

La necesidad de implementar acuerdos previos de recuperación empresarial en Colombia (*Pre-pack*)

The need to implement pre-packaged business recovery agreements in Colombia (*Pre-pack*)

SEBASTIAN CAMILO MARÍN BARBA¹

ORCID Id: Id: 0009-0005-5262-8005

Docente, Universidad Sergio Arboleda (Bogotá- Colombia)

Abogado y Magíster Universidad Externado de Colombia (Bogotá- Colombia)

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2024

Fecha de aceptación: 12 de junio de 2024

Received: May 3, 2024

Accepted: June 12, 2024

Artículo de Reflexión. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n2.08>

RESUMEN

La regulación concursal alrededor del mundo ha irrumpido en nuevos instrumentos que intentan mitigar los rezagos de la crisis económica producida por la pandemia. Uno de ellos, reafirma el interés recíproco de deudores y acreedores: salvar la empresa sin intervención judicial. Naturalmente, la intervención judicial, aunque garantista, conlleva a que los costos económicos, reputacionales y de riesgo de liquidación aumenten. Podrá requerirse el pago de honorarios de abogados (a); se acrecienta el pánico al interior y exterior de la compañía; la resolución de la crisis es más tardía y ante el fracaso de la reorganización empresarial, deberá procederse con su liquidación. El *pre-pack* es un mecanismo de negociación pre-concursal que alivia los costos y riesgos de insolvencia definitiva y se convierte en un filtro de negociación para el deudor. Sobre todo, cuando se

¹ Abogado y Magíster en derecho privado de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magíster *in diritto commerciale internazionale di la Sapienza Università di Roma*. Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Abogado para procesos de insolvencia en la Superintendencia de Sociedades.

trata de pequeñas y medianas empresas con imposibilidad de asumir costos adicionales para lograr un acuerdo de recuperación. Sus bondades extraídas del derecho comparado, junto con los intentos legislativos en Colombia con la creación de herramientas semejantes, invitan a que se adopten y desarrollen definitivamente en la legislación concursal nacional.

Palabras claves: *pre-pack*; Negociación de Emergencia de Acuerdo de Reorganización (NEAR); Procedimiento de Recuperación Empresarial (PRE); pre-concursal; reorganización empresarial; liquidación empresarial; insolvencia.

ABSTRACT

Bankruptcy regulation around the world has sought new instruments to alleviate the aftermath of the economic crisis caused by the pandemic. One of them ensures the mutual interest of debtors and creditors: saving the company without judicial intervention. Naturally, judicial intervention, while protective, increases the economic, reputational, and liquidation risk costs. In this regard, lawyer intervention may be required; panic within and outside the company intensifies; the resolution could be lengthy, and in the event of a failed corporate restructuring, liquidation must proceed. The *pre-pack* is a pre-insolvency negotiation mechanism that alleviates the risks of definitive insolvency and becomes a negotiation filter for the debtor, especially for small and medium-sized enterprises unable to bear additional costs to achieve a recovery agreement. Its benefits drawn from comparative law, along with legislative efforts in Colombia involving the creation of similar tools, suggest that they should be definitively adopted and developed in national insolvency legislation.

Key words: *pre-pack*; Negociación de Emergencia de Acuerdo de Reorganización (NEAR); Procedimiento de Recuperación Empresarial (PRE); pre-insolvency negotiation; business liquidation; Bankruptcy.

INTRODUCCIÓN

Recientemente, en la edición del 3 de abril de 2024 del periódico LA REPÚBLICA (Colombia) en cita de Bloomberg Business News, se informó el aumento del 43% de quiebras en los Estados Unidos en los primeros tres meses de 2024, en comparación con el mismo trimestre del año inmediatamente anterior.

A su vez, se mencionó que:

“Al menos tres de los casos (un fabricante de ventanas respaldado por SoftBank y dos empresas de telecomunicaciones) negociaron acuerdos con prestamistas antes de declararse en quiebra. Este tipo de acuerdos previos a la quiebra se han convertido en un estándar en las reestructuraciones corporativas y están diseñados para reducir costos y reducir el tiempo que una empresa debe permanecer bajo supervisión judicial”²

Los acuerdos previos a la quiebra se denominan *pre-pack* y procuran la enajenación rápida de unidades productivas de empresas en situación de insolvencia a fin de evitar la pérdida de valor de sus activos.

Esta figura implica una suerte de escenario pre-concursal en los que no hay intervención judicial ni las eventuales consecuencias de liquidación por su fracaso. Por ello, se convierten en un instrumento óptimo para reducir costos, el tiempo bajo supervisión y para sondear una futura negociación en un proceso concursal judicial.

A pesar del origen atávico en el derecho norteamericano bajo la denominación de *Pre-Packaged Plan* (Chapter 11), la implementación en otros ordenamientos jurídicos es incipiente o nula: por un lado, en la Unión Europea se ha venido desarrollando por medio de la Directiva (UE) 2019/1023; y en Latinoamérica no se tienen registros sobre el particular³, salvo, una figura relativamente similar en Chile y otra en Colombia con la interesante implementación de los NEAR⁴ y PRE⁵ de los decretos de emergencia 560, 772 y 842 de 2020 recientemente derogados.

En los mencionados decretos de emergencia, surgieron fuzazmente dos mecanismos aparentemente pre-concursales: por un lado el NEAR, y por otro, el PRE. Este binomio, con tintes de trámites similares al *pre-pack* tuvieron un éxito demostrado estadísticamente por haberse destinado inicialmente a pequeñas y medianas empresas.

Sobre el particular, el Atlas de Insolvencia en Colombia: Datos y Cifras de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, con corte a diciembre de 2023, detalló que las solicitudes de empresas para acogerse a la Ley 1116 de 2006 (Estatuto de Insolvencia) aumentaron 15.2% en 2023 en comparación con el mismo periodo de 2022 (con 1.219 solicitudes). A cierre del 2023, los procesos de insolvencia empresarial alcanzaron los 1.420, que, curiosamente, fueron mayores en cotejo con los años de pandemia (2019 con 1.272, 2020 con

2 Editorial La República S.A.S, “Las Quiebras Empresariales Aumentan a Medida Que Se Acelera La Lenta Ola de Fracasos,” Diario La República, Abril 3, 2024, <https://www.larepublica.co/globoeconomia/las-quiebras-empresariales-aumentan-a-medida-que-se-acelera-la-lenta-ola-de-fracasos-3833205>.

3 Los acuerdos previos al concurso en Latinoamérica se han intentado, pero sin desarrollo y éxito suficiente. La Ley 25589 de 2002 de la República Argentina creó el ‘Acuerdo Preventivo Extrajudicial’ que buscaba un convenio previo al concurso para posteriormente someterse a validación judicial. Entre sus características relevantes estaba la negociación por categorías.

4 Negociación de Emergencia para un Acuerdo de Reorganización (NEAR).

5 Procedimiento para la Recuperación Empresarial (PRE).

1.292 y 2021 con 1.193). Entre estos, los iniciados bajo los procesos NEAR y PRE representaron 10.42% (148 solicitudes distribuidas en 134 NEAR y 14 PRE).

Sin perjuicio de los 10.42% de procesos bajo NEAR y PRE a cierre de 2023, con la sentencia de constitucionalidad C 390 de octubre de 2023 que declaró inexecutable la prórroga de los decretos de emergencia 560 y 772 de 2020 y estas figuras, se puso un alto a la continuación de los trámites que pudieron representar un porcentaje mayor en la estadística. Precisamente, porque fueron alternativas que se pensaron para conjurar la inminente crisis empresarial de MiPymes, las cuales constituyen cerca del 95% del total de compañías en Colombia.⁶

En esta investigación se procurará rescatar las bondades de los acuerdos previos de recuperación empresarial. Para ello, se analizará su desarrollo en otros ordenamientos jurídicos, sus similitudes con las figuras traídas por los decretos de emergencia 560 y 772 de 2020, y su conveniencia en la reincorporación en la legislación nacional.

La investigación se desarrollará en 3 capítulos: el primero sobre el *pre-pack* en el derecho internacional; el segundo, sobre los antecedentes y bondades del NEAR y PRE en Colombia y sus semejanzas con el *pre-pack*; para culminar, con las recomendaciones y/o sugerencias de su implementación definitiva en la legislación concursal en Colombia.

EL *PRE-PACK* EN EL DERECHO INTERNACIONAL (ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA EN APLICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO)

En cita de Aurelio Gurrea-Martínez:

“El uso del pre-pack como una herramienta de reestructuración ha sido comúnmente utilizado en el Reino Unido y los Estados Unidos. No obstante, recientemente varias jurisdicciones alrededor del mundo, incluidos Singapur, India, España, los Países Bajos y Filipinas han promocionado esta figura.”⁷

6 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo “Colombia Cerró 2023 Con Número Histórico de Empresas Activas | MINCIT,” MINCIT, 2023, <https://www.mincit.gov.co/prensa/noticias/industria/colombia-cerro-2023-con-historico-empresas-activas#:~:text=Colombia%20cerr>.

7 “The use of pre-packs as a restructuring tool has been traditionally popular in the United Kingdom and the United States. In recent years, however, several jurisdictions around the world, including Singapore, India, Spain, the Netherlands, and the Philippines have promoted the use of pre-packs.” Aurelio Gurrea-Martínez, “The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy,” *European Business Organization Law Review* 24, no. 1 (Noviembre 9, 2022): 93–116, <https://doi.org/10.1007/s40804-022-00261-3>.

Bajo la legislación norteamericana, el *pre-pack* se ha entendido como un procedimiento de negociación de deudas previo a la declaratoria de insolvencia del deudor⁸.

César Gilo Gómez agrega sobre este punto:

*"En este caso, existen distintas fórmulas de materializar el Pre-Pack: bien en una negociación del deudor con sus acreedores antes de acudir al Chapter Eleven para contar con los votos favorables para que la venta sea realizable, o bien mediante la presentación de un Chapter Eleven para alcanzar en el seno del procedimiento judicial el voto favorable de los acreedores para conseguir la venta."*⁹

Adicionalmente, se ha caracterizado por ser un mecanismo expedito con solución en meses a diferencia del tradicional *Chapter 11* que se logra en años. El caso de Bear Parent Inc. (Belk, Inc.) es un claro ejemplo de ello: el 23 de febrero de 2021, se presentó una solicitud de admisión al Capítulo 11 del Código de Quiebras de los Estados Unidos ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Texas. La propuesta fue un plan pre-empaquetado de reorganización que reestructuró millones en deudas, dejando los aspectos operativos de los negocios de los deudores, los arrendamientos y contratos, las obligaciones con proveedores, clientes y empleados sin afectar. En menos de 24 horas, se estudió el caso y el tribunal de quiebras emitió órdenes confirmando el plan de reorganización.¹⁰

En efecto, durante el periodo de negociación, una empresa puede identificar los contratos que asumirá o rechazará y en última instancia elaborar un plan empresarial realista para su propia recuperación o reorganización futura de modo tal que sea creíble su continuación a los ojos de los acreedores anteriores a la insolvencia, y de los prestamistas pos-concursales¹¹.

En los Estados Unidos se ha diferenciado el *pre-pack* del denominado "*pre-arranged*", pues mientras el primero busca una solución previa expedita negociada de las deudas, el segundo implica una propuesta que será

8 A prepackaged bankruptcy is a Chapter 11 bankruptcy in which the debtor negotiates the terms of and solicits votes on a plan of reorganization before it files its Chapter 11 bankruptcy petition. In theory, the case is "prepackaged" because all debtor creditor and intercreditor disputes are resolved and all necessary votes are solicited before the debtor files its bankruptcy petition. Ideally, only the procedural steps required to confirm the plan remain in the bankruptcy proceeding. Jacob, Moses. *The Prepackaged Bankruptcy Strategy, Practical Law Practice Note 9-503-4934*. Thomson Reuters. 2022.

9 César Gilo Gómez, "Pre-Pack Concursal Y Derecho Comparado," *Estudios de Deusto* 69, no. 2 (Diciembre 27, 2021): 111–21, [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121).

10 "A Comparative Look at Pre-Packs in Selected Jurisdictions SPECIAL REPORT Special Report 1," 2023, <https://www.careyolsen.com/sites/default/files/uploads/Special-Report-Pre-packs-Cayman%20Islands.pdf>.

11 Véase: Héctor José Miguens, "El Proceso Concursal Extrajudicial Previo En El Código de Quiebras de Estados Unidos (El 'Prepackaged Chapter Eleven' Del U.S. Code)," *Dikaion* 27, No. 2 (octubre 26, 2018): 231–81, <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.3>.

convalidada con posterioridad. En otras palabras, en el “pre-arranged” la empresa y sus acreedores significativos acuerdan los términos del plan de reorganización antes de presentar la petición ante el Tribunal, pero en el *pre-pack* ya han agotado la votación, es decir, ya les sería vinculante.

Se ha considerado que, si bien, un *pre-pack* minimiza la interrupción del negocio y la necesidad de asumir honorarios profesionales, es impracticable para un negocio en dificultades que requiere una reestructuración de sus operaciones, o que no puede pagar a los acreedores no garantizados en su totalidad. En otras palabras, es un mecanismo para solventar deudas puntuales que no involucran la totalidad del giro ordinario de los negocios del deudor¹².

Por su parte -como se verá más adelante- la Directiva 2019/1023 del parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 estableció los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia fuera inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor. Recomendaciones que han influido positivamente en legislaciones internas de la Unión Europea como es el caso de España, los Países Bajos e Italia¹³.

Para el caso de España, por ejemplo, los JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA de 20 de enero de 2021 adoptaron una serie de directrices para la implementación del *pre-pack* con fundamento en la premisa de que:

“La práctica en los procesos de venta de unidades productivas en sede concursal ha demostrado que hay casos en los que la completa tramitación de dicho proceso en sede judicial, el respeto de unos plazos y formas procesales, así como el necesario examen y toma de contacto de la administración concursal con el deudor, exigen unos mínimos tiempos que no son siempre compatibles con el mantenimiento de puestos de trabajo, y la actividad, estructuras y activos empresariales, cuyo valor se ve deteriorado rápida e irremediamente a partir de una declaración del concurso de acreedores.”¹⁴

Las directrices en mención desarrollaron especialmente las recomendaciones de la UE sobre la venta de la empresa como unidad de producción económica a efectos de evitar la pérdida de su valor por la inminente insolvencia. Para ello, tanto las encomiendas supranacionales como los

12 Ibidem.

13 “El procedimiento holandés guarda semejanzas con el establecido en Reino Unido, diferenciándose ambos por la figura del «silent trustee», un administrador concursal solicitado por el deudor y con la aprobación del Juzgado, para que se encargue de la fase preparatoria de la venta del conjunto de sus activos.” César Gilo Gómez, “Pre-Pack Concursal Y Derecho Comparado,” *Estudios de Deusto* 69, no. 2 (Diciembre 27, 2021): 111–21, [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121). Véase también: Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019.

14 Véase en: “JUZGADOS MERCANTILES DE BARCELONA PRE-PACK CONCURSAL: DIRECTRICES PARA EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN,” n.d., <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-noticias/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE-PACK-CONCURSAL-JJMM-BARCELONA.pdf>.

juzgados de lo mercantil en Barcelona aclararon que, con la solicitud de admisión al mecanismo, el deudor deberá acompañar el informe final de un experto independiente o administrador en materia de reestructuración, con las propuestas finales de implementación de compras vinculantes de toda la empresa, unidades productivas o de negocio¹⁵.

La Ley Concursal 16/2022 española, a partir del artículo 583, regula los escenarios pre-concursales en los que se destaca el artículo 599 y 600 sobre la imposibilidad de iniciar y continuar los trámites ejecutivos en contra del deudor por el periodo de negociación por 3 meses; e inclusive, sobre garantías reales cuando los bienes sean necesarios para la continuidad económica del deudor (art. 603). Asimismo, la obligación de iniciar un concurso judicial cuando transcurridos 3 meses desde la comunicación, el deudor no haya alcanzado un plan de reestructuración (art. 611).

Daniel Rodríguez Ruíz De Villa expone las siguientes bondades de la venta de unidades productivas previo al proceso concursal en el marco de la legislación española:

"La situación que se acaba de referir es muy importante desde una perspectiva práctica ya que la misma permite que la venta de una unidad productiva preempaquetada en un concurso español pueda ser un mecanismo de reestructuración concursal del deudor por dos vías alternativas:

i) La primera sería, por ejemplo, la de la venta de una o varias unidades productivas de un deudor singular o de un deudor integrado en un grupo de empresas como mecanismo para permitir la recuperación de la solvencia de tal deudor y/o del grupo por la vía de, por ejemplo, desprenderse de una unidad productiva deficitaria en condiciones tales que le permitiese evitar una insolvencia inminente generada por tal unidad productiva. Es más, también podría utilizarse la venta de una unidad productiva exitosa como instrumento de generación de caja para reestructurar otras unidades productivas deficitarias y salir, así, de la insolvencia inminente y evitar una futura próxima insolvencia actual.

ii) Y la segunda sería la de utilizar la venta de la unidad productiva como instrumento para obtener la aprobación de un convenio concursal o incluso como parte de un convenio concursal que permitiese la continuidad de la actividad empresarial del deudor con el resto de unidades productivas no vendidas en el seno de su concurso."¹⁶

El *pre-pack* en el derecho internacional, en legislaciones como la norteamericana y la española funciona con un propósito bifronte: por un lado, la negociación previa de obligaciones, y por otro, la opción de venta de activos. Todo bajo un escenario expedito de renegociación.

15 *Ibidem*.

16 Daniel Rodríguez Ruiz De Villa, "JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y PRE-PACK: HACIA UN PRE-PACK REESTRUCTURADOR PRECONCURSAL," *Revista Jurídica de Asturias*, no. 46 (Septiembre 29, 2023), <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/view/20281/15906>. : 223-246.

Las diferencias, a su vez, son sutiles: en países como los Estados Unidos el término implica una nueva estructura financiera más adecuada para su generación actual de flujos de efectivo, lo que conlleva a que el deudor pueda valerse de la decisión unilateral de continuar o no con ciertos contratos estratégicos para su negocio (*fresh start*); además, bajo una negociación segmentada que no abarca a todos los acreedores¹⁷. En España se ha direccionado, más que todo, a una forma de rescate empresarial a través de la venta de activos con el objetivo de permitir la continuidad de las operaciones comerciales.¹⁸

Naturalmente, de sus ventajas se desprenden sus falencias: se ha considerado que algunos riesgos se cimientan a partir de la falta de transparencia cuando los acreedores se sienten excluidos del proceso si no tienen la oportunidad de aprobar o rechazar el plan de *pre-pack*. También, por el afán de venta de activos cuando se ejecuta por debajo del precio justo en el mercado, lo que a su vez repercute en la desconfianza en la integridad del proceso previo o posterior de insolvencia, y de un eventual abuso de la figura en desnaturalización de los objetivos de rescate en detrimento de los intereses de los acreedores.

Para mitigar estos riesgos, algunas legislaciones han adoptado estrategias de mayor control. Es el caso –anteriormente citado– de España con la intermediación de un administrador experto que rinde informes permanentes al juez de la insolvencia sobre la estrategia de venta de activos; o, sobre la obligación de acudir a un proceso concursal judicial en caso de fracaso de la negociación pasados los 3 meses. Asimismo, en cuanto a la negociación segmentada con algunos acreedores, se ha optado por la representación de por lo menos todos aquellos que integran esa categoría y su votación en mayoría simple¹⁹.

Valga la pena resaltar que el *pre-pack* se ha utilizado especialmente para la reestructuración de pequeñas empresas que consecuencialmente conlleva a la

17 “En todo caso, el Juez del proceso puede confirmar un plan de reorganización aún sin que cuente con las mayorías exigidas en la ley a través del mecanismo “cramdown” cuando compruebe que el mismo cumple los requisitos de la sección 1129(a) del Código de Bancarrota. Lo anterior supone que (i) el acuerdo está aprobado por al menos una clase de acreedores afectados (*impaired classes*), (ii) que el plan no discrimina injustamente a ningún acreedor y (iii) es justo y equitativo. Estas reglas tienen por finalidad que no se desconozcan los derechos de los acreedores que gozan de privilegios y, en caso de modificar su privilegio, se otorgue una protección adecuada en los términos de la sección 361 del Código de Bancarrota”.

Susana Hidvegi, *Adquisición de empresas en insolvencia*. *Revista actualidad concursal del Instituto colombiano de derecho concursal*. 2021: 40. https://www.derechoconcursal.org/images/revista/REVISTA_ICDC_2021_final.pdf

18 Véase: Aurelio Gurrea-Martínez, *The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy*. *Eur Bus Org Law Rev* 24, 93–116 (2023). <https://doi.org/10.1007/s40804-022-00261-3>

19 Legislaciones como la española, todavía no contemplan lo que en Colombia se denomina ‘categorías’ de acreedores en diferencia a las clases de acreedores de los artículos 2495 y siguientes del Código Civil.

renegociación de pequeñas acreencias que requieren una solución expedita. En lugares como la India o el Reino Unido se ha evidenciado que son este tipo de empresas las de mayor concurrencia.²⁰

La negociación segmentada con acreedores; el trimestre de negociación; la suspensión de trámites ejecutivos; la destinación a pequeñas y medianas empresas, son características que el *pre-pack* comparte con algunas figuras traídas por el ordenamiento jurídico colombiano como se verá a continuación.

LOS MECANISMOS PRECONCURSALES EN COLOMBIA: LOS NEAR Y PRE

El Gobierno de la República en su intención de conjurar la crisis económica producida por la pandemia Covid-19, expidió los decretos legislativos 560 y 772 de 2020. El segundo tuvo como consideraciones –entre otras- las siguientes:

“Que los procesos de insolvencia son fundamentales para la economía, pues permiten la protección de empresas viables como fuentes generadoras de riqueza y de empleo, así como la protección del crédito y la realización pronta y ordenada de los activos de aquellas que son inviables.

*Que mediante el Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020 se adoptaron medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica.”*²¹

Por otro lado, las consideraciones del decreto 560 de 2020 fueron entre otras, las siguientes:

20 In some countries, such as India, the pre-pack is a restructuring tool only available to MSMEs. In most of the jurisdictions allowing pre-packs, however, this restructuring mechanism can be used by any company. Some empirical studies in the United Kingdom have shown that pre-packs are frequently utilised by MSMEs, with relatively small asset value, incorporated between 5 to 15 years prior to entering administration, with secured indebtedness of under £250,000, 54 and with an unsecured indebtedness below £500,000. Therefore, at least in the United Kingdom, the data indicates that a pre-pack is generally used by small and relatively young enterprises.” *Ibíd.*

21 El incentivo legislativo colombiano tuvo como base la igualmente reglamentación que sobre el particular se implementó en otras latitudes como los Estados Unidos. Curiosamente, previo a la restricción de movilidad alrededor del mundo hacía marzo de 2020, para inicios de febrero del mismo año, los pequeños negocios que acudían a la protección del “Chapter 11” tenían que cumplir con todos los requisitos de esa reglamentación, lo cual resultaba costoso y contraproducente para lograr recuperarse. Así fue como, el Congreso de Estados Unidos enmendó el Código de Bancarrota para añadir un Sub-Capítulo V al Chapter 11, exclusivamente para negocios cuyas deudas no sobrepasaran los 7,5 millones de dólares. Esta reforma se tramitó por el Congreso de los Estados Unidos, se firmó por el presidente el 19 de agosto de 2019 y entró en vigencia el 19 de febrero de 2020 Véase: en la página oficial del Congreso de los Estados Unidos en <https://www.congress.gov/search?q=%7B%22congress%22%3A%5B%22118%22%5D%2C%22source%22%3A%22all%22%2C%22search%22%3A%22Subchapter+V+of+Chapter+11+of+the+Bank+rptcy+Code%22%7D>

“Que la duración promedio de un proceso de reorganización ordinario es de 20 meses entre la fecha de inicio y la confirmación del acuerdo de reorganización, términos que no resultan apropiados para resolver una situación de emergencia económica como la actual. Que para reducir el término de duración del proceso de reorganización se requiere contar con procesos extra-judiciales, con menos etapas e intervención judicial, en los cuales el deudor, en un término de tres meses, determine con sus acreedores los mecanismos para resolver la situación de insolvencia.”
(Subrayado y negrilla propia).

En efecto, para materializar la consideración precedente, los artículos 8 y 9 del decreto crearon los NEAR y PRE. En cuanto al primero, fue catalogado como una negociación de emergencia con duración máxima de 3 meses, para que una vez celebrado, debiera presentarse al juez del concurso a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos traídos por el estatuto general de insolvencia (Ley 1116 de 2006) y lograr su confirmación, pero con la particularidad de poder ser negociado parcialmente con algunas de las categorías de acreedores del artículo 31 del estatuto.²²

Nótese que la mención a ser la negociación posteriormente presentada al juez del concurso para su confirmación deducía una suerte de proceso mixto pre-concursal con una intervención judicial mínima que solamente verificaría el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 1116 de 2006. Con esta figura entonces, se resolvía –aparentemente– no solamente el problema de las consideraciones del decreto legislativo en cuanto a la tardanza de los procesos de reorganización (20 meses en promedio) de cara a la inminente crisis económica, sino también, incentivaba la negociación pre-concursal, y creaba nuevas figuras en el ordenamiento jurídico de fácil acceso por carecer de una intervención judicial predominante²³.

La misma idea se siguió con los PRE. El artículo 9 del decreto 560 de 2020 los catalogó como un proceso de recuperación librado ante las cámaras de comercio que podían ser posteriormente validados ante el juez del concurso. En igual sentido, se evitaba la intervención judicial y se promovía la negociación entre el deudor y sus acreedores con la presencia de un mediador, *ergo*, el protagonismo de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

En palabras de Juan José Rodríguez Espitia:

“Como se aprecia en los considerandos del Decreto 560, es clara la orientación de la nueva regulación hacia mecanismos negociales para el manejo de la crisis, y que se concretan en: i) una negociación de emergencia con miras a celebrar un acuerdo de reorganización, o ii) un procedimiento de reestructuración empresarial ante las cámaras de comercio. Esa circunstancia evidencia que el interés del legislador extraordinario es que las partes definan rápidamente y

22 Véase: artículo 7 del decreto 842 de 2020.

23 Véase: Eric, Rodríguez-. *Decreto legislativo 560, una medida importante para la crisis empresarial*. Revista actualidad concursal del Instituto colombiano de derecho concursal. 2021: 40. https://www.derechoconcursal.org/images/revista/REVISTA_ICDC_2021_final.pdf

sin necesidad de la presencia de un juez los términos y condiciones en que se atenderán las obligaciones, lo cual, dicho sea de paso, se ajusta a las tendencias modernas en la materia (entre otras, a la directiva sobre insolvencia de la comunidad económica europea de reciente expedición) y al reconocimiento de que la crisis es un problema fundamentalmente de contenido económico."²⁴

Son numerables las particularidades en la directiva europea y de sobre manera en cada una de las legislaciones de los países miembros. Este instrumento de *soft law* para Colombia, guarda cierta relación con los NEAR y PRE: establecen un escenario previo al concurso; un término máximo de duración (3 meses); la posibilidad de suspender los procesos ejecutivos y de cobro coactivo; la intervención de un administrador, que para el caso colombiano y más específicamente en el PRE se materializó en la figura del mediador; y entre otras.

Asimismo, relevantes diferencias entre las cuales huelga resaltar la del numeral 1 del artículo 611 de la Ley Concursal española cuando obliga iniciar el concurso por el fracaso de la negociación previa. A diferencia de lo ocurrido en Colombia, durante la vigencia de los decretos de emergencia, el fracaso del NEAR y PRE conllevaban a no poder iniciar el mismo procedimiento durante el año siguiente a su culminación, pero nunca la obligación de proceder al concurso judicial.²⁵

24 Juan José, Rodríguez. *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Bogotá D.C. (Colombia). Universidad Externado de Colombia. 2021. P.8.

La directiva europea señalada por el profesor Rodríguez Espitia –tal y como se detalló en el acápite anterior- ha hecho mella en diversos países del viejo continente. El libro segundo de la Ley Concursal en España, luego de una serie de reformas iniciadas desde el 2022, consagró como presupuesto objetivo para acceder al escenario pre-concursal la probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual (Art. 584), entendiéndose por probable insolvencia aquella objetivamente previsible que, de no alcanzarse a un plan de reestructuración, el deudor no podría cumplir regularmente sus obligaciones que vencieran en los próximos dos años (Art. 585). Además, el artículo 601 permitió suspender las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional hasta que transcurrieran tres meses desde la comunicación elevada por el deudor de iniciar la negociación pre-concursal.

Valga anotar que la intención del deudor insolvente en acceder al mecanismo pre-concursal debería comunicarse a la autoridad judicial competente quién le validaría a través de una resolución susceptible de impugnación (Art. 590).

El numeral 1 del artículo 611 añadió que: "Transcurridos tres meses desde la comunicación, el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual."

En complemento, según la Directiva Europea, se previó la intervención de un experto independiente en el proceso quién tendría como función diseñar la fase previa al concurso en cuanto a la negociación y venta de activos. Sin embargo, la directiva no especificó el perfil, dejando en manos de los países miembros las calidades y cualidades del interventor.

25 Decreto 560 de 2020. ARTÍCULO 10. FRACASO DEL TRÁMITE O PROCEDIMIENTO. En el evento del fracaso de la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización o del procedimiento de recuperación empresarial, se dará por terminado, y el deudor no podrá intentar ninguno de estos trámites o procedimientos dentro del año siguiente de terminación de los mismos. No obstante, el deudor podrá solicitar la admisión a un proceso de insolvencia en los términos de la Ley 1116 de 2006 o el régimen que le resulte aplicable.

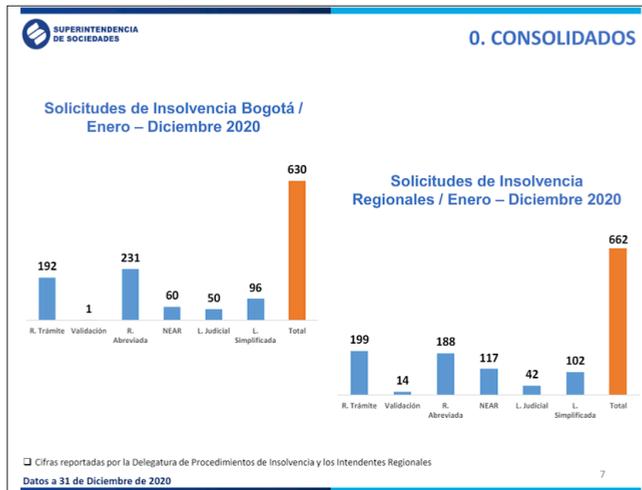
Ahora bien, tal y como fue calificado en la introducción del presente documento, los NEAR y PRE tuvieron una vigencia fugaz. Su nacimiento se remonta a junio de 2020 con los pluricitados decretos de emergencia 560, 772 y 842 del mismo año y derogados a partir de octubre de 2023, es decir, una duración de escasos 3 años y 4 meses aproximadamente.

Naturalmente, y mucho más, bajo un escenario de zozobra producido por la pandemia, la utilización de nuevas figuras jurídicas suele tardar un tiempo considerable. Es el día en el que todavía, se hace mención antitécnica al Código de Procedimiento Civil a pesar de la vigencia del Código General del Proceso desde el año 2012, y se sigue discutiendo el alcance de la ley de garantías mobiliarias, aunque haya cumplido recientemente una década (Ley 1676 de 2013)²⁶.

Las estadísticas demostraban que, los NEAR y PRE, aunque relativamente escasos en su utilización en comparación con los procesos tradicionales de insolvencia, marcaron en promedio una tendencia alcista o lateral –sin variación- desde su vigencia.

De acuerdo con el Atlas de Insolvencia en Colombia: Datos y Cifras de la superintendencia de sociedades con corte a diciembre de 2020 (primer año parcial de vigencia), las solicitudes por NEAR y PRE alcanzaron 192 de 1.292 peticiones de insolvencia en total (Ver Tabla 1). Para el mismo periodo en el 2021, subieron a 222 de 1.193 solicitudes totales (Ver Tabla 2).

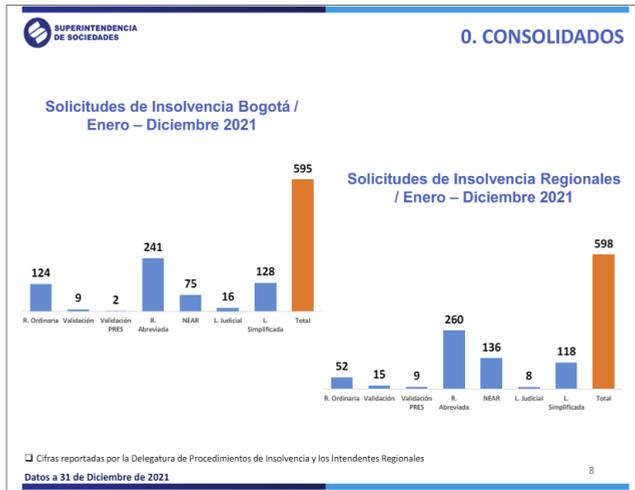
TABLA 1



La negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización no podrá adelantarse simultáneamente con el procedimiento de recuperación empresarial.

26 Véase: Oscar, Salamanca. *Diez años para ejecutar una garantía*. Revista actualidad concursal del Instituto colombiano de derecho concursal. 2024. https://www.derechoconcursal.org/images/revista/REVISTA_ICDC_5a-2_EDICION_2024.pdf

TABLA 2



Para el 2022, bajaron a 152 de 1.219 solicitudes totales (Ver Tabla 3), y, para el 2023 (advirtiendo su inconstitucionalidad desde octubre) tuvieron nuevamente una tendencia bajista a 148 procesos de 1.420 totales (Ver Tabla 4). Es decir, que, desde su vigencia, se tramitaron en promedio 178.5 NEAR y PRE por año, lo que comportó un interés continuo de los usuarios por explorar estas nuevas figuras a pesar de una relativa disminución en las solicitudes para los últimos dos años.

TABLA 3



TABLA 4



En cuanto a los principales retos no desarrollados de los NEAR y PRE, se pueden extraer los siguientes:

LA NEGOCIACIÓN PARCIAL Y NO UNIVERSAL CON LOS ACREEDORES

Los NEAR y PRE compartían en común la posibilidad de librar una negociación con algunas de las categorías de acreedores establecidas en el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.²⁷

Los efectos derivados del inicio de la negociación, en el evento en que fuese parcial con solamente alguna(s) de las categorías de los acreedores, cobijaría a estos exclusivamente, lo que se compadece con la teoría general del contrato en su efecto relativo que vincula a quienes han prestado su consentimiento. Por otro lado, de celebrarse con todas las categorías de los acreedores, se mantenía la lógica concursal de asumir lo que la pluralidad de los acreedores decidiera, es decir, lograr la mayoría simple de ellos equivaldría a que todos quedaran sometidos a lo plasmado en la negociación, sin perjuicio del derecho de los acreedores garantizados.

27 El artículo 7 del decreto 842 de 2020, regulatorio del 560 y 772 del mismo año, estableció a su tenor: **“Artículo 7. *Votación y efectos dentro de la negociación de emergencia de los acuerdos de reorganización y el procedimiento de recuperación empresarial por categorías de deudores.* En el evento en el que el deudor negocie un acuerdo de reorganización o adelante un procedimiento de recuperación empresarial con una o varias de las categorías establecidas en el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, la suspensión y la imposibilidad de admitir procesos ejecutivos, de restitución de bienes del deudor con los cuales desarrolle su actividad por mora en los cánones, de jurisdicción coactiva y de cobro en contra del deudor, únicamente se aplicará respecto de la categoría o categorías respectivas. El acuerdo celebrado con una o varias categorías deberá ser aprobado por cada categoría, por la mayoría simple, la cual se entiende como la mayoría de los votos de la categoría correspondiente, sin contar con los votos de los acreedores internos y de los vinculados. **En el evento en que el acuerdo incluya todas las categorías de acreedores del deudor, las reglas de votación serán las mismas señaladas en el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.** Durante el procedimiento de recuperación empresarial, el mediador deberá hacer todos sus esfuerzos para acercar al deudor y los acreedores y lograr fórmulas de acuerdo, al igual que apoyar al deudor para elaborar la calificación de créditos y determinación de los derechos de votos y las condiciones y términos del acuerdo.”** (Subrayado y negrillas propias).

Aunque resulta llamativa y beneficiosa la figura de la negociación parcial, las reglas de la experiencia concursal indican que los deudores suelen reorganizar sus obligaciones con acreedores recurrentes personificados en instituciones financieras, las cuales, en muchas de las veces no suelen aprobar las ofertas de renegociación de sus deudores, a menos que sean propuestas por ellas mismas. Si la habilitación de la negociación parcial es natural, esencial, característico, distintivo y propio del NEAR y PRE, la imposibilidad de lograrlo con acreedores recurrentes como lo serían las instituciones financieras, muta en un escenario lóbrego que no logra los objetivos de estos mecanismos.

Sobre el particular, la Directiva de la Unión Europea 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sugirió en el numeral 34 del documento que:

“(34) Una suspensión de ejecuciones singulares podría ser de carácter general, por afectar a todos los acreedores, o podría aplicarse únicamente a algunos acreedores o categorías de acreedores concretos. En circunstancias bien definidas, los Estados miembros deben poder excluir del ámbito de aplicación de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, como los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes una suspensión provocaría un perjuicio injusto, por ejemplo a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías.” (Subrayados y negrillas propias).

Y el numeral 47:

“(47) La normativa nacional debe establecer las mayorías necesarias para garantizar que una minoría de las partes afectadas en cada categoría no pueda obstaculizar la adopción de un plan de reestructuración que no supone una reducción injustificada de sus derechos e intereses. Sin una norma mayoritaria vinculante para los acreedores garantizados disidentes, la reestructuración temprana no sería posible en muchos casos, por ejemplo cuando resulta necesaria una reestructuración financiera pero la empresa es sin embargo viable. Para garantizar que las partes puedan expresar su opinión sobre la aprobación de planes de reestructuración que sea proporcionada a sus participaciones en la empresa, la mayoría requerida debe basarse en el importe de los créditos de los acreedores o de los intereses de los tenedores de participaciones de una categoría determinada. Los Estados miembros deben poder exigir, además, una mayoría en el número de partes afectadas en cada categoría. Los Estados miembros deben poder establecer normas en relación con las partes afectadas con derecho a voto que no ejerzan dicho derecho de manera correcta o que no estén representadas, como aquellas normas que permitan tomarlas en consideración para el umbral de participación o para el cálculo de una mayoría. Los Estados miembros también deben poder establecer un umbral de participación para la votación.” (Subrayado y negrillas propias).

Las recomendaciones precedentes –de soft law– se acataban según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7 del decreto 842 de 2020 cuando mencionaba que *El acuerdo celebrado con una o varias categorías deberá ser aprobado*

por cada categoría, por la mayoría simple, la cual se entiende como la mayoría de los votos de la categoría correspondiente. Es decir, que, si la deudora quisiera negociar la categoría de instituciones financieras, tendría que aprobarse con la mayoría simple de estas en representación de su capital.

A esto se agrega, de la experiencia norteamericana, la posibilidad que tiene el deudor de asumir o rechazar unilateralmente los contratos que paralizen su actividad económica—inclusive los financieros—y negociar con los acreedores cuánta deuda podrá ser dada por cancelada o perdonada para que pueda sobrevivir. También, la posibilidad de elaborar un plan empresarial realista para su propia recuperación futura de modo tal que sea creíble su continuación.²⁸

Se verá en el capítulo siguiente que, existió en Colombia un muy importante antecedente normativo que resolvía este asunto a través de las reestructuraciones extraordinarias con instituciones financieras.

EL INCUMPLIMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN.

Los PRE en especial, configuraban un asunto puramente extrajudicial que no necesariamente se sometía a la verificación del juez del concurso a diferencia de lo que sucedía con el NEAR.

Los incisos 7 y 8 del artículo 9 del decreto 560 de 2020 sobre el PRE, eran claros al decir que una vez culminada la mediación con la celebración del acuerdo, este podría ser presentado a una validación ante el juez del concurso para extender los efectos del acuerdo celebrado y decidir acerca de las objeciones y observaciones de los acreedores que votaron negativamente o se abstuvieron de participar en la mediación.

De no perseguirse la extensión de los efectos del acuerdo, el PRE se agotaba en una etapa extrajudicial en la que solamente vinculaba a los suscribientes, de suerte que adquiriría las características propias de un contrato privado. Contrario a esta apreciación, Álvaro Isaza Upegui consideraba que la validación ante el juez era mandatorio en la medida en que el inciso 3 del artículo 11 del decreto 842 de 2020 establecía que *“La cámara de comercio ante la cual se adelantó el procedimiento de recuperación empresarial remitirá al Juez del Concurso todo el expediente del procedimiento mediante el uso de mecanismos virtuales que se establezcan para tal fin. En caso de no contar con los medios virtuales de envío o recepción, el deudor deberá remitir la copia del expediente.”*²⁹

28 Héctor José Miguens, “El Proceso Concursal Extrajudicial Previo En El Código de Quiebras de Estados Unidos (El ‘Prepackaged Chapter Eleven’ Del U.S. Code),” *Dikaion* 27, no. 2 (octubre 26, 2018): 231–81, <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.3>.

29 Véase: Álvaro Isaza, Derecho concursal de emergencia: normatividad por Covid-19. (Bogotá D.C: Legis. 2021).

Rodríguez Espitia, sin embargo, advirtió sobre el particular lo siguiente:

*"Partiendo de dicha premisa, la pregunta obligada en este caso es si la fuerza vinculante del acuerdo se da con su celebración o si requiere cumplir una exigencia adicional. En esta parte conviene tener en cuenta que la reglamentación consagra dos previsiones: la primera según la cual, "... El acuerdo de recuperación será obligatorio para el deudor y los acreedores que lo votaron favorablemente", lo que implica que en este caso la fuerza vinculante proviene o se deriva de la expresión de la voluntad y no de la confirmación del juez, y la segunda, conforme a la cual "... El acuerdo podrá ser sometido a la validación judicial para la extensión de sus efectos a ausentes y disidentes", lo que permite entender o considerar que la validación judicial es potestativa, y en esa medida solo se producirá si el deudor decide tramitarla, lo cual significa, por tanto, que si el deudor no lo hace el acuerdo solo es vinculante para los acreedores que consintieron en él."*³⁰

El desarrollo precario y el deceso prematuro del PRE no permitió librar esta interesante situación: el incumplimiento del PRE celebrado ¿implicaba una responsabilidad de orden contractual?; ¿conllevaba a alguna consecuencia de orden concursal?; ¿no tenía consecuencias?

Desde la órbita contractualista sería lógico cimentar la responsabilidad a partir del daño por incumplimiento del contrato. Por ello, no sería atrevido afirmar que esa responsabilidad podría ser perfectamente indemnizada a través de un proceso judicial no concursal. No obstante, siguiendo el derrotero advertido por Isaza Upegui y Rodríguez Espitia, de ser mandatorio la validación judicial, la consecuencia no sería otra que la liquidación, pues precisamente, el inciso 10 del artículo 11 del decreto reglamentario 842 de 2020 disponía que *"De validarse el acuerdo, este tendrá los mismos efectos de un acuerdo reorganización conforme a la Ley 1116 de 2006 y se impartirán las órdenes previstas en el artículo 36 de la Ley 1116 de 2006 y las demás normas pertinentes."*

En esa misma línea, la recomendación europea pareciera sugerir indiscutiblemente la necesidad de verificación judicial: el numeral 48 —y entre otras— de la Directiva de la Unión Europea 2019/1023 considera:

"(48) Es necesaria la confirmación de un plan de reestructuración por una autoridad judicial o administrativa para garantizar que la reducción de los derechos de los acreedores y de los tenedores de participaciones sea proporcional a las ventajas de la reestructuración y que tengan acceso a una tutela judicial efectiva. La confirmación resulta particularmente necesaria cuando: existan partes afectadas disidentes; cuando el plan de reestructuración contenga disposiciones sobre nueva financiación; o cuando el plan implique la pérdida de más del 25 % de la mano de obra. No obstante, los Estados miembros deben poder determinar que es necesaria la confirmación de una autoridad judicial o administrativa también en otros casos. Únicamente debe ser necesario confirmar planes que impliquen la pérdida de más del 25 % de la mano de obra cuando la

30 Juan José Rodríguez, *Insolvencia Empresarial, Derecho Concursal Y Pandemia* (Universidad Externado, 2021):10

normativa nacional permita que los marcos de reestructuración preventiva dispongan medidas con efecto directo sobre los contratos de trabajo."

Si la intención de nuestro legislador extraordinario fue innovar con la creación de procesos pre-concursales, sin intervención judicial y apelando a la negociación directa del deudor-acreedor, no podría entenderse la necesidad de su verificación judicial y de las posibles consecuencias generadas por su incumplimiento que poco o nada le diferenciarían en comparación con los procesos tradicionales de insolvencia. Empero, tampoco se desconoce la importancia de evitar cualquier altercado a los derechos de los acreedores, sobre todo cuando son ausentes o disidentes.

LOS BENEFICIOS NO PERCIBIDOS

Al igual que el *pre-pack*, las ventajas comparativas de los NEAR y PRE no se agotaban solamente en la escasa intervención judicial o evitar las consecuencias de la liquidación.

INSOL INTERNATIONAL añade otro factor positivo muy relevante para el caso colombiano:

"La pregunta que los prepacks intentan responder es cómo proteger, preservar y maximizar el valor en un negocio comercial cuando no puede, o sería destructivo para su valor, continuar operando después de la apertura de procedimientos formales de insolvencia. Por ejemplo, el negocio podría no tener suficiente capital de trabajo para continuar operando en el entorno de una insolvencia formal, o en absoluto. O el estigma de los procedimientos formales de insolvencia puede percibirse como un daño al valor, por ejemplo, a través del daño a la marca del negocio, la pérdida de capital intelectual a medida que el personal se mueve, o la pérdida de clientes a medida que se trasladan a nuevos proveedores estables."³¹ (Subrayado y negrilla propia)

Es un hecho notorio que las empresas que inician un proceso de insolvencia en Colombia entran a ser parte de un 'selecto' grupo estigmatizado a quienes, en lugar de promover su recuperación, se le niegan recursos, créditos y/o financiamiento para resurgir. Sus trabajadores migran a nuevos empleadores más estables y su marca entra en declive.

Adicionalmente, sus activos resultan ya no ser tan atractivos como antes, se deprecian, lo que pone en peligro a la empresa como unidad productiva. Sobre este punto, el artículo 3 y 6 del decreto 560 de 2020,

31 *"The question that pre-packs seek to answer is how to protect, preserve and maximise value in a trading business when it is unable to, or it would be value destructive for it to, continue to trade following the opening of formal insolvency proceedings. For example, the business might not have sufficient working capital to continue to trade in the environment of a formal insolvency, or at all. Or the stigma of formal insolvency proceedings may be perceived to damage value, for example through damage to the business's brand, loss of intellectual capital as staff move on, or loss of customers as they move to new, stable suppliers."*

Insol International. *A Comparative Look at Pre-Packs in Selected Jurisdictions*. June 2023.

en aras –precisamente– de conservar la empresa como unidad productiva, contemplaba, o bien, la posibilidad de salvar a la sociedad en un estado de liquidación inminente, permitiéndole a cualquier acreedor capitalizar la sociedad asumiendo como mínimo, al valor a pagar por la totalidad de los créditos de la primera clase, las indemnizaciones laborales por terminación anticipada sin justa causa, la normalización de los pasivos pensionales, los gastos de administración de la reorganización, los créditos a favor de los acreedores garantizados y los demás créditos con vocación de pago, de conformidad con el inventario de activos; o también, la venta por parte del deudor en condiciones comerciales de mercado, los activos fijos no afectos a la operación o giro ordinario del negocio que no superaran el valor de las acreencias objeto de pago y sin la autorización previa del juez.

El salvamento precitado, previsto en un escenario judicial, es lo que se intenta desarrollar extrajudicialmente con el *pre-pack*. Precisamente en España, el término se utiliza generalmente también, para referirse a la venta y compra del negocio de una empresa, cuyos términos se negocian y finalizan antes del inicio formal de un procedimiento de insolvencia, con la asistencia de un experto independiente, pero que se formaliza y entra en vigor poco después dentro del marco del procedimiento de insolvencia.³²

Esto va de la mano con las recomendaciones de la CENUDMI sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas de 2020 cuando en su recomendación 277 estableció que “277. *La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado debería permitir que la autoridad competente designara a una o más personas, por ejemplo, profesionales independientes, para que la asistieran en el desempeño de sus funciones.*” Aclaró la CENUDMI en sentido de que:

*“48. En particular, tal vez sea necesario contratar los servicios de un profesional independiente debido a que es probable que las MYPE tengan pocos conocimientos sobre cuestiones financieras, comerciales y de insolvencia. **Poner esos servicios a disposición de una MYPE antes de que se abra el procedimiento de insolvencia simplificado puede servir para agilizar los actos procesales posteriores en el procedimiento.** Por tales motivos, los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer mecanismos que permitan a la autoridad competente, ya sea esta un órgano judicial o administrativo, contratar los servicios de un profesional independiente en una fase temprana (...)” Subrayado y negrillas propias.*

Adicionalmente, la figura en los Estados Unidos ha significado –si se permite– una excepción al principio de universalidad subjetiva en la medida en que es el deudor quien toma la batuta para pre-organizar las obligaciones que a su consideración ponen en riesgo la continuidad de su negocio, sin necesidad de agotar la votación universal sino parcial. Con los *pre-pack*, además, el deudor puede negociar los términos clave de una venta de activos o de un

32 Ibídem.

plan del Capítulo 11 con los acreedores por adelantado para posteriormente ser presentado al tribunal.³³

En consonancia con todo lo anteriormente dicho, la recomendación 377 de la CENUDMI sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas de 2020 estimó que la ley debería *"a) facilitar y proporcionar incentivos para que las MYPE que se encuentren en dificultades financieras obtengan financiación antes de la apertura del procedimiento de insolvencia a fin de rescatar la empresa y evitar que caiga en la insolvencia (...)"*

La crisis empresarial suele ser inversamente proporcional a los costos derivados de los procesos de insolvencia tradicionales, no solamente en la asunción del coste monetario, sino también por el riesgo reputacional y de pérdida del proceso (liquidación). Se itera, el vaivén de no lograr la suficiente votación en un proceso de reorganización conlleva indiscutiblemente a la liquidación empresarial, a pesar de que la verdadera crisis pueda estar segmentada en solamente algunos de los acreedores. He aquí la piedra filosofal de los mecanismos recuperatorios previos: el pacto anterior parcializado que procure la renegociación de esas obligaciones para evitar un riesgo de insolvencia probable y que pueda ser superado, bien sea, a través de nuevos periodos de pago o la venta de activos. Todo esto, claro está, en un escenario transparente en donde la intervención judicial se limite a la comprobación de la justa negociación.

RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL *PRE-PACK* EN COLOMBIA

La adopción de nuevas estrategias para mitigar la insolvencia en Colombia es perentoria. Ya se dijo que, para fin del año 2023 se reportaron 128 solicitudes de admisión a procesos concursales adicionales respecto de lo ocurrido en los años 2021 y 2022. Es decir, la quiebra de empresas tiene una tendencia preocupantemente alcista.

El proyecto de ley 106 de 2023 mediante el cual se busca el establecimiento permanente de los decretos de emergencia 560 y 772 de 2020, no contempla ninguna crítica constructiva ni sugerencia para el mejoramiento de los NEAR y PRE según su aplicación práctica y los problemas evidenciados por la justicia concursal. Tampoco, el encabezado por la Superintendencia de Sociedades con la denominada 'Ley de salvamento empresarial' con el que se busca principalmente solventar otros problemas relacionados con: 1. La facilitación de acceso a los procesos concursales con la disminución de presentación de documentos; 2. La creación de un proceso de liquidación expedito cuando los activos de la empresa sean mínimos o nulos; 3. El

33 Ibidem.

mejoramiento en la prelación de créditos de los promitentes compradores de vivienda; 4. La igualdad en el reconocimiento de intereses de los acreedores garantizados; 5. La facilitación en el pago de pequeñas acreencias; 6. La inclusión de las empresas de economía mixta como sujeto concursal bajo la Ley 1116 de 2006; y 7. La competencia de la Superintendencia de Sociedades para tramitar la insolvencia de los patrimonios autónomos.

Ni el proyecto actualmente en trámite ni el pretendido por la autoridad especializada en insolvencia, adoptan la creación del *pre-pack* en Colombia. Tal y como se ha venido estudiando, aunque los NEAR y PRE compartan características con esta figura, bajo la nutrida regulación internacional, no resulta suficiente, ni ecuánime, ni actualizada la legislación nacional sobre este asunto. Máxime, cuando tampoco se superan los obstáculos evidenciados en la utilización del NEAR y PRE.

La escasa creatividad regional, es una de las razones que explica el por qué algunas empresas de trayectoria colombiana (por ejemplo, AVIANCA) u otras latinoamericanas (LATAM de Chile) con activos o negocios internacionales, han adoptado reestructurarse bajo la regulación del *Chapter 11* y no bajo leyes nacionales³⁴.

En un interesante artículo de la UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES DE CHILE³⁵ se habló sobre este asunto. En consideración del autor, existen varios beneficios del *Chapter 11* que no están o no se han superado por las legislaciones latinoamericanas, a saber: 1. La especialidad y conocimiento detallado en el manejo de la crisis por parte de las cortes estadounidenses; 2. El mantenimiento de la administración de la compañía por parte del deudor; 3. El rechazo unilateral de los contratos en curso por parte del deudor sin necesidad de autorización judicial; 4. La facilidad en el acceso a financiamiento durante la crisis, entre otros.

En Colombia, ha habido intentos de negociaciones pre-concursales, pero sin desarrollo suficiente. Uno de ellos se plasmó en el artículo 84 del estatuto de insolvencia, pero sin permitir segmentar la negociación, dejar a batuta del deudor la conveniencia de sus obligaciones estratégicas, ni mucho menos evitar la liquidación por su incumplimiento. En la práctica concursal, la validación de acuerdos extrajudiciales no han sido una alternativa suficiente

34 No existen mayores impedimentos para acudir al *Chapter 11* del Código de Quiebras en los Estados Unidos. Básicamente, se requiere compartir un interés comercial recíproco con ese país, que podría traducirse en importaciones y/o exportaciones, la presencia de activos o negocios transfronterizos. No obstante, recientemente para el caso de WOM-Chile, acreedores solicitaron que la empresa no fuera acogida por el *Chapter 11*, ya que, tienen una mínima e insubstancial conexión con EEUU, por tener sus operaciones, activos, empleados y clientes en Chile, y la mayoría de sus créditos localizados en nuestro en el país austral.

35 Isaac Stevens, "Chapter 11' Como Una Alternativa Para La Reestructuración de Compañías Latinoamericanas," Facultad de Derecho UDP - Universidad Diego Portales, Julio 19, 2024, <https://derecho.udp.cl/chapter-11-como-una-alternativa-para-la-reestructuracion-de-companias-latinoamericanas/>.

a la problemática planteada a lo largo de la presente investigación, pues, se itera, no atenúan los riesgos de los procesos tradicionales de recuperación³⁶.

En palabras de Álvaro Isaza Upegui, el artículo 84 del estatuto de insolvencia colombiano tuvo entre sus antecedentes una figura que hacia 1999 se denominó "reestructuraciones extraordinarias", nacidas con ocasión de la crisis financiera de aquella época y en la que se permitió la concertación de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores del sector financiero³⁷.

De acuerdo con la Circular 039 de 1999 de la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera), estas reestructuraciones permitían: 1. Determinar los plazos de las reestructuraciones sin que excedieran de siete (7) años; 2. Los acuerdos de reestructuración presuponían, cuanto menos, la condonación por parte de las entidades financieras de los intereses moratorios; 3. Los acuerdos de reestructuración admitían prepagos totales o parciales, sin sanciones, multas o comisiones por tales prepagos; 4. Para acordar los términos del acuerdo, las entidades financieras constituían un comité de acreedores; 5. En caso de incumplimiento de los términos pactados, o cuando no obstante su adecuada ejecución no hubiera generado los resultados previstos en el acuerdo de reestructuración, se convocaba al comité de acreedores con el fin de analizar la situación y recomendar las acciones que debían seguir todos los participantes en el acuerdo de reestructuración; 6. Los acuerdos de reestructuración podían contemplar créditos adicionales, destinados a capital de trabajo o al servicio de deudas no financieras o de facturas pendientes de cancelación que, a juicio de las entidades acreedoras, debían atenderse para garantizar la viabilidad de la empresa reestructurada; 7. Las entidades financieras que celebraban acuerdos de reestructuración podían rehabilitar la calificación del deudor reestructurado, y entre otras importantes características.

Lo descrito es la joya de la corona. No es necesario elucubrar más allá para denotar que, lo alguna vez implementado por el sector financiero para conjurar la crisis de esa época, es lo que se demanda en la actualidad.

Las características de las reestructuraciones extraordinarias cumplían en gran medida las particularidades de los *pre-pack*: se crean y ejecutan en un

36 "El contenido del acuerdo celebrado por fuera del proceso de reorganización, así como el celebrado dentro de la liquidación de un empresario en crisis, siempre que gocen de la confirmación, generan todos los efectos propios del acuerdo de reorganización y en su contenido deben respetar las normas previstas en la ley y que procedemos a explicar, de tal suerte que dicho acuerdo igualmente producto los efectos generales de los acuerdos de reorganización". Claudia Álvarez Vejarano, *Acuerdos de reorganización empresarial*. (Bogotá: Temas Jurídicos. 2007):200

37 En palabras de la Corte Constitucional en sentencia C 625 de 2003: "La finalidad de esta circular externa expedida por la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus funciones, fue la de consagrar los criterios a tener en cuenta por parte de las entidades sometidas a su vigilancia en relación con la capacidad de pago de sus deudores y los flujos de caja de los proyectos financieros, la liquidez, cobertura e idoneidad de las garantías, y la información proveniente de las centrales de riesgo, para efectos del otorgamiento de préstamos y para la celebración de contratos de leasing."

escenario extrajudicial; permiten refinanciar obligaciones segmentadas con un actor recurrente como lo son las instituciones financieras y en un plazo considerable; admiten la condonación de intereses moratorios, aliviando el flujo de caja del deudor para lograr la recuperación; se crea un órgano de vigilancia, tanto como veedor del acuerdo celebrado como negociador de cara implementar acciones preventivas a la quiebra; ¡habilitan y facilitan la obtención de créditos adicionales!, y no menos importante, ¡rehabilitan la calificación financiera del deudor sin afectar su reputación!.

Al tenor de ISAZA UPEGUI:

“Como puede apreciarse, los acuerdos eran evidentemente beneficiosos para ambas partes: para el deudor, por lo relacionado con los plazos, tasas y calificaciones; para el sector financiero, por los efectos sobre sus provisiones, el mejoramiento de garantías y la posibilidad de capitalizar o convertir en bonos de riesgo para de sus acreencias, con el tratamiento correspondiente a inversiones negociables y no al propio de las daciones en pago.”³⁸

El recorrido de vida de este antecedente corrió una suerte similar al de los NEAR y PRE: mediante sentencia C 1403 de 2000 se declaró inconstitucional del plan nacional de desarrollo 1998-2002 que había previsto las reestructuraciones extraordinarias.

Con base en la experiencia nacional e internacional, se pretende, a continuación, o bien recomendar el mejoramiento de los NEAR y PRE, o, la adopción del *pre-pack*.

Recomendaciones puntuales:

La primera recomendación tiene que ver con el costo de oportunidad, esto es, aprovechar la coyuntura actual y la intención de modificar el estatuto de insolvencia para incluir aspectos que mejoren la práctica concursal.

La segunda sugerencia es resucitar los NEAR y PRE, pero con características similares al *pre-pack*, sobre todo en los siguientes puntos:

- Procurar la validación del acuerdo NEAR o PRE por parte del juez del concurso bajo la misma ideología de los decretos de emergencia: el NEAR será un acuerdo previo directo entre acreedores y deudor y el PRE con la intermediación de las Cámaras de Comercio.
- La idea de la validación judicial expedita del PRE no debería ser extender los efectos a los demás acreedores pues implicaría desnaturalizar la negociación parcial y lo asemejaría al proceso del artículo 84 de la Ley 1116 de 2006 con los riesgos que eso conlleva. La validación, al igual que en el *pre-pack*, deberá limitarse a impartir legalidad al acuerdo total o parcial de los acreedores con el deudor.

38 Isaza, Álvaro & Londoño, Álvaro. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*. Bogotá D.C., (Colombia). Editorial Legis. 2011. Pág. 252.

- La negociación por categorías es fundamental. El deudor deberá tener la posibilidad de hacerlo con algunas de las categorías de los acreedores del artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 siempre y cuando se logre la mayoría simple de todos aquellos que componen la categoría.
- La experiencia internacional de dejar a batuta del deudor la continuación de contratos perjudiciales para su supervivencia podría ser positiva. Empero, podría optarse por una alternativa salomónica en donde el deudor al momento de solicitar la validación al juez concursal, requiera el visto bueno para rescindir estos contratos.
- La negociación con la categoría de las instituciones financieras debería ser una réplica de lo estudiado acerca de las 'reestructuraciones extraordinarias' de la Circular 039 de 1999 de la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera). Exactamente con las mismas características.
- La negociación también debería cobijar la posibilidad de vender activos del deudor a iniciativa de éste y con la intermediación de un administrador(a).
- El incumplimiento del acuerdo previo (NEAR o PRE) debería ser una causal para iniciar un proceso concursal judicial. Inclusive, por solicitud de los acreedores negociadores.
- La negociación debería ser expedita en un término de 3 meses incluyendo la validación del juez del concurso.
- Debería conformarse un comité de acreedores de la misma categoría negociadora que cumpla funciones similares a las traídas por la Circular 039 de 1999: analizar la situación y recomendar acciones para mantener el acuerdo de reestructuración o denunciar ante el juez de la validación su fracaso.
- Se debería evitar a toda costa la liquidación por el fracaso de la validación judicial posterior, solamente, a raíz del inicio formal de un proceso concursal judicial, tal y como se prevé en el estatuto general de insolvencia.

CONCLUSIONES

1. La crisis económica en Colombia es un hecho notorio. No solamente por las cifras mostradas a lo largo de esta investigación que dan muestra de un aumento de solicitudes de insolvencia empresarial, sino también por la difícil recuperación post-pandemia, la inflación y la incertidumbre política.

2. Las iniciativas legislativas que cursan actualmente en el Congreso de la República sobre la reforma al estatuto de insolvencia, deberían tener como primer enfoque la crisis económica a efectos de crear mecanismos novedosos que atenúen, superen o mejoren los medios de recuperación empresarial. La

negociación directa entre el deudor con sus acreedores sin el protagonismo judicial mejoraría este escenario.

3. Los *pre-pack* son herramientas internacionalmente novedosas, expeditas y exitosas que han facilitado la recuperación de empresas.

4. Los NEAR y PRE son figuras relativamente similares al *pre-pack* que deberían reactivarse y mejorarse con base en la experiencia internacional.

5. El mejoramiento de estas figuras bien sea que se adopten en forma de *pre-pack*, o bajo su titulación inicial, consistiría básicamente en dejar a batuta del deudor la negociación segmentada de las obligaciones que pondrían en riesgo la continuación de su actividad económica.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Vejarano, Claudia. *Acuerdos de reorganización empresarial*. Editorial Temas Jurídicos. 2007. Pág. 200.

Circular 039 de 1999 de la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera).

CENUDMI. *Guía Legislativa de la CENUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Quinta parte: Régimen de la insolvencia para microempresas y pequeñas empresas*. 2022.

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 106 de 2023.

Corte Constitucional. Julio 29 de 2003. Sentencia C 625 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Exp. D-4418. (Colombia).

Corte Constitucional. Octubre 4 de 2023. Sentencia C 390 de 2023. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Exp. D-15102. (Colombia).

Decreto 560, 772 y 842 de 2020. (Colombia)

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019.

Gilo Gómez, César. *Pre-Pack concursal y Derecho comparado*. Universidad de Deusto. ISSN 0423-4847. Vol. 69/2, julio-diciembre 2021, págs. 111-121.

Gurrea-Martinez, A. *The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy*. *Eur Bus Org Law Rev* 24, 93–116 (2023).

Hidvegi, Susana. *Adquisición de empresas en insolvencia*. *Revista actualidad concursal del Instituto colombiano de derecho concursal*. 2021: 40. https://www.derechoconcursal.org/images/revista/REVISTA_ICDC_2021_final.pdf

- Insol International. *A Comparative Look at Pre-Packs in Selected Jurisdictions*. June 2023.
- Isaza, Álvaro & Londoño, Álvaro. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*. Bogotá D.C. (Colombia). Editorial Legis. 2011.
- Isaza, Álvaro. *Derecho concursal de emergencia: normatividad por Covid-19*. Bogotá D.C. (Colombia). Editorial Legis. 2021.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. (Colombia).
- Miguens, Héctor José. *El proceso concursal extrajudicial previo en el Código de Quiebras de Estados Unidos (el Prepackaged Chapter Eleven del U.S. Code)*, en *Dikaion*, 27, 2 (2018), pp. 231-281. DOI: 10.5294/dika.2018.27.2.3
- Moses, Jacob. *The Prepackaged Bankruptcy Strategy*, *Practical Law Practice Note* 9-503-4934. Thomson Reuters. 2022.
- Rodríguez Ruíz de Villa, Daniel. *Jurisprudencia comunitaria y pre-pack: hacia un pre-pack reestructurador preconcursal*. *Revista Jurídica de Asturias* n°46/2023, pp. 223-246.
- Rodríguez, Eric. *Decreto legislativo 560, una medida importante para la crisis empresarial*. *Revista actualidad concursal del Instituto colombiano de derecho concursal*. 2021: 40. https://www.derechoconcursal.org/images/revista/REVISTA_ICDC_2021_final.pdf
- Rodríguez, Juan J. *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Bogotá D.C. (Colombia). Universidad Externado de Colombia. 2021. Pág. 10.
- Rodríguez, Juan. *Nuevo régimen de insolvencia*. Bogotá D.C. (Colombia). Universidad Externado de Colombia. 2019.
- Salamanca, Oscar. *Diez años para ejecutar una garantía*. *Revista actualidad concursal del Instituto colombiano de derecho concursal*. 2024. https://www.derechoconcursal.org/images/revista/REVISTA_ICDC_5a-2_EDICION_2024.pdf
- Stevens, Isaac. *Chapter 11" como una alternativa para la reestructuración de compañías latinoamericanas*. 2020. Disponible en, <https://derecho.udp.cl/chapter-11-como-una-alternativa-para-la-reestructuracion-de-companias-latinoamericanas/>
- Superintendencia de Sociedades. *Atlas de Insolvencia en Colombia: Datos y Cifras de la Superintendencia de Sociedades*. 2024.