histórico y económico, y de los valores en juego, decide consagrar una regla en tal sentido, lo cual, dicho sea de paso, es una excepción al principio de universalidad subjetiva. Es importante destacar que el legislador no se restringe a fijar la exclusión pues le impone al deudor su atención inmediata, la trata como gastos de administración o dispone plazos para ello, como sucede con las retenciones fiscales, los descuentos a trabajadores y los aportes al sistema de seguridad social, lo que necesariamente lleva anejo el reconocimiento de un privilegio. Expresado en otros términos, la exclusión implica claramente un trato preferente que es mucho más efectivo que el dispuesto por el Código Civil para los créditos privilegiados.

Vistos los casos anteriores, es claro que existe suficiente justificación constitucional y legal para disponer la exclusión, como pasa a verse: i) las retenciones de carácter fiscal corresponden técnicamente a una apropiación indebida de recursos del Estado por el deudor, lo que además comporta la comisión de un delito<sup>35</sup> lo que hace inadmisibles su sometimiento al concurso bajo la premisa elemental de que lo ilícito no se reestructura; ii) los descuentos a trabajadores implican claramente la sustracción de parte del salario; iii) los aportes al sistema de seguridad social a cargo del deudor concursado apuntan a garantizar el derecho de los trabajadores al sistema de salud y a una pensión oportuna, que cuentan con protección constitucional; iv) las obligaciones alimentarias responden al mandato constitucional<sup>36</sup> según el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás

de alimentos, estos serán puestos a disposición del deudor y se informará de ello al conciliador que tenga a su cargo el procedimiento de negociación de deudas”.

34 “Artículo 216. Procesos ejecutivos alimentarios en curso. Durante el trámite concordatario, los procesos ejecutivos alimentarios continuarán su curso y no se suspenderán ni se levantarán las medidas cautelares decretadas y practicadas en ellos. No obstante, si llegaren a desembargarse bienes o quedare un remanente del producto de los embargados o subastados, se pondrán a disposición del juez que conoce del trámite concursal. // En la etapa de liquidación estos procesos deberán enviarse al juez que esté conociendo del trámite liquidatorio, y se incorporarán a éste, en la misma forma que los demás procesos”.

35 Cfr. artículo 402 del Código Penal.

36 Cfr. artículo 44 de la Constitución Política.

y a las decisiones de la Corte Constitucional en esta materia, en especial la que modificó<sup>37</sup> el régimen de prelación legal. Del recuento se pueden extraer como denominador común valores constitucionales e intereses que trascienden lo privado y cuya especial protección no se discute.

No obstante lo ya explicado, el legislador ha utilizado la exclusión como una forma de disponer privilegios a favor de ciertos acreedores mediante la creación de patrimonios de afectación. En ese sentido es menester indicar que apartándose de los principios que orientan el régimen de insolvencia, y en especial del sometimiento de la fiducia mercantil al proceso de insolvencia dada su condición instrumental, el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 dispuso que el Gobierno Nacional debería reglamentar en qué casos los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia. En efecto, el Gobierno Nacional ejecutó la potestad reglamentaria mediante el Decreto 1038 de 2009<sup>38</sup> disponiendo más que la exclusión de la acreencia, la exclusión del activo con miras a la satisfacción exclusiva del acreedor.

De otra parte, hay que señalar también que las operaciones del mercado público de valores no quedan sujetas a los procedimientos de insolvencia<sup>39</sup>, sino que, con fundamento en que se trata de operaciones que encuadran dentro del buen funcionamiento, la equidad, la transparencia y la confianza del

37 Cfr. Sentencia C-092 de 2002, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

38 "Artículo 12. Exclusión de la masa de la liquidación de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley. // Lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos que puedan celebrarse entre el vocero del patrimonio autónomo con fines de garantía y el liquidador, cuando los bienes fideicomitidos hagan parte de la unidad de explotación económica del fideicomitente y esta pueda venderse en los términos del párrafo del artículo 81 de la Ley 1116 de 2006. // En todo caso, lo establecido en el presente artículo no aplicará en detrimento de derechos pensionales. // Párrafo. Para los efectos del párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, se entienden excluidos los patrimonios autónomos constituidos como mecanismo de normalización para garantizar el pago de pasivos pensionales, en los términos del artículo 41 de la Ley 550 de 1999, del párrafo 1º del artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, Decretos 1260 de 2000, 941 de 2002 y en aquellas normas que los reglamenten o los sustituyan".

39 Para una mayor precisión sobre el particular cfr. , J. J Rodríguez, "Las operaciones del mercado público de valores como ajenas al proceso de insolvencia. Una primera aproximación", en "La concursabilidad y sus nuevos retos". Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano, 2022: 202-218.

público, su atención es preferente y queda por fuera del escenario concursal<sup>40</sup>. En ese orden de ideas, en reiteradas disposiciones las leyes 964 de 2005 y 1116 de 2006 prevén que este tipo de operaciones se privilegien y sean excluidas, siendo honradas en los términos en que fueron convenidas, sin sufrir merma o deterioro. Más aún: los activos del deudor asociados a una operación del mercado público de valores quedan sujetos a este, en especial si se tiene en cuenta que las reglas de los procesos liquidatorios no les son aplicables<sup>41</sup>.

No obstante, cabe precisar que si bien existen algunos antecedentes en los cuales la Superintendencia de Sociedades ha excluido las operaciones del mercado público de valores de los procesos de insolvencia, el asunto no ha sido estudiado a profundidad, lo que se explica por la falta de afinidad del juez de insolvencia con la regulación específica del mercado público, y sobre todo por cuanto las soluciones adoptadas toman como punto de partida la inaplicación de los principios propios del régimen teniendo en cuenta que los sujetos involucrados en aquellas tienen intereses distintos.

### 3.1. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA Y LA CONSEQUENTE SUSTRACCIÓN DEL CONCURSO

Sin perjuicio de las consideraciones que adelante se expondrán acerca de esta nueva categoría, conviene tener en cuenta que, con el fin de crearle un privilegio, la Ley 1676 de 2013 permitió para este tipo de acreedores la ejecución de la garantía tanto en el escenario recuperatorio como en el liquidatorio, lo que implica una excepción a los principios que gobiernan el régimen de insolvencia. Sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la Ley de Garantías Mobiliarias y de la sentencia C-145 de 2018 de la Corte Constitucional, es claro que el legislador utilizó la técnica de la exclusión y ejecución del activo para disponerle un tratamiento especial a estos acreedores.

De todo lo anterior se desprende que la exclusión corresponde a un ejercicio de valoración política que normalmente parte del reconocimiento de situaciones de carácter extrapatrimonial, pero que ha mutado hacia la creación de privilegios para obligaciones estrictamente patrimoniales, lo cual impone una reflexión acerca de si ello es el medio adecuado o si involucra una desnaturalización del instrumento.

40 Cfr. artículo 1.º Ley 964 de 2005.

41 Ley 1116 de 2006. "Artículo 50. Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. [...] // Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo no se aplicará respecto de cualquier tipo de acto o contrato que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o del exterior, ni respecto de patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión".

#### 4. INVOLUNTARIOS

Frente a esta categoría sea lo primero señalar que no responde técnicamente a una creación legal, se trata de la existencia de una orden judicial expresa. En ese sentido, de tiempo atrás en el derecho de insolvencia<sup>42</sup> se ha discutido si todos los acreedores del deudor deben quedar sujetos al concurso o si es posible que el juez disponga lo contrario. Es decir, a diferencia de la exclusión en la que existe la voluntad del legislador de sustraer las obligaciones del concurso, en este caso se parte del supuesto contrario: la vinculación de la obligación al concurso y su sustracción se produce por una decisión judicial expresa llegando así a un mismo resultado.

La implementación de esta categoría exige confrontarla con la regla contenida en el artículo 2508 del Código Civil conforme a la cual no existen causas de preferencia distintas a las establecidas por la ley; referencia normativa que implicaría de plano su descarte. No obstante, es necesario reconocer que el derecho concursal se ha visto enfrentado a fenómenos complejos referidos a eventos de responsabilidad civil extracontractual con consecuencias adversas para personas naturales, así como la afectación de consumidores de bienes protegidos por el ordenamiento (vivienda), que han exigido una respuesta distinta. En este aspecto, cobra especial fuerza la constitucionalización del derecho de insolvencia y el reconocimiento de sujetos de especial protección por parte del sistema jurídico. Estamos frente a dos análisis: uno, referido exclusivamente al tenor literal de la norma y otro, que toma en cuenta valores constitucionales y la necesidad de solucionar realidades humanas y sociales complejas.

Dada la existencia de estudios detallados en la materia<sup>43</sup> solo haremos referencia a dos aspectos: i) la ausencia de voluntad en la formación del

42 El profesor Ángel Rojo fue uno de los precursores de la distinción entre "acreedores voluntarios" y "acreedores involuntarios" en el marco de la conferencia dictada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, Argentina, 2006.

43 Algunos de los trabajos que pueden ser consultados son: A. Sánchez, A. y A.A, Rojo "La tutela de los acreedores involuntarios en la ley concursal. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2007; A. Sánchez, *Los acreedores involuntarios*. Navarra: Arazandi, 2008; A.A Dasso, "La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos. El nuevo panorama concursal". II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida-México, 2006, [https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/La\\_Dilucion\\_del\\_Principio\\_de\\_Colectividad\\_o\\_Universalidad.pdf](https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/La_Dilucion_del_Principio_de_Colectividad_o_Universalidad.pdf); España, N. "Una aproximación a los acreedores involuntarios". Trabajo de grado. Universidad Externado de Colombia, 2021, <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/0d1040c4-7d94-4bb1-8114-981a751ac3ab/content>; L.D, Balduzzi, "Acreedor involuntario: entre la Constitución Nacional y la ley concursal". *Estudios de Derecho Empresario*, 4, 2014: 63-85; Oficios Nos. 220-001787 del 8 de enero de 2020 y 220-060144 del 17 de marzo de 2017 de la Superintendencia de Sociedades.

vínculo obligacional<sup>44</sup>, lo que ha dado lugar a que se estime que quien no expresó su consentimiento para tener la condición de acreedor no puede quedar sujeto al concurso de quien por un hecho ajeno a él adquirió la calidad de deudor, hipótesis referida a la responsabilidad civil extracontractual, y ii) la existencia de sujetos objeto de especial protección, de prestaciones que recaen sobre bienes vitales y de relaciones jurídicas en las que, si bien hubo consentimiento, existe asimetría contractual. Se reitera que esta descripción evidencia un grado de humanización del concurso, de prescindencia de la patrimonialidad, de constitucionalización del derecho de insolvencia y del consecuente reconocimiento de un interés que no debe estar sujeto a aquel.

Es importante advertir que esta categoría es necesariamente una excepción y, por tanto, al determinar su implementación, el juez debe reconocer la afectación de un interés superior, el cual normalmente atiende a derechos fundamentales, bienes vitales, sujetos de especial protección o en situación de debilidad manifiesta. En esa medida, y como quiera que el mandato legal<sup>45</sup> es que todos los acreedores quedan sujetos al concurso, y ante la ausencia de una regulación explícita, ello impone claramente inaplicar para el caso concreto la regla imperativa que dispone la sujeción de todas las acreencias al concurso y por tanto considerar que su aplicación es contraria a la Constitución. No se trata de una mera apreciación subjetiva sino del reconocimiento de una afectación seria y profunda de intereses superiores que deben primar sobre previsiones legales<sup>46</sup>.

La práctica del derecho concursal patrio reconoce la calidad de acreedor involuntario en dos supuestos: i) en un accidente de tránsito con un vehículo de propiedad de la concursada que generó traumas graves a una persona y dispuso su pago inmediato<sup>47</sup>, y ii) en el caso de compradores de inmuebles

44 A.A, Dasso "Tendencias actuales del derecho concursal". *Estudios de Derecho Empresario*, 6, 2015:170-184 precisa: "La teoría del derecho económico explica la legitimidad del daño que experimenta el acreedor en la deliberada asunción del riesgo en cuanto al contratar estuvo en condiciones de evaluar la responsabilidad patrimonial del deudor y el grado de posibilidad de incumplimiento lo cual pudo reflejarlo a modo de garantía en el precio o en el contenido de su prestación. // Tal predicado permite considerar a dichos acreedores como "voluntario". // El "acreedor involuntario" es aquel que a diferencia de aquellos no tuvo ni oportunidad de conocer al momento de origen de su crédito, su causa, y obviamente tuvo libertad para la relación causal o su negociación, ni la de procurar aseguramientos o garantías".

45 El mandato legal es desarrollo del principio de universalidad subjetiva.

46 Para algún sector de la doctrina extranjera, la práctica jurisprudencial pone de presente que el régimen de privilegios concursales entró en crisis frente a la necesidad de proteger a acreedores involuntarios -hoy denominados hipervulnerables-. Cfr. G.E, Gerbaudo, "Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el derecho concursal argentino y su impacto en el régimen de privilegios concursales". *Revista Lex Mercatoria*, 20, 2022: 40-61.

47 Cfr. Superintendencia de Sociedades. Auto n.º 400-001209 del 29 de enero de 2014.

destinados a vivienda que se demolieron como consecuencia de fallas estructurales en la construcción<sup>48</sup>. Examinadas esas decisiones es claro que su trasfondo pone de presente el reconocimiento de una realidad personal de la cual el juez no se puede sustraer: en el primer caso, la incapacidad de la persona física, y en el segundo, además de la afectación del acreedor, la de su familia y de un bien que cuenta con protección constitucional, como la vivienda.

A diferencia de las categorías antes explicadas, esta no obedece a una creación legal sino a una implementación del juez y en esa medida es claro que solo se da en casos excepcionales y bajo una argumentación que debe reflejar valores constitucionales<sup>49</sup>. En consecuencia, el llamado al operador jurídico es a que realice ejercicios argumentativos suficientes que impongan una medida como la comentada y a no dejarse seducir por actos de compasión.

Un aspecto de especial importancia en esta materia tiene que ver con la posibilidad de que los jueces constitucionales dispongan por vía de acción de tutela la exclusión de la acreencia con una orden de pago inmediata, respecto de lo cual se habrá de expresar que en todo caso ello es excepcional, y solo procede bajo la premisa de que se afecten derechos fundamentales de sujetos de especial protección, como es el caso de los adultos mayores o de personas en estado de debilidad manifiesta. En este punto conviene recordar las distintas decisiones de la Corte Constitucional<sup>50</sup> sobre el pasivo pensional que evidencian el proceso de constitucionalización del derecho de insolvencia, conforme a las cuales el inicio del proceso de insolvencia no puede en ningún caso comprometer derechos fundamentales, lo que ha dado lugar a órdenes que los priorizan o excluyen.

#### 4.1. LOS CONSUMIDORES COMO ACREEDORES DE ESPECIAL PROTECCIÓN

Un aspecto importante tiene que ver con el tratamiento que el derecho de insolvencia otorga a los consumidores<sup>51</sup>, y en ese sentido es necesario advertir

48 En una sentencia del 7 de septiembre de 2016 la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá estimó que estas obligaciones debían atenderse como gastos de administración. Posteriormente, mediante el Auto n.º 400-011407 del 24 de julio de 2017 la Superintendencia de Sociedades estimó su graduación en la primera clase.

49 Sobre la constitucionalización del derecho de insolvencia cfr. J. J. Rodríguez, "El derecho concursal colombiano a la luz de la constitución". *Revista E-mercatoria*, 7(2), 2008: 1-53.

50 Cfr. sentencias T-299 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-791 de 1998, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; T-658 de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; T-515 de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; SU-1023 de 2001, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; SU-636 de 2003, M. P.: Jaime Araujo Rentería; SU-891 de 2007, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

51 En este aspecto resulta de especial relevancia el trabajo de N. Pájaro, "Los consumidores inmobiliarios en la insolvencia empresarial: ¿acreedores involuntarios?, en *La protección*

que no se aprecia la existencia de reglas que los privilegien o dispongan su exclusión en los procesos de insolvencia, salvo en el caso de los promitentes compradores y compradores de vivienda<sup>52</sup>, quienes cuentan con una regulación precisa y específica que da cuenta de su protección. Siendo ello así, conviene preguntarse si es posible disponer un trato distinto para otros consumidores, respecto de lo cual debe decirse que no existe norma que lo disponga y en esa medida no parece posible.

No obstante, en el caso de consumidores masivos o, más precisamente, de pasajeros de aerolíneas, se estima que la situación de insolvencia no las exime del cumplimiento de las obligaciones a su cargo y a favor de aquellos. Si bien ello resulta loable, es necesario resaltar que la única posibilidad de dicha exclusión es que en el concurso recuperatorio el juez lo autorice acreditando las condiciones dispuestas para tal efecto, es decir, la urgencia, la conveniencia y la necesidad.

Finalmente, es necesario advertir que en un frustrado acuerdo de recuperación empresarial se convino<sup>53</sup> que estas obligaciones se cumplirían por fuera del escenario concursal, lo que si bien es entendible no encuentra soporte legal. Es importante señalar que si la mayoría de los acreedores estima que otros se atiendan de manera preferente ello es posible consignándolo expresamente en el acuerdo de reorganización y previo el cumplimiento de las exigencias para flexibilizar la prelación.

## 5. HOSTIL

Sobre esta categoría y su aplicación en el derecho colombiano se ha discutido en la práctica con fundamento en que las actuaciones de algunos acreedores contrarían los fines del proceso de insolvencia por ejercitar sus derechos sustanciales y procesales de forma disfuncional a la finalidad, alcance, naturaleza y espíritu para los cuales dichas prerrogativas fueron creadas, y en términos generales podría decirse que se trata de actuaciones que persiguen

*al consumidor en el derecho colombiano* A. Giraldo López, J. P. Cárdenas Mejía y Y. López Castro (eds.): 421 a 476. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario, 2023.

52 Cfr. artículos 51 y ss. de la Ley 1116 de 2006.

53 "PARÁGRAFO. Se deja constancia de que la Calificación y Graduación de Créditos y Determinación de Derechos de Voto no incluye los valores recaudados por concepto de anticipos de reservas, la venta anticipada de tiquetes, tiqueteras y por aviación no regular de pasajeros, en la medida en que (i) la protección a ellos proviene de las decisiones emitidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y por lo tanto, al estar allí protegidos, no requieren la participación en el presente Acuerdo de Recuperación; y (ii) las obligaciones para con ellos son de tipo operativo y no económico en la medida en que las protecciones derivadas de las decisiones de la Aeronáutica Civil apuntan al cumplimiento de planes de viaje, ante lo cual no hay sumas de dinero a serles reconocidas o pagadas".

finés contrarios a derecho<sup>54</sup>. De allí que las solicitudes de reconocimiento de acreedores hostiles en Colombia hayan estado acompañadas de la petición de sanciones, siendo pertinente agregar que se han fundado en la doctrina argentina y en algunas decisiones de los jueces de ese país.

Visto el panorama anterior es necesario poner de presente que esta categoría no encuentra respaldo en las normas legales y, además, que el juez concursal colombiano no la encuentra procedente<sup>55</sup>, con lo cual en principio parecería cerrada la discusión. En ese sentido y consecuente con lo expuesto atrás, no encontramos razonable ni viable que el juez concursal cree categorías que la ley no ha previsto, máxime cuando ellas implican efectos adversos como la supresión o reducción del derecho de voto o la postergación en el pago, aun cuando ostente amplios poderes para el manejo del proceso de insolvencia. Es importante advertir, tal como se hace en un trabajo especializado<sup>56</sup> sobre la materia, que los supuestos que dan lugar al reconocimiento de acreedores desleales, abusivos o de mala fe requieren de la acreditación de los elementos de la responsabilidad civil patrimonial, es decir, un daño, su fundamento y el nexo causalidad entre ambos.

En el derecho argentino la sanción para este tipo de acreedor es la exclusión del voto<sup>57</sup> sobre la base de que existe un interés contrario por ser competidor o adverso y tendiente a la destrucción de la propuesta de pagos del deudor, pese a que ella comporta la satisfacción de su acreencia en términos comerciales razonables. En el derecho colombiano no existe la exclusión del

54 En especial, O Pisani, O. y M. V Martinelli, *Acreedor "controlante o dominante": exclusión del cómputo por hostil*. 65.º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 2017, definen a este acreedor así: "[...] se admitió en la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de excluir al acreedor denominado 'hostil', es decir, a aquél que se sabe de antemano que votará negativamente la propuesta con el objeto de perjudicar al sujeto concursado, imposibilitando de este modo la continuidad de la empresa, con todos los perjuicios que esto acarrea. // Como adelantamos, el concepto de "acreedor hostil", construcción pretoriana, se refiere a aquel cuyo interés personal claramente es contrario a la continuidad de la empresa y por tal motivo, se puede advertir que sea cual sea la propuesta de pago que la concursada efectúe, este acreedor no prestará conformidad con la misma".

55 Cfr. Auto n.º 2021-01-388203 del 4 de junio de 2021 de la Superintendencia de Sociedades.

56 Cfr. Camacho, D. "Los acreedores hostiles en el derecho concursal colombiano", Trabajo de grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/c1cd619e-c722-427f-8fdc-01ec10d73e52/content>

57 Si bien el artículo 45 de la Ley de Concursos y Quiebras no lo prevé explícitamente, para algún sector de la doctrina, es posible que la disposición admita una aplicación analógica a otros supuestos, entre los cuales cabe considerar al acreedor hostil. Cfr. Vaiser, L. *El abuso del derecho en los procesos concursales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

voto y no resulta de recibo tal sanción bajo la premisa de que requiere de norma expresa que lo permita.

Otra de las consecuencias normativas negativas que han sido presentadas ante el juez del concurso consiste en postergar las acreencias reconocidas a los acreedores hostiles; sin embargo, a la luz de normatividad vigente no se podrá postergar el pago de ningún acreedor por no encuadrar en las hipótesis contempladas en la ley para tal efecto.

Es importante reiterar que los supuestos sobre los cuales se construye esta categoría encuadran perfectamente dentro del abuso del derecho, pues reflejan un uso indebido de los instrumentos que el ordenamiento le concede al acreedor, entre los cuales cabe mencionar: la emisión del derecho de voto, la interposición de recursos, la formulación de objeciones, la dilación injustificada, la obtención de información de manera indebida y la formulación de peticiones ajenas al proceso. La descripción anterior que, dicho sea de paso, tiene carácter ejemplificativo, pone de presente claramente la disfuncionalidad en el ejercicio de los instrumentos que el ordenamiento le concede.

Siguiendo esa línea de pensamiento, conviene tener en cuenta que los poderes del juez concursal, derivados del Código General del Proceso y del estatuto concursal, le permiten censurar la conducta del acreedor, imponer multas u otras equivalentes, pero no lo habilitan para cercenar los derechos de voto o, en términos generales, derivar un efecto similar.

Finalmente, en atención al principio de legalidad y a la garantía al debido proceso, no es posible declarar la existencia del acreedor hostil y tampoco imponer ninguna sanción a acreedores que ejecuten comportamientos abusivos, extralimitados o culposos por no existir en el derecho colombiano norma que habilite tal tratamiento.

## 6. POSTERGADOS O SUBORDINADOS<sup>58</sup>

La postergación o subordinación es un instituto que excepciona las reglas sobre la prelación legal y el principio de igualdad, pues implica que las acreencias objeto de él solo pueden ser pagadas una vez atendidas las

58 En nuestro ordenamiento esta categoría de acreedores tuvo su primera aparición con la Ley 550 de 1999. En efecto, Á Isaza, y Á Londoño, Á. *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*. Bogotá: Legis, 2011: 126, explican: "La Ley 550 de 1999 introdujo por primera vez en Colombia una sanción típicamente concursal, que denominó *postergación del crédito* y que consistía en que, en los eventos expresamente señalados en ella, y a manera de castigo para los acreedores que incurrieran en ciertas conductas, estos no podían recibir el pago de sus créditos en los términos del acuerdo, sino luego de que hubieran sido canceladas todas las obligaciones objeto de la reestructuración. // De esta manera y para efectos del acuerdo de reestructuración, la ley creó un nuevo orden conformado por aquellos acreedores que reciben su pago luego de que sean cancelados por los créditos quirografarios. // El régimen de insolvencia empresarial ha retomado

restantes<sup>59</sup>. Al examinar el elenco legal se observa que en algunos casos responde a una valoración política del legislador, en el sentido de estimar que, dada la vinculación con el deudor, unas acreencias deben ser atendidas al final; y en otros, a una sanción por el desconocimiento del estatuto de insolvencia.

Lo primero por decir es que la ley no define la postergación, sino que simplemente menciona sus consecuencias las cuales apuntan a que la atención de unas determinadas acreencias se produzca luego de las demás. Es importante indicar que ello implica un sistema de anti-privilegios que solo opera en el concurso, razón por la cual su ámbito de aplicación es estrictamente concursal<sup>60</sup>. Visto esto, es claro que el instituto es de aplicación restrictiva. Expresado, en otros términos, la postergación es un instituto de carácter legal en virtud del cual unas acreencias serán atendidas luego de otras, es decir, su satisfacción se pospone y, por tanto, respecto de ellas no procede la aplicación de las reglas que se han dispuesto sobre prelación de créditos. Es decir, solo procede cuando la ley así lo haya dispuesto.

## 6.1. SUPUESTOS

El estatuto concursal presenta las siguientes hipótesis de postergación:

### 6.1.1. Primer supuesto: acreencias con personas especialmente relacionadas con el deudor

En este aspecto, el legislador dispone:

el concepto de *créditos postergados*, en algunos casos como sanción y, en otros, con fundamentos diferentes”.

59 En algunas regulaciones los titulares de este tipo de créditos no solo ven postergado el cobro de sus créditos, sino que también se ven privados de votar el acuerdo. Cfr. L. Vaiser, “La postergación de acreedores en los procesos concursales: algunas comparaciones en el derecho de Iberoamérica”, en “*Libro Homenaje al profesor Emilio Beltrán*”. Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano, Legis, 2014: 561-573.

60 J, Villanueva, *Privilegios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004: 363, considera: “Fuera del concurso, en cambio, la eficacia de la subordinación se desdibuja, pues, descartada la insolvencia, el aludido desplazamiento de créditos que hace a la esencia de este instituto, sólo acarreará –en principio– una mera postergación en el tiempo de cobro: primero habrá que pagar a los acreedores beneficiados por la subordinación, y recién después a los subordinados, pero cobrarán todos. // De ahí que, si bien la subordinación no es instituto concebido para funcionar exclusivamente en el ámbito concursal, es en este dónde manifiesta su verdadera trascendencia”.

***a. Las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas y aquellas que tengan unidad de propósito y de dirección con el deudor***

Se trata fundamentalmente de una situación de control societario o de grupo empresarial, y en ese sentido estarán postergadas las obligaciones del deudor concursado a favor de su matriz, de sus subordinadas o de otras compañías que pertenezcan al mismo grupo empresarial de la deudora<sup>61</sup>. Esta causal se explica por el hecho de que estos acreedores tienen información preferente, ejercen un poder dominante o responden a unas mismas políticas dada la existencia de unidad de propósito y dirección.

La postergación no aplica genéricamente a los socios, sino únicamente a aquellos que tengan la condición de controlantes. De otra parte, y como quiera que una de las hipótesis del control societario es el control externo, ella aplicaría a aquellos acreedores que en virtud de un contrato ejerzan un poder dominante sobre el deudor, como puede suceder en algunos contratos de franquicia o de concesión.

Dado el tratamiento distinto entre vinculación y postergación este supuesto tiene varias dificultades, pues mientras la primera no registra consecuencias desfavorables para el pago y apunta simplemente a que los restantes acreedores conozcan quiénes tienen relación o vínculo con el deudor, la segunda implica un efecto adverso, que se agrava por la semejanza en los supuestos para cada categoría. En la práctica esto ha sido materia de discusiones pues los acreedores aspiran a que las acreencias de los socios se posterguen, así no pertenezcan al elenco definido por el legislador, y condicionan la emisión de su voto a ella, pese a la imposibilidad de aplicar la regla legal.

***b. Administradores, revisores fiscales y apoderados judiciales por salarios u honorarios no contabilizados en su respectivo ejercicio, así como indemnizaciones, sanciones y moratorias, provenientes de conciliaciones, fallos judiciales o actos similares***

Esta hipótesis aun cuando tiene similitud con la anterior, no corresponde técnicamente a una valoración política del legislador para aquellos acreedores que tienen vinculación con el deudor, pues está soportada en el incumplimiento de deberes de los administradores y tiene como origen la práctica

61 Sobre este punto, La *Guía Legislativa* (2006): 322 estima: "Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, estos créditos siempre quedan subordinados y, en otros regímenes, sólo se subordinan en caso de conductas injustas, fraudulentas o cuasi fraudulentas. Cuando estos créditos quedan subordinados a otros, pueden ocupar un rango inferior al de los créditos ordinarios no garantizados. Otras formas de regular estos créditos no se basan en su clasificación, sino en la restricción del derecho de voto o del importe o porcentaje del crédito que se reconocerá en el procedimiento".

observada en los procesos de liquidación obligatoria, según la cual se presentaban administradores, socios, revisores fiscales y apoderados judiciales con reclamaciones astronómicas por concepto de salarios que nunca fueron reflejadas en la contabilidad<sup>62</sup>. Es pertinente precisar que la postergación sólo aplica en la medida en que el crédito no ha sido contabilizado y no opera para los pasivos que figuren en los libros de contabilidad y que sean conocidos por todos los acreedores.

***c. Los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas antes mencionadas, siempre que la adquisición hubiere tenido lugar dentro de los dos (2) años anteriores a la iniciación del proceso de insolvencia***<sup>63</sup>

Esta hipótesis tiene por objeto eliminar la práctica según la cual, y a fin de evitar objeciones a las reclamaciones crediticias o de hacer más difícil su

62 Mediante el Oficio n.º 220-017187 del 16 de marzo de 2010 la Superintendencia de Sociedades señaló: “[...] se precisa que la misma tiene su génesis en prácticas observadas dentro de los procesos de liquidación obligatorias, según la cual se presentaban administradores, socios, revisores fiscales y apoderados judiciales con reclamaciones astronómicas por concepto de salarios que nunca fueron contabilizados; de ahí que era frecuente que el deudor solicitara el concordato sin relacionar obligaciones laborales de socios o administradores y después de iniciado el proceso de liquidación obligatoria se presentaban reclamaciones laborales cuantiosas que no tenían soporte alguno. En efecto, en la mayoría de los casos tales reclamaciones era producto de conciliaciones realizadas entre: 1) padre e hijo, en las cuales uno actuaba como representante legal del patrono y otro como trabajador y luego había intercambio de roles en otra conciliación; y 2) representante legal y su apoderado quien posteriormente era nombrado como administrador, es decir, la conciliación era yo con yo, conductas que generaban un manto de duda que afectaban la transparencia del proceso liquidatorio, pues en los registros de la compañía no había prueba alguna que acreditara la existencia del vínculo laboral que se invocaba, tales como descuentos de nómina, retenciones en la fuente, aportes a la seguridad social, etc. No obstante, y como quiera que existían conciliaciones ante autoridades laborales o jueces del trabajo, las mismas no podían ser desconocidas dentro del proceso concursal, por cuanto, como es sabido, ésta hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo”.

63 En este aspecto es pertinente lo expuesto por A.B Veiga, *Créditos e insolvencia*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké y Universidad del Rosario, 2009: 758- 759: “La Ley Concursal califica también como subordinado el crédito cedido por un cedente que fuere considerado persona especialmente relacionada con el deudor concursado, familiar, socio, administrador, etc., pero, ahora bien, no matizar tamaño aseveración puede conducir a equívocos, dado que lo que el tenor literal de la norma viene a decir no es otra cosa más que el cesionario adquirente del crédito sufrirá las mismas consecuencias que le hubieren correspondido si él directamente fuese persona especialmente relacionada con el deudor. Pero no dice que tengan la misma condición de persona especialmente relacionada. [...] Estamos ante un supuesto claramente de extensión de los efectos del mero contacto o contagio con un crédito cedido por persona especialmente relacionada contaminándose todo aquello que tocase. Para que la extensión de la subordinación

formulación, personas de las mencionadas transferían a terceros sus créditos. Esta regla es beneficiosa y contribuye a la transparencia y buena fe en los procesos concursales.

### **6.1.2. Segundo supuesto: deudas por servicios públicos cuando la entidad prestadora se niega a reestablecerlos cuando han sido suspendidos sin atender las previsiones de la ley**

Corresponde a las deudas por servicios públicos cuando la entidad prestadora se niega a restablecerlos o los ha suspendido por la desatención de obligaciones sometidas al concurso. Es importante acotar que tradicionalmente las normas concursales<sup>64</sup> han previsto para los mecanismos recuperatorios la imposibilidad de que el acreedor suspenda la prestación de servicios públicos al deudor.

En ese sentido, la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no puede suspender la prestación del servicio con fundamento en el hecho de que, con antelación a la apertura del proceso concursal, existían créditos exigibles a su favor, dado que los créditos anteriores a la iniciación del proceso quedan sujetos a él. *Las reglas de la Ley 142 de 1994 tienen como propósito compeler al deudor al pago y son incompatibles frente a las previsiones y propósitos del derecho de insolvencia.* En esa medida, este supuesto comporta claramente una sanción por la trasgresión de las normas del derecho de insolvencia.

### **6.1.3. Tercer supuesto: créditos de acreedores que intenten sustraerse de las reglas del concurso**

Como una clara medida pedagógica en cuanto a la importancia de las normas concursales y la necesidad de conservar su aplicación irrestricta, la ley posterga los créditos cuyos titulares:

#### ***6.1.3.1 Intenten pagarse por su propia cuenta a costa del patrimonio del deudor***

Este supuesto es claro pues desconoce los principios de universalidad subjetiva, universalidad objetiva e igualdad. Lo anterior, por cuanto al recaer el

sea efectiva han de producirse varios factores, a saber, primero, que exista un crédito titularidad de una persona especialmente relacionada con el deudor sea persona natural, familiar, allegado, pareja de hecho, sea persona jurídica, otra sociedad del grupo, etc.; segundo, dicho crédito ha de ser cedido o transmitido a un tercero en cualesquiera de las formas conocidas por nuestro derecho. [...] En tercer lugar, la transmisión debe operar dentro del plazo de los dos años anteriores la declaración de concurso del deudor".

64 Cfr. artículos 18 del Decreto 350 de 1989, 104 de la Ley 222 de 1995 y 16 de la Ley 550 de 1999.

pago o el intento de pago sobre activos del concursado se afecta claramente su patrimonio, prenda de garantía de todos los acreedores; de igual manera, implica un desconocimiento al principio de igualdad pues el acreedor se paga por encima de sus pares y, finalmente, se hace caso omiso de que el concurso es el único escenario habilitado por el legislador para el pago de las acreencias del deudor fallido.

### ***6.1.3.2. Incumplan las obligaciones pactadas en el acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial***

La recuperación de los negocios de un deudor no depende únicamente de él, sino que en muchas ocasiones está atada a la conducta de los acreedores. En ese sentido, cuando los acreedores incumplen las obligaciones que asumieron en el acuerdo, como el suministro de recursos frescos para la terminación de una obra, la acreencia que cobran dentro del proceso quedará postergada en su pago.

### **6.1.4. Cuarto supuesto: valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades**

Esta regla pretende hacer más equitativa la situación de los acreedores y por ello será postergado el pago de las sanciones pactadas mediante acuerdos entre las partes<sup>65</sup>, como cláusulas penales, multas, etc. En este caso no se trata de una sanción sino de una valoración política.

65 Mediante el Auto n.º 2015-01-421256 del 21 de octubre de 2015 la Superintendencia de Sociedades consideró: "En efecto, deben ser también postergados los 'valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades'. Ello también se explica y se encuentra ampliamente justificado puesto que se busca que los acreedores de un deudor en reorganización no terminen accediendo a fondos del deudor (que evidentemente durante la reorganización son muy escasos) a través de figuras de naturaleza punitiva, es decir de penas privadas. // Las penas de naturaleza privada en nuestro ordenamiento jurídico reciben un tratamiento muy especial. En este caso en particular se trata de penas privadas pactadas en acuerdos de voluntades o, para simplificar, en contratos. Se trata de mecanismos sancionatorios, que buscan reprimir el comportamiento de la parte que no ha ejecutado sus obligaciones o que las ha ejecutado defectuosamente. Pero, como su nombre lo indica, estas penas escapan a una lógica resarcitoria. Es decir, no se trata solamente de resarcir al acreedor por los daños que sufre como consecuencia de la inejecución o de la ejecución defectuosa o tardía, sino que la pena va más allá y le impone al deudor la obligación de pagar una suma adicional a la que debe por el resarcimiento de los perjuicios causados. // Ahora bien, puesto que esas sanciones buscan castigar al deudor, no parece justificado que ellas sean pagadas antes que las demás obligaciones del concurso, por lo que se justifica que dichas obligaciones se paguen después de que todos los demás acreedores hayan recibidos sus pagos".

### 6.1.5. Quinto supuesto: las obligaciones que teniendo la carga de presentarse al trámite de liquidación judicial no lo hagan dentro de los términos fijados en la ley<sup>66</sup>

Las normas procesales consagran efectos adversos a las partes por el incumplimiento de las cargas dispuestas por la ley, situación que ha sido avalada constitucionalmente<sup>67</sup>, en la medida que están previstas para que el proceso cumpla su finalidad. En esa consideración, los acreedores que no se presentaron dentro de la oportunidad prevista para el proceso de liquidación judicial quedan postergados en su pago<sup>68</sup>.

Debe reiterarse que, conforme al criterio expuesto por la Corte Constitucional<sup>69</sup>, la sanción de postergación no aplica para el caso de los pensionados, a quienes, por su condición especial –personas de tercera edad– y sus circunstancias personales, no les son oponibles este tipo de sanciones; de modo que, siguiendo la línea jurisprudencial, se postergará el pago de todas las acreencias, salvo las pensionales.

### 6.1.6. Sexto supuesto: el valor de intereses en el proceso de liquidación judicial

Nuevamente este supuesto corresponde a una valoración política del legislador al modificar las reglas del Código Civil en cuanto a preferencias y privilegios. En efecto, las normas que regulan la prelación de créditos disponen

66 Sobre el fundamento de postergación de este tipo de créditos, A.B Veiga, *Créditos e insolvencia*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké y Universidad del Rosario, 2009: 723 estima: "Así, si los créditos comunicados tardíamente sufren esta discriminación es una consecuencia hasta cierto punto lógica y justa, ante la falta de diligencia e incentivación del propio acreedor que ha tardado demasiado tiempo en insinuar y hacer valer su crédito, con lo que acarrea costes mayores al proceso. Es un relegamiento proporcional, y en principio, objetivo a su propia desidia o desinterés en la marcha de sus negocios y relaciones jurídico-económicas".

67 Cfr. Corte Constitucional sentencias T-387 de 2019, M. P.: Alberto Rojas Ríos; T-136 de 2015, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-158 de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

68 C. Alonso, "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezguerra (dirs.). Madrid: Dilex S. L., 2003: 357–408, precisa: "Así, por ejemplo, respecto a los créditos tardíamente insinuados no cuesta trabajo admitir que la subordinación puede venir dada por el hecho de que la tardanza en insinuar su crédito entorpece la marcha del procedimiento y repercute negativamente sobre el resto de los acreedores, motivo por el cual a sus titulares se les sanciona. La postergación legal cumple aquí una función incentivadora de la diligencia con que los acreedores deben actuar en los procedimientos concursales por lo que la decisión de relegarlos resulta acertada y ajustada a los criterios antes indicados".

69 Cfr. Sentencia SU-1023 de 2001, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

su aplicación a todos los componentes de la obligación y, además, imponen que todo pago se impute primero a intereses y luego a capital, circunstancia que en la práctica concursal impide que las distintas clases de acreedores reciban pagos. Se trata por tanto de una visión distributiva entre las distintas categorías que evidencia una nueva óptica en el tratamiento de las acreencias. Solo resta agregar que esta hipótesis sólo aplica para la liquidación judicial<sup>70</sup>.

### **6.1.7. Séptimo supuesto: los demás cuya postergación está expresamente prevista en la ley**

La Ley 1116 de 2006 contempla dos casos de postergación adicionales a los ya analizados, a saber:

#### ***6.1.7.1. Postergación por estipulaciones contrarias al concurso recuperatorio***

Como una de las muestras del carácter público del derecho concursal y del claro interés que las normas concursales protegen, las normas concursales reprochan las estipulaciones contractuales que afecten, comprometan, restrinjan o impidan el ejercicio de los derechos del deudor para acogerse a un mecanismo concursal recuperatorio. En otras palabras, la disposición<sup>71</sup> censura:

... las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias.

Del contenido de la disposición se debe subrayar que la enunciación no tiene carácter restrictivo sino enunciativo, pues se trata fundamentalmente de garantizar el derecho del deudor a acceder a un mecanismo de recuperación. Los casos mencionados son calificados por el legislador como materia de reproche, pero a ellos es posible agregar otros, como el aumento de precios de un proveedor, la exigencia de garantías adicionales para continuar

70 Cfr. Superintendencia de Sociedades. Oficios Nos. 220-016476 del 15 de marzo de 2012 y 220-057925 del 25 de abril de 2018.

71 Artículo 16 de la Ley 1116 de 2006.

con la ejecución de un contrato, el cambio en las condiciones económicas en forma más gravosa, etc.

### **6.1.7.2. Postergación por haber pagado obligaciones sujetas al concurso después de iniciado el mismo.**

El segundo caso corresponde a la trasgresión de las reglas del concurso por haber pagado obligaciones sujetas al concurso sin contar con autorización judicial o habilitación legal, lo cual contraría los principios del régimen de insolvencia.

De lo expuesto se concluye que esta categoría está relacionada con el régimen de prelación de manera inversa, tiene carácter restrictivo y requiere de fuente legal expresa.

## **7. EL ACREEDOR GARANTIZADO**

El origen de esta categoría que ha generado una fuerte discusión son las previsiones contenidas en la Ley 1676 de 2013 y su reglamentación, y se explica por las distintas ventajas que se les otorgan a los titulares de este tipo de créditos. En ese sentido, sea lo primero resaltar lo expresado por la Corte Constitucional en las sentencias C-447 de 2015 y C-145 de 2018 en el sentido de indicar que la Ley 1676 de 2013 no modificó las reglas de prelación legal, lo que en principio permitiría descartar una nueva categoría.

Sin perjuicio de las reflexiones acerca de los derechos sustanciales que la ley les otorga a estos acreedores<sup>72</sup>, y en especial las referidas a su pago preferente, es importante indicar desde ya que este acreedor no está por fuera

72 Pájaro, N. "Ejecución, garantías e insolvencia", en *XLII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Transformaciones del derecho procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2021: 1227 a 1258, explica: "De acuerdo con los artículos 50 y 51 de la LGM, cuando el garante está en un proceso de reorganización y validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización, sus acreedores garantizados tienen derecho a que el garante en concurso incluya los bienes en garantía en un inventario valorado desde la fecha de la solicitud; a pedir al juez del concurso la ejecución de los bienes no necesarios para la actividad del deudor, o que se encuentren sujetos a deterioro o pérdida; a pedir al promotor y al juez del concurso que los bienes sujetos a depreciación sean sustituidos por bienes equivalentes, o por una reserva, o que se ordene la realización de pagos periódicos a su favor; a obtener derechos de voto por el monto del crédito y los intereses inicialmente pactados, hasta el día de la celebración del acuerdo; a obtener el pago preferente de su crédito, respetando los plazos inicialmente pactados para el capital no vencido; a que el valor del bien dado en garantía cobije otros créditos distintos del garantizado, cuando el acreedor ha votado a favor del acuerdo; y a ser tenido como acreedor garantizado por el valor que el bien tenía en la reorganización, en caso de una eventual liquidación judicial del garante".

del sistema de prelación legal y mucho menos por encima de las clases<sup>73</sup> que la legislación establece<sup>74</sup>.

No obstante, y teniendo en cuenta las ventajas y preferencias otorgadas por la ley de garantías mobiliarias, es posible afirmar que estamos ante una categoría distinta, como se explica a continuación: i) en primer lugar, por el hecho de que se permita al acreedor hacer valer su garantía por fuera del escenario concursal<sup>75</sup> o más precisamente haciendo caso omiso de sus reglas y sometimiento, lo cual comporta una asimilación con los créditos excluidos; ii) en segundo lugar, porque las previsiones excesivamente ventajosas del

73 Esta postura ha sido sostenida por la Superintendencia de Sociedades en los procesos liquidatorios. Cfr. Oficio n.º 220-052698 del 7 de marzo de 2023.

74 Respecto a la necesidad de que los acreedores garantizados voten el acuerdo o gocen de alguna prelación, la *Guía Legislativa* (2006): 260 indica: "En muchos casos de insolvencia, los créditos garantizados representarán un porcentaje importante del valor de la deuda a cargo del deudor. Cabe adoptar diferentes criterios para regular la aprobación del plan por los acreedores garantizados o por los acreedores que gocen de prelación. No obstante, como principio general, el derecho de voto reconocido a los acreedores garantizados dependerá del modo en que los trate el régimen de la insolvencia, de la manera en que el plan de reorganización pueda afectar a sus garantías reales y del grado en que sus créditos estén cubiertos por el valor de los bienes gravados. // Conforme a uno de los criterios, cuando el régimen de la insolvencia no afecte a los acreedores garantizados y, en particular, no les impida hacer valer sus derechos sobre los bienes gravados, no es necesario otorgar a esos acreedores derecho de voto, dado que sus derechos de garantía no se verán afectados por el plan. Del mismo modo, conforme a este criterio, el plan no puede reducir el valor de los créditos de los acreedores privilegiados, que tienen derecho a cobrarlos en su totalidad antes de que se proceda a reembolsar los créditos de los acreedores ordinarios. La desventaja de este criterio, empero, es que puede reducir las probabilidades de que una reorganización prospere cuando los bienes gravados o la modificación de los derechos de esos acreedores sean fundamentales para el éxito del plan".

75 En el Oficio n.º 196110 del 14 de octubre de 2016 la Superintendencia de Sociedades precisó: "[...] el acreedor garantizado a quien se le haya incumplido cualquiera de la obligaciones garantizadas, podrá en primer lugar realizar requerimiento escrito al deudor, para que dentro del término de diez (10) días acuerde con él la procedencia de la "ejecución especial de la garantía mobiliaria", prevista en el artículo 62 de la ley cit. // Sin embargo, no es obligatorio hacer aquel requerimiento por parte del acreedor al deudor, pues él no efectuarlo implicará que operará por mandato de la ley el procedimiento de "ejecución judicial", con las previsiones especiales contempladas en el artículo 61 de la ley ibidem, en concordancia con lo prescrito en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso. // No obstante las premisas jurídicas de cobro citadas anteriormente, también el ordenamiento regulador de las garantías mobiliarias, aunado a los procedimientos de cobro indicados, configuró una modalidad de ejecución de la garantía mobiliaria, denominado "Pago directo". // Para que esta modalidad de pago opere, deberá pactarse de mutuo acuerdo en el respectivo contrato, entre el deudor y el acreedor garantizado que deseen satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía mobiliaria o cuando este último sea tenedor del bien dado en garantía, cuyo procedimiento se ceñirá a las previsiones en el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013".

sistema de votos en el escenario recuperatorio, evidencian que este acreedor cuenta con un trato aún más beneficioso que el dado a otros acreedores que en el sistema de prelación y en el orden jurídico están por encima de él, como es el caso de los créditos laborales. No se encuentra una justificación suficiente para que este acreedor cuente con ventajas respecto de estos, que dicho sea de paso cuentan con especial protección constitucional; iii) en tercer lugar, porque las normas disponen que este acreedor mantiene sus derechos y, en ese sentido, la única forma en que se puedan variar las condiciones de su crédito es que dé su consentimiento, situación que implica claramente una limitación en la construcción del contrato colectivo y obliga a reflexionar si se trata de una ventaja excesiva y que en ocasiones contraría los fines del concurso; iv) en cuarto lugar, que es por demás polémica la regla para las obligaciones por instalamentos conforme a la cual es posible que, estando la obligación garantizada al día al momento del inicio del proceso recuperatorio, ella pueda seguirse pagando. En esta materia se evidencia que el artículo 2.2.2.4.2.39 del Decreto 1740 de 2015 supera la previsión contenida en el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013, pues le da la condición de gasto de administración a una obligación causada con anterioridad a tal actuación procesal, trasgrediendo de paso el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006. En ese sentido, es preocupante el hecho de que para otorgar ventajas a este acreedor se desconozca la técnica en la construcción del derecho de insolvencia; v) en quinto lugar, y consonante con lo ya expresado, se tiene que este acreedor representa una excepción a la eficacia jurídica del contrato colectivo, en la medida en que la única forma en que ella se produzca para él exige su consentimiento. En otras palabras, mientras que los demás acreedores, algunos de ellos con preferencia sobre el acreedor garantizado, quedan sujetos al acuerdo así no consientan en él o se opongan al mismo, ello no aplica a este acreedor, lo que en la práctica corresponde a un derecho de veto. Este rasgo es el que más pone de presente que estamos ante una nueva categoría que modifica sustancialmente la forma de negociar los acuerdos, pues ya ello no se logra únicamente con los mayoritarios, sino que requiere de la anuencia del garantizado.

## 8. PARALELO

Con miras a que el lector tenga un panorama de las categorías se presenta el siguiente cuadro.

Tipo de acreedor	Fuente legal	Creación jurisprudencial	Incidencia en el orden del pago	Incidencia en la construcción del acuerdo	Prevención del legislador
Internos	X			X	X
Vinculados	X			X	X
Excluidos	X		X	X	
Involuntarios		X	X		
Hostiles		X		X	
Postergados	X		X		X
Garantizados	X		X	X	

## 9. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se concluye que:

- El derecho de insolvencia colombiano tiene una nueva concepción de los acreedores, que supera la visión del orden de pagos contenido en las reglas de prelación legal y que se traduce en la implementación de distintas categorías.
- Las categorías corresponden a un juicio de valor del legislador, que encuentra que, dados los intereses en juego, la regulación ordinaria sobre prelación de créditos es insuficiente.
- Las nuevas categorías no obedecen propiamente a una sistemática sino a la consagración de previsiones precisas y específicas. Si bien es posible encontrar similitudes, ellas no responden a una misma principalística o dogmática.
- Algunas de las nuevas categorías son de creación jurisprudencial y en esa medida el llamado es a que se proceda con prudencia dado el riesgo de deconstrucción del derecho de insolvencia. En esa medida, se debe tener en cuenta que, sin perjuicio del deber del juez de reconocer nuevas realidades, el llamado a implementarlas es el legislador.
- Algunas de las nuevas categorías afectan los derechos derivados de la calidad de acreedor o constituyen ventajas frente a los restantes acreedores, y en esa medida no son susceptibles de aplicación analógica o extensiva.

## BIBLIOGRAFÍA

## DOCTRINA

- Alonso, C. "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación", en *"Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal"* dir. R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezguerra, 357 a 408. Madrid: Dilex S. L., 2003.
- Balduzzi, L. D. "Acreedor involuntario: entre la constitución nacional y la ley concursal". *Estudios de Derecho Empresario*, 4, 2014, 63-85.
- Camacho, D. "Los acreedores hostiles en el derecho concursal colombiano". Trabajo de grado. Universidad Externado de Colombia, 2022, <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/c1cd619e-c722-427f-8fdc-01ec10d73e52/content>
- Dasso, A. A. "La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos. El nuevo panorama concursal". II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida-México, 2006, [https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/La\\_Dilucion\\_del\\_Principio\\_de\\_Colectividad\\_o\\_Universalidad.pdf](https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/La_Dilucion_del_Principio_de_Colectividad_o_Universalidad.pdf)
- Dasso, A. A. "Tendencias actuales del derecho concursal". *Estudios de Derecho Empresario*, 6, 2015, 170-184.
- España, N. "Una aproximación a los acreedores involuntarios". Trabajo de grado. Universidad Externado de Colombia, 2021, <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/0d1040c4-7d94-4bb1-8114-981a751ac3ab/content>
- Gagliuffi, I. S. "Sospechosos comunes". La vinculación entre deudor y acreedor en el sistema concursal peruano y sus consecuencias. *Foro jurídico*, 3, 2004, 145-156.
- Gerbaudo, G. E. "Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el derecho concursal argentino y su impacto en el régimen de privilegios concursales". *Revista Lex Mercatoria*, 20, 2022, 40-61.
- Goldenberg, J. L. y Gurrea, A. "El reconocimiento y la clasificación de los créditos en los procedimientos concursales" en *"Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional"* dir. A. Gurrea Martínez y A. Rouillon. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2022.
- Isaza, Á. y Londoño, Á. *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*. Bogotá: Legis, 2011.
- Rivera, J. C. *Instituciones de derecho concursal*. 2da Ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003.

- Rodríguez, J. J. "El derecho concursal colombiano a la luz de la constitución". *Revista E-mercatoria*, 7(2), 2008, 1-53.
- Rodríguez, J. J. *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Rodríguez, J. J. "Las operaciones del mercado público de valores como ajenas al proceso de insolvencia. Una primera aproximación", en "*La concursalidad y sus nuevos retos*". Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano, 2022, 202-218.
- Pájaro, N. "Ejecución, garantías e insolvencia" en "*XLII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Transformaciones del derecho procesal*" ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 1227 a 1258. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2021.
- Pájaro, N. "Los consumidores inmobiliarios en la insolvencia empresarial: ¿acreedores involuntarios?", en "*La protección al consumidor en el derecho colombiano*" ed. A. Giraldo López, J. P. Cárdenas Mejía y Y. López Castro. 421 a 476. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario, 2023.
- Pisani, O. y Martinelli, M. V. *Acreedor "controlante o dominante": exclusión del cómputo por hostil*. 65° Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Prov. de Buenos Aires, 2017.
- Sánchez, A. *Los acreedores involuntarios*. Navarra: Arazandi, 2008.
- Sánchez, A. y Rojo, A. A. *La tutela de los acreedores involuntarios en la ley concursal*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- Vaiser, L. *El abuso del derecho en los procesos concursales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- Vaiser, L. "La postergación de acreedores en los procesos concursales: algunas comparaciones en el derecho de Iberoamérica", en "*Libro Homenaje al profesor Emilio Beltrán*". 561 a 573. Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano, Legis S.A., 2014.
- Vaiser, L. "La exclusión de acreedores en el concurso de grupos económicos: una mirada desde el Derecho argentino". *Revista Lex Mercatoria*. 1, 2015, 95-98, <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria/article/view/434/784>
- Veiga, A. B. *Créditos e insolvencia*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké y Universidad del Rosario, 2009.
- Villanueva, J. *Privilegios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

## JURISPRUDENCIA

**Corte Constitucional**

Sentencia C-237 del 8 de julio de 2020, M. P.: José Fernando Reyes Cuartas.

Sentencia T-387 del 26 de agosto de 2019, M. P.: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-136 del 27 de marzo de 2015, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-158 del 5 de marzo de 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-699 del 13 de diciembre de 2009, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia SU-891 del 25 de octubre de 2007, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia SU-636 del 31 de julio de 2003, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia SU-1023 del 26 de septiembre de 2001, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-515 del 19 de julio de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-791 del 11 de diciembre de 1998, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-658 del 11 de noviembre de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-299 del 20 de junio de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

Sala Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2016.

**Superintendencia de Sociedades**

Auto No. 2021-01-388203 del 4 de junio de 2021.

Auto No. 400-011407 del 24 de julio de 2017.

Auto No. 2015-01-421256 del 21 de octubre de 2015.

Auto No. 400-001209 del 29 de enero de 2014.

Oficio No. 220-052698 del 7 de marzo de 2023.

Oficio No. 220-001787 del 8 de enero de 2020.

Oficio No. 220-057925 del 25 de abril de 2018.

Oficio No. 220-060144 del 17 de marzo de 2017.

Oficio No. 196110 del 14 de octubre de 2016.

Oficio No. 220-016476 del 15 de marzo de 2012.

Oficio No. 220-017187 del 16 de marzo de 2010.

## NORMATIVIDAD

### **Congreso de la República de Colombia**

Ley 222 del 20 de diciembre de 1995. DO: 42.156.

Ley 550 del 30 de diciembre de 1999. DO: 43.940.

Ley 599 del 24 de julio de 2000. DO: 44.097.

Ley 964 del 8 julio de 2005. DO: 45.963.

Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006. DO: 46.494.

Ley 1429 del 29 de diciembre 2010. DO: 47.937.

Ley 1564 del 12 de julio de 2012. DO: 48.489.

### **Presidente de la República de Colombia**

Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. DO: 33.339.

Decreto 350 del 16 de febrero de 1989. DO: 38.707.

Decreto 1038 del 26 de marzo de 2009. DO: 47.304.

Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020. DO: 51.286.

### **Otras disposiciones**

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI].  
*Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, 2006, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf)

Congreso de la República de Perú. *Ley 27.809 de 2002*, 2002, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/\\$FILE/2\\_LEY\\_27809\\_08\\_08\\_2002.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf)

Felipe VI Rey de España. *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, 2020, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con>