

La cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial. Análisis desde el control de abusividad¹

The Safeguard Clause in Business Reorganization Agreements. Analysis from the Control of Abusiveness

[Artículos]

Mónica Lucía Fernández Muñoz²

José Manuel Gual Acosta³

Aude Denizot⁴

Juan Carlos Villalba Cuellar⁵

Received: 15/05/2023

Accepted: 15/06/2023

How to cite:

Fernández Muñoz, M. L., Gual Acosta, J. M., Denizot, A., & Villalba Cuellar, J. C. (2023). La cláusula desalvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial: Análisis desde el control deabusividad. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 18(2), 247–269.

<https://doi.org/10.15332/19090528.9742>



¹ El presente escrito es el resultado de la investigación conjunta desarrollada por el Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia; Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Proceso de la Universidad Libre (Proyecto Cod. 1586), Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad Militar (proyecto INV-DER-3754) y la Facultad de Derecho de la Université du Mans (Francia).

² Docente de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá). Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa (Italia). Abogada de la Universidad del Cauca. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible y en Docencia Universitaria. Investigadora y docente de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: mlfernandez@ucatolica.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7885-8600>

³ Docente de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá). Doctor en Derecho Privado por la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa (Italia). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho de los Negocios. Investigador y docente de la Universidad Libre de Colombia (sede Bogotá). Correo electrónico: josem.gual@unilibre.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0891-3691>.

⁴ Docente de la Université du Mans (Francia). Doctora en Derecho Privado por la Universidad de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Master en Derecho del Patrimonio Privado por la misma Universidad. Investigadora y docente de la Université du Mans (Francia). Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3272-0085>. Mail institucional: aude.denizot@univ-lemans.fr

⁵ Docente de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá). Doctor en Derecho Privado de la Universidad Panthéon Sorbonne (París I), LLM en Derecho Francés, Europeo e Internacional de Negocios de la Universidad Panthéon-Assas Paris II y el Instituto de Derecho Comparado de París (Francia). Especialista en Docencia Universitaria. Docente e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: juan.villalba@unimilitar.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3592-9819>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

Resumen

El presente artículo aborda el estudio de la cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial. Con base en el método de la investigación teórica, luego de la revisión de algunos ordenamientos jurídicos extranjeros sobre cláusulas abusivas, los autores identifican los aspectos que podrían llevar a que dicha cláusula pueda calificarse como abusiva.

Palabras clave: acuerdo, reorganización, insolvencia, cláusula, salvaguarda, abusiva.

Abstract

This article deals with the study of the safeguard clause in business reorganization agreements. Based on the method of theoretical research, after reviewing some foreign legal systems on abusive clauses, the authors identify the aspects that could lead to such a clause being classified as abusive.

Keywords: agreement, reorganization, insolvency, clause, safeguard, abusive.

Introducción

El mantenimiento de la capacidad patrimonial constituye la premisa para la operatividad y la eficiente ejecución de las relaciones contractuales, dado que es sobre la capacidad de pago, financiera y patrimonial que se fundamentan las expectativas del acreedor y se basa en la capacidad que tiene el deudor de cumplir las obligaciones y ejecutar las prestaciones contractuales comprometidas (Inzitari, 2020, p. 355).

El presente análisis se realiza sobre la base de la Ley 1116 de 2006, norma que regula el proceso ordinario de insolvencia en Colombia y aunque en el cuerpo de dicha normatividad no se presenta una definición de lo que debe entenderse por insolvencia; sí se señalan, en el artículo 9, los supuestos de admisibilidad al proceso, como la manifestación de esta figura⁶. Así pues, en términos generales, podríamos decir que la insolvencia se relaciona con ese estado del deudor que se manifiesta en un incumplimiento o en otros factores exteriores, los

⁶ Como puede deducirse del citado artículo 9, la cesación de pagos es suficiente para iniciar un proceso ordinario de insolvencia, ya sea en fase de reorganización o de liquidación. Por su parte, en lo que a la incapacidad de pago inminente se refiere, debe tenerse en cuenta que la normatividad expedida para atender la crisis de las empresas con ocasión de la pandemia Covid 19, esto es, los decretos legislativos 560 y 772 de 2020, suspendió dicho supuesto de admisibilidad frente a los mecanismos ordinarios de recuperación empresarial, por lo tanto, los deudores solo pueden acceder a ellos por la vía de la cesación de pagos. Ello significa que el supuesto de admisibilidad a un proceso de reorganización empresarial, consistente en incapacidad de pago inminente, queda reservado para los procesos extrajudiciales. La temporalidad inicial de los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 estuvo prevista por dos años y actualmente su vigencia ha sido prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2023 (con excepción del par. 3 del art.5, el título III del Decreto 560 de 2020 y el título III del Decreto 772 de 2020), a través del inc. 2 del art. 96 de la Ley 2277 de 2022. Para una profundización sobre la normatividad de emergencia, véase Rodríguez (2021).

cuales evidencian que el deudor no está más en grado de satisfacer regularmente sus propias obligaciones. Según Talero y Wilches (2010, p. 273), la insolvencia es un fenómeno económico que se presenta cuando un deudor no puede satisfacer, en los términos pactados, las obligaciones a su cargo. En consecuencia, bajo dicha denominación quedan cobijadas figuras como la iliquidez, la insolvencia en sentido estricto, la cesación de pagos, la incapacidad de pago inminente, entre otras, las cuales están relacionadas con la crisis empresarial. De este modo, la insolvencia ha sido definida como un desequilibrio patrimonial que se da entre el activo realizable y el pasivo exigible, lo que genera una situación objetiva que incapacita al deudor para pagar sus deudas (Londoño y Isaza, 2008, p. 19).

Pérez-Ragone, en su interesante análisis histórico de la insolvencia, nos muestra la pluralidad de instrumentos que tanto en el derecho romano como en la Edad Media se concibieron para lograr la satisfacción de los créditos de los acreedores, desde el arresto, la incautación de bienes, sanciones sociales, hasta la servidumbre o trabajo forzoso a servicio del acreedor e, incluso, la sumisión del deudor como esclavo, lo que abría la posibilidad de ser enajenado en el mercado para la obtención de liquidez. El autor indica que el gran avance en la materia se dio hasta el siglo XVII, cuando se sistematizó el derecho concursal desde una perspectiva más autónoma, gracias a la necesidad de un tratamiento especial de la insolvencia (2013, p. 645). Ya en el siglo XXI nos encontramos frente a un deudor que no se encuentra privado de su libertad o prestando un servicio a favor del acreedor, pero que sí destina obligatoriamente parte de sus ingresos para satisfacer sus intereses⁷.

Según Vélez (2011) y para la Corte Constitucional (C- 006 de 2018), en Colombia es posible agrupar en cuatro etapas la regulación sobre los procesos de insolvencia: 1) etapa de protección de los acreedores y la sanción del deudor (Decreto 750 de 1940); 2) etapa de transición dirigida a la protección de la empresa y en la cual se abandona la postura severa contra el deudor (Decreto 2264 de 1969 y Decreto 410 de 1971); 3) etapa en la que se consolida la finalidad de protección a la empresa como fuente de empleo y explotación económica (Constitución de 1991, Ley 222 de 1995 y Ley 550 de 1999), y 4) etapa en la que se produce la consolidación normativa de un régimen de insolvencia, con la protección de la empresa como criterio prioritario y la *par conditio creditorum* como principio estructural (Corte Constitucional, T-441 de 2002)⁸.

⁷ Para una mayor profundización en la historia de la insolvencia en Colombia, véase: Cuberos, 2005; Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021; Sotomonte, 2005; Vélez, 2011; Cortés, 2021; Londoño y Isaza, 2008.

⁸ Uno de los principios medulares de los procesos concursales ha sido el de *par conditio creditorum* o principio de igualdad de los procesos concursales, según el cual se persigue que los créditos sean pagados en igual forma, proporción y plazo, exceptuando los órdenes o categorías de pago fijados por la ley. En consecuencia, en los créditos de la misma clase, se entiende que debe respetarse la igualdad de tratamiento para todos los acreedores a efecto de evitar la discriminación entre ellos y como una forma de soportar en igual grado la pérdida derivada de la insolvencia del deudor.

En el marco de la insolvencia se tiene que el deudor debe indicar la nueva estrategia que haya diseñado para generar los recursos necesarios que le permitan pagar sus obligaciones, lo cual debe realizar a través de la configuración de un adecuado y razonable plan de negocios, con base en el cual se elaboren las proyecciones financieras que permitan a los acreedores tener la confianza suficiente de que, al aplicar dicho plan, el deudor podrá superar su crisis y pagar sus acreencias. Y dado que la crisis empresarial es un fenómeno económico que posee variables, es decir, puede ser exógena o endógena, porque, por ejemplo, puede provenir del sistema de la empresa misma o puede estar influenciada por una contingencia político-económica nacional o internacional. La crisis empresarial, además, puede ser financiera o económica, según si se relaciona con una problemática relativa a los créditos o con la ubicación de la empresa en el mercado; o incluso, puede considerarse una crisis reversible o irreversible, según el pronóstico que genere el análisis de su situación económica y financiera (Pacchi, 2017, p. 377). Todos estos aspectos deben ser bien analizados a fin de diseñar un plan estratégico eficaz que permita al deudor salir de la crisis.

El proceso de insolvencia tiene dos variantes: el proceso de reorganización empresarial y el proceso de liquidación del patrimonio del deudor. El primero, que es donde se centrará este análisis, persigue que aunque el deudor esté en un estado de cesación de pagos, sean sus propios acreedores los que lo apoyen para poder salir adelante con su actividad empresarial y no tenga que liquidar su patrimonio. No obstante lo anterior, con base en la protección de los derechos ajenos, en el marco del acuerdo y dentro del sentido del régimen de reorganización, no se podría desconocer el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, de ahí que las empresas deban cumplir con el pago de las obligaciones adquiridas (Corte Constitucional C-620 de 2012).

Durante el trámite de este proceso, se presenta un acuerdo de reorganización que debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley, con miras a que sea confirmado por el juez del concurso, es decir, se trata de un acuerdo privado entre las partes el cual es sometido a un examen de legalidad por parte del juez concursal, quien tiene dos opciones: confirmarlo o no.

En el curso de este convenio, usualmente se pacta la denominada cláusula de salvaguarda, cuyo contenido podría hacer pensar que en algunas ocasiones se constituye como una cláusula abusiva. Es por esta razón que la reflexión que a continuación se presentará está animada por el propósito de responder la siguiente pregunta de investigación: ¿qué criterios determinarían una posible abusividad de la cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial?

Finalmente, con miras a responder a este interrogante, desde un enfoque cualitativo, para adelantar esta investigación teórica, se procedió a aplicar el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción como tipos generales de investigación y del mismo modo, la técnica de

investigación predominante fue la revisión documental, gracias a la cual se pudieron revisar distintas fuentes bibliográficas, como lo son la legislación, la jurisprudencia y la doctrina sobre insolvencia empresarial.

Supuestos para una reorganización empresarial

La reorganización empresarial busca esencialmente la protección del crédito y la preservación de la empresa, con lo que se aspira solucionar los problemas de endeudamiento de las empresas y superar las crisis a través de la generación de riqueza y de empleo, por medio de la obtención de recursos frescos y soportables, entre otros (Acosta y Gual, 2021; Galvis, 2018).

Según el inciso 2 del art. 1 de la Ley 1116 de 2006: “El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”. Según lo señala esta norma, debe tratarse de empresas viables desde el punto de vista jurídico y financiero; por lo cual, para mantener esa viabilidad y poder salir de la crisis, el acuerdo de reorganización debe estar muy bien estructurado para que, una vez se implemente, la empresa pueda normalizar su ejercicio comercial y pagar sus obligaciones.

El acuerdo al que llegan las partes en un proceso de reorganización, gracias al ejercicio libre de su libertad negocial, es el que servirá para recomponer los activos y pasivos de la empresa deudora y recuperar su función operacional y administrativa. Y en este aspecto, hay que prestar especial atención, pues no se trata, como lo afirma Ardila, de que el acuerdo se limite “a la sola negociación de intereses y plazo” (2019, p. 28), pues el acuerdo al que llegan las partes dentro de un proceso de reorganización supone una revisión profunda de la situación de la empresa que permita identificar claramente las causas de la crisis para que a partir de allí se logre planificar una reorganización en todos sus frentes y, en suma, lograr la subsistencia y perdurabilidad de la empresa que es viable.

Para Rodríguez (2019, p. 74), definir si una empresa es viable requiere de un análisis económico que varía de acuerdo con muchos factores como, por ejemplo, el sector en que se desarrolla, la situación geográfica en que se desenvuelve e incluso las condiciones sociales, económicas y políticas. Es decir, a través de la reorganización se deben buscar soluciones integrales que no se limiten solo a acuerdos de un mayor plazo y una menor tasa de interés, sino a plantear soluciones a problemas estructurales (administrativos, comerciales, de mercadeo, etc.), que deben quedar recogidas en el denominado plan de negocios (*business plan*).

La importancia de este supuesto no es menor pues, según lo señala Campuzano, el acuerdo de reorganización debe responder a un plan de viabilidad (plan de negocios) que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo

(2020, p. 39); es decir, la viabilidad no hace referencia a la idea de sociedad, como conjunto organizado de personas para la consecución de un fin común, sino a la idea de empresa, como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.

Isaza (2021, p. 189) considera que un plan de negocios estratégico es distinto en una empresa que se encuentra en crisis y que tiene el reto de lograr la viabilidad futura del negocio de tal modo que pueda competir exitosamente en el mercado y atender de manera oportuna los gastos de administración y el pago de las acreencias reconocidas en el concurso. Pulgar Ezquerro (Pulgar, s. f. p. 15), por su parte, considera que dicho plan puede tener como contenido mínimo los elementos humanos y materiales con los que se proyecta contar, un estudio de mercado, un plan económico y financiero, una proyección de ingresos y gastos, cuentas y balances de la situación empresarial.

La finalidad es, pues, sanear la empresa desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda sea soportable, permitiendo que siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. En este orden de ideas, se deberá entender que la viabilidad y en consecuencia la continuidad de la actividad empresarial comporta que el acuerdo con los acreedores tenga como objeto, entre otros medios, la condonación de deudas, la capitalización de estas, la ampliación del crédito disponible, la modificación de las obligaciones del deudor, la renegociación de la deuda, etc. (Campuzano, 2020, p.51; Rodríguez, 2019, p.73).

Por otra parte, es necesario no perder de vista que la insolvencia supone la desatención de las obligaciones adquiridas con los acreedores y, por lo tanto, siendo ellos los primeros damnificados debe partirse de su protección (Rodríguez, 2019, p.71). De esta manera, como arriba se señaló, la noción de insolvencia comprende la incapacidad de pago o cesación de pagos y, por lo tanto, el proceso concursal tiene por objeto el que todos los acreedores sean satisfechos en sus intereses en forma colectiva, igualitaria y proporcional a su crédito, en razón a la cuota parte del patrimonio insuficiente, que a cada acreedor le corresponda. De tal suerte que a los efectos del equilibrio de intereses y la igualdad entre los acreedores debe evitarse que alguno de ellos sea totalmente satisfecho en su crédito a costa y desmedro de los demás (Pérez-Ragone, 2013, p. 644).

Finalmente, en este aspecto, debe tenerse en cuenta que la ley de insolvencia prevé que el pago de las obligaciones debe hacerse atendiendo los privilegios y la prelación establecida en la Ley⁹, dado que debido al privilegio algunos acreedores se encuentran en una situación más favorable que otros.

⁹ Arts. 2495, 2497, 2506 del código Civil. Arts. 71, 45 num.3 Ley 1116 de 2006.

El acuerdo de reorganización empresarial y el contenido de la cláusula de salvaguarda

Como antes se indicó, la protección del crédito se constituye como una de las finalidades esenciales de la insolvencia empresarial (art. 1 Ley 1116 de 2006). Ello supone que, si bien el principal interés de los acreedores del deudor insolvente es lograr la satisfacción de su crédito, dicho interés se afecta cuando queda sometido a un proceso de insolvencia y no obtiene, al menos en las fechas acordadas en la obligación inicial, el pago de sus créditos.

Si bien los acreedores tienen la oportunidad de aprobar mediante su voto el acuerdo de reorganización, aceptando de este modo la propuesta de pago presentada por el deudor insolvente; así mismo lo es que aquellos acreedores que no votan el acuerdo también quedan sometidos a dicha propuesta de pago, cuando esta es votada por las mayorías que establece la norma (art. 31 Ley 1116 de 2006). De este modo, el acuerdo cuenta con una característica particular y es que constituye una excepción al principio de la relatividad de los actos o contratos, dado que es obligatorio aún frente a los acreedores que no votaron el acuerdo o no intervinieron en su celebración (art. 40 Ley 1116 de 2006).

Así, el acuerdo de reorganización vincula jurídicamente al deudor y a todos los acreedores, incluidos a los presentes, ausentes y disidentes, de modo tal que, sea cual sea la situación, una cuestión es evidente y es que al quedar sometida una deuda al acuerdo de reorganización, el derecho del acreedor a recibir el pago oportuno de su crédito se limita en la medida que queda condicionado a las resultas del proceso de insolvencia.

Si bien Cortés (2021, p. 61) considera que en el derecho concursal el interés particular cede ante el interés público en razón a que el proceso de insolvencia pretende lograr la conservación de la empresa insolvente, también es cierto que en muchas ocasiones ese acreedor es también una empresa que puede verse afectada por el incumplimiento por parte de dicho deudor; es decir, en el escenario concursal opera una suerte de sacrificio del interés del acreedor en aras de la recuperación de empresas insolventes pero viables.

Esta situación hace reflexionar en que tal vez el proceso de insolvencia ha sido pensado para aquel escenario donde el acreedor no recibe ningún impacto económico con ocasión del no pago oportuno de sus créditos; pero, seguramente ello no siempre es así, de ahí la inquietud que plantea Cortés respecto al vacío que deja el sistema en relación con la existencia de algún acreedor, quien para el desarrollo de su actividad no tenga otro activo distinto al crédito otorgado a su deudor insolvente.

Hay quienes consideran que no todas las fórmulas de arreglo son beneficiosas a los acreedores, porque en algunas ocasiones los acuerdos podrían ir en contravía de los principios propios del derecho concursal, especialmente del principio de la conservación de la empresa, pues en muchas ocasiones los acreedores también son empresarios que dentro

del marco de la estructura del mercado, se ven afectados por el incumplimiento de los deudores frente a los créditos adquiridos. El autor Rudy Pereira (2015), por ejemplo, indica que “el interés particular debe ceder ante el interés público, el cual debe tenerse como base en la recuperación y conservación de la empresa” (p. 31).

En este orden de ideas, tenemos que el proceso de reorganización tiene su punto de partida en un acuerdo entre el deudor y sus acreedores a partir del cual se sientan las bases para la reestructuración negociada de las deudas o el acuerdo con concesiones recíprocas, el que delinea la responsabilidad del deudor a futuro, usualmente a través de la concesión de plazos (*moratorium*), la condonación parcial de la deuda o la condonación de intereses. Este acuerdo que en principio es acordado entre las partes, luego viene a ser revisado y confirmado por el juez concursal.

Usualmente los acuerdos de reorganización empresarial incluyen renuncia de derechos por parte de los acreedores con el fin de que el deudor pueda seguir adelante, lo cual constituye más que una transacción, una condonación parcial de la deuda. Así sucede, por ejemplo, cuando para buscar una fórmula de pago se capitalizan intereses junto con el capital adeudado y, en lugar de cobrar nuevos intereses, simplemente se cobra la nueva cifra a la que solo se le aplicará una tasa de indexación durante su pago, dentro de un plazo que se suele pactar hasta de diez años, renunciando o condonando de este modo los intereses mercantiles o civiles que se podrían generar. Es por ello que, al haber renunciado solo de una parte, no se está propiamente ante una transacción, porque esa figura implica renunciaciones mutuas.

Tampoco se podría hablar de un plazo de gracia para el pago, por cuanto que en el plazo de gracia se deben pagar los daños que se generen durante el mismo y en este caso usualmente se renuncia a los intereses en su totalidad, no obstante se asume la indexación, lo cual contraría el espíritu especulativo de las operaciones mercantiles; no obstante, por el acuerdo y con el fin de proteger la empresa en dificultades y en beneficio del interés general, se renuncia a ello.

El capítulo VI de la Ley 1116 de 2006 (correspondiente al art. 31 y siguientes, subrogado por el art. 38 de la Ley 1429 de 2010) regula lo concerniente al acuerdo de reorganización, de tal manera que criterios como el término para su celebración, reglas de votaciones, pluralidad de categorías de acreedores, reglas de mayorías y mayorías especiales, consecuencias de la no celebración del acuerdo dentro del plazo legal, derechos de voto y limitaciones de plazo frente a acreedores internos, contenido del acuerdo, entre otros, son definidos por la ley.

Sin embargo, la normativa no define lo que debe entenderse por acuerdo de reorganización, siendo la doctrina quien se ha ocupado de definirlo de la siguiente manera: “Convención que se celebra a favor del deudor con el fin de determinar los términos y condiciones en

que habrá de atender sus obligaciones, de manera que la empresa desarrollada por él se pueda conservar y recuperar” (Rodríguez, 2019, p. 465).

El Acuerdo es, entonces, un instrumento creado para la superación del estado de crisis, siendo una consecuencia de la autonomía contractual (Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento, 2019, p. 6). En efecto, en una materia que a primera vista parecería ser más de índole procesal que sustancial, como es la insolvencia empresarial, se observa cada vez más la preponderancia de la autonomía de la voluntad privada como principio rector de los regímenes adoptados para tratar el fenómeno económico de la insolvencia, pues se ha tomado conciencia de que la intervención del Estado en este tipo de situaciones solo debe producirse para dar solución a controversias que no puedan ser decididas directamente por las partes interesadas, ya que son los afectados por la situación de insolvencia los que están en la capacidad y la obligación de decidir qué hacer ante el no pago o incumplimiento de su crédito y determinar si pueden brindarle o no elementos al deudor insolvente, que permitan su reactivación y eventual atención de las acreencias en un plazo más largo que el originalmente pactado.

Sin embargo, ese ejercicio de la autonomía privada y las libertades que ella otorga a las partes acreedora y deudora debe llevar a acuerdos en los que se espera que se pacten cláusulas que no contraríen el orden público y, en especial, que con ellas no se generen desequilibrios normativos, como una manifestación del principio de la buena fe, lo que, por demás, es un imperativo contractual, de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política (Gual, 2012, p. 512). En efecto, lo que se persigue con el acuerdo en el proceso de reorganización es proteger la empresa en dificultades, mediante pactos razonables. En este orden de ideas, dentro de la libertad que las partes tienen para definir los términos en los que las obligaciones serán atendidas, es usual encontrar en la práctica concursal que en los acuerdos de reorganización se acuerde un pacto denominado: “cláusula de salvaguarda”, entendida como aquella “estipulación contractual que permite al deudor anticiparse al incumplimiento y postergar un próximo vencimiento del pago de una cuota” (Rodríguez, 2019, p. 496).

De esta manera, resulta claro que, la cláusula de salvaguarda no se aplica cuando el incumplimiento ya se ha producido, sino en el caso de que el deudor prevea que no podrá cumplir; es decir, esta cláusula debe estar destinada a prever el incumplimiento y no a subsanarlo.

Así, se entiende que en las proyecciones financieras incluidas en el plan de negocios, el flujo de caja debe revelar detalladamente las fechas en que se presentará tanto déficit como saldos positivos sobre los cuales se construye la fórmula de pago que forma parte del acuerdo de reorganización. De tal manera que el pacto de la cláusula de salvaguarda se fundamenta en que ella podrá utilizarse cuando dichas proyecciones financieras sean

deficitarias y de esta manera permitirle al deudor aplazar algunos pagos proyectados (Isaza, 2021, p. 193).

Si bien no es claro el origen de la cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial, tampoco lo es que este pueda relacionarse exactamente con la figura de la salvaguardia general (originariamente denominada *escape clause*) que se aplica temporalmente en el marco del comercio internacional (Servín-Flores y Cázares-Garrido, 2017, p. 43; Delpiano, 2015, p. 545; Díez de Velasco, 2013, p. 770)¹⁰. Pero tal vez un aspecto que acerca a estas figuras sea el objetivo de fondo que ambas persiguen, esto es, la prevención de un daño grave o la amenaza de un daño.

En efecto, para el caso de la salvaguardia aplicable en el comercio internacional cuando se exige como condición de su aplicación la corroboración de hechos (y no simples alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas) que demuestren una afectación negativa a la industria local que se materialice a través de un daño grave o un alto grado de probabilidad de la existencia de una amenaza grave (Cruz, 2012, p. 879) y para el caso de la cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial cuando al permitir que haya un aplazamiento en el pago de una cuota, en razón a que es posible prever su incumplimiento, se permite prevenir la consecuencia que derivaría del incumplimiento mismo, esto es, la terminación del acuerdo de reorganización y la consecuente apertura del proceso de liquidación judicial, según lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 1116 de 2006.

Podría decirse, entonces, que ambas son medidas de emergencia que buscan contrarrestar un daño o una amenaza de daño. No obstante, para el caso de la cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización, no existe la obligatoriedad de realizar algún tipo de examen o control que permita constatar la situación que genera riesgo de incumplimiento, lo que en definitiva conlleva a que sea suficiente invocar o conjeturar por parte del deudor el probable incumplimiento del acuerdo.

Por otra parte, la práctica de esta cláusula le ha permitido a la jurisprudencia concursal identificar las características que deben acompañar la estipulación de la cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial (Rodríguez, 2019, p. 496), de la siguiente manera: se ha considerado que esta debe tener un límite para su ejercicio; además dicho límite no puede ser consecutivo; igualmente, se ha considerado que el uso de la salvaguarda no puede afectar el plazo total del acuerdo y la decisión de ejercerla debe ser

¹⁰ Pues en este caso, en búsqueda de la protección de la industria interna de un país y como medida de defensa comercial, la *escape clause* permite aumentar los aranceles o restringir de manera cuantitativa y temporalmente las importaciones de mercancías que puedan competir con las de producción nacional. Este sistema está sometido al procedimiento especial para la adopción de medidas de salvaguardia y al procedimiento de control multilateral por parte de los órganos de la OMC, adoptados en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Ronda Uruguay del GATT con el fin de impedir la utilización abusiva de esta cláusula.

única y exclusivamente del resorte del deudor; finalmente, se considera que deben darse condiciones de publicidad para los acreedores afectados con su ejercicio.

Verificado lo anterior, a continuación se ejemplifican algunos modelos de cláusulas de salvaguarda usadas en la práctica concursal, a fin de poder evidenciar dicha caracterización.

Ejemplo 1:

“Si por cualquier circunstancia, durante su vigencia, no le fuere posible a la deudora cumplir con las obligaciones establecidas en este acuerdo, podrá hacer uso de la cláusula de salvaguardia con el fin de aplazar las fechas de pago, sin que exceda de 60 días. La cuota sobre la cual se aplica la cláusula de salvaguardia deberá ser pagada vencido dicho plazo, el cual es improrrogable. Para efecto de lo anterior, previo a la aplicación de la cláusula, la deudora informará al Comité de Acreedores la necesidad de su aplicación, explicando las condiciones que atraviesa la compañía. No se podrá hacer uso de una nueva salvaguardia sin haber cumplido la anterior y durante la vigencia del acuerdo podrá adoptarse esta medida hasta por dos (2) veces y, sin afectar el plazo final estipulado para este acuerdo. La aplicación de esta cláusula deberá ser comunicada por la deudora a los acreedores con una antelación no inferior a 8 días hábiles, a través de un medio idóneo de notificación, aclarando que su uso no implica una reforma al acuerdo de reorganización”.

En esta cláusula, al igual que el ejemplo anterior, se cumplen en general con la mayoría de las características, salvo con la indicación de que la segunda oportunidad de su uso no se haga de modo consecutivo.

Ejemplo 2:

“Si por cualquier circunstancia, durante su vigencia, no le fuere posible a la deudora cumplir con las obligaciones establecidas en este acuerdo, podrá hacer uso de la cláusula de salvaguardia con el fin de aplazar las fechas de pago, sin que exceda de seis (6) meses y no podrá ser consecutiva, esta medida podrá adoptarse hasta por dos (2) veces y, sin afectar el plazo final estipulado para este acuerdo; para efecto de lo anterior, previo a la aplicación de la cláusula, la deudora informará al Comité de Acreedores la necesidad de su aplicación, explicando las condiciones que atraviesa. Durante la vigencia del acuerdo la aplicación de esta cláusula deberá ser comunicada por la deudora a los acreedores con una antelación no inferior a 15 días hábiles, a través de un medio idóneo de notificación. En ningún momento las disposiciones aquí contenidas alterarán el término de vigencia del acuerdo de reorganización”.

En esta cláusula, a diferencia de la anterior, sí se cumple con la característica de que su ejercicio no sea consecutivo; sin embargo, establece en seis meses el aplazamiento de las fechas de pago con un límite de su ejercicio hasta por dos veces, lo que supondría poder postergar el vencimiento del pago de una cuota en un año.

Por otra parte, es de aclarar que la alusión a la información que el deudor otorga al Comité de Acreedores sobre la necesidad de la aplicación de la salvaguarda se debe limitar a comunicar su decisión de hacer efectiva la prórroga al pago de la respectiva cuota. Es decir, no se trata de informar para buscar la anuencia del Comité de Acreedores, pues ello supondría una facultad de administración o coadministración en cabeza de este órgano, que le está vedada, dado que dicho Comité no es un órgano de representación de todos los acreedores (art. 34 Ley 1116 de 2006, inc. 3).

Panorama del control de las cláusulas abusivas en el ámbito internacional

A nivel internacional, establecer una protección contra las cláusulas contractuales abusivas entre empresas se ha manifestado como una necesidad (Bouscharain, 1998, p. 135) y una necesidad incluso entre aquellas que no están en condiciones de dificultad, pero sí ante situaciones de dependencia económica o incluso tecnológica o de telecomunicaciones. Estas dependencias pueden dar lugar a una debilidad financiera, cuando se dan entre los actores en el mercado (Van Eeckhout, 1998, p. 142; Grimaldi, 2013, p. 75) y constituyen uno de los aspectos que pueden generar potenciales abusos contractuales generados por el uso frecuente de cláusulas abusivas, bajo el amparo de la llamada *eficiencia económica*, pero en detrimento de la eficiencia normativa que también debe regir la operación contractual.

Como se indicará brevemente a continuación, no es extraño a los sistemas de derecho occidental que se presenten cláusulas abusivas entre empresas, a causa de los abusos del poder de negociación y por los costos de la asimetría en las informaciones, lo que se refleja en el costo de las transacciones y una respuesta ante la necesidad de un régimen de control no resulta fácil, dado que cada sistema propone diferentes alternativas en protección de los empresarios y además se tiende a un control de contenidos cuando no está asegurada la igualdad y la libertad contractual, generando asimetría y dependencia económica del deudor.

A primera vista, parecería que el control de abusividad se justificara cuando existen notables diferencias de poder económico entre las partes, que potencien el abuso contractual y la regla general que determina dicho control está marcada, según las circunstancias, por las condiciones de debilidad de una de las partes, con independencia de que se esté ante acuerdos negociados o de adhesión (Albiez, 2009, p. 24; Ruiz, 2015, p. 795).

En el sistema inglés, por ejemplo, según el *Unfair Contract Terms Act* (en adelante, UCTA) de 1977, las cláusulas abusivas pueden darse en contratos no solo por adhesión, sino también, en contratos negociados y para su aplicación se tiene en cuenta el criterio de debilidad, con un alcance solo frente a cláusulas de exoneración y limitación de

responsabilidad, excluyendo de su control a ciertos tipos de contratos especiales (Albiez, 2009, p. 25). Adicionalmente, con el *Consumer Rights Act 2015* (en adelante, CRA) y al derogarse la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1994 (en adelante, UTCCR) que incorporó al sistema inglés la Directiva UE 13/93 sobre cláusulas abusivas, se generó una superposición de normas finalmente superada con la CRA de 2015, definiendo que solo se aplicaría a contratos B2C, esto es, a contratos con consumidores, sin considerar como tales a las empresas y limitando la aplicación del régimen de la UCTA de 1977 solo a los contratos entre empresarios - B2B (Morales, Mendoza y Munita, 2020).

Así, para que las cláusulas (negociadas o no) fueran eficaces, la UCTA de 1977 consagró un test de control, según el cual, para que fueran vinculantes debían ser equitativas (correctas y justas), de acuerdo con las circunstancias al momento de la celebración del contrato y que fueran razonablemente conocidas o consideradas por las partes. Estos criterios, por supuesto, no han estado exentos de dificultades interpretativas (Amato, 2003, p. 130), cuando se trata de mantener el equilibrio normativo entre los derechos y las obligaciones (Gual, 2015, p. 29)¹¹.

En cuanto al sistema Alemán, la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGB-G de 1976, consagró un listado de cláusulas abusivas, basado en las buenas costumbres, el cual con la reforma al *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB de 2002, incluyó el criterio de la buena fe en el §242¹². Actualmente se aplican tanto una lista gris como una negra para el control de los contratos de consumo (B2C)¹³ y de esta manera la jurisprudencia recurre no solo a los criterios de las listas para, con base en la buena fe, poder limitar ciertas cláusulas contractuales en los contratos entre empresarios; sino también, a un criterio basado en el principio de transparencia, derivado de la falta de claridad e incomprensión, de conformidad con el §307; e, igualmente, recurre al criterio del indicio de debilidad del adherente, sin olvidar el criterio de desequilibrio en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas (Albiez, 2009, p. 34).

Por otra parte, el derecho holandés en su Código Civil NBW establece la nulidad de las cláusulas irrazonablemente gravosas o, lo que es lo mismo, que posean un carácter oneroso

¹¹ El anexo 2 del ACT de 1977 fijó las pautas a tener en cuenta para la aplicación del test de control de las cláusulas contractuales, así: "a) el poder negociador de las partes, considerando, entre otras cosas, si el cliente (*customer*) tuvo algún medio o forma alternativa de cumplir con sus requerimientos; b) si el cliente recibió un incentivo para aceptar la cláusula, o si tuvo la oportunidad de celebrar un contrato similar con otra persona, sin la cláusula en cuestión; c) si el cliente sabía o debería haber sabido razonablemente sobre la existencia y el alcance del término; d) si la cláusula excluye o restringe la responsabilidad por incumplimiento de un término contractual cuando era razonable, al tiempo del contrato, considerar viable su cumplimiento; e) si los bienes fueron fabricados, procesados o adaptados al pedido especial del cliente".

¹² Es de recordar que no obstante seguir siendo la AGB-G de 1976 una norma general, que se reformaría en el año 1996 para armonizarla con la Directiva UE 13/93, se incorporó casi en su totalidad dentro de los §§ 305 a §§ 310 del BGB, mediante la modernización del régimen de las obligaciones del año 2002).

¹³ Control del que se excluyen los numerales 1 a 8 de la lista gris del § 308 y de la lista negra del §309 de conformidad al §310 a los contratos entre empresarios B2B e incluso les reserva los numerales 1 y 2 del §305

injustificado para el adherente, sin importar si es un empresario o un consumidor. La particularidad del sistema está en que no hace una referencia explícita a la buena fe, pues según el artículo 6:233 una cláusula será nula si resulta irrazonablemente gravosa para la parte contraria (Albiez, 2009, p. 31). Y aunque es una cláusula general más restrictiva que la buena fe, este criterio se podría aplicar bajo el artículo 6:232, e incluso aplicar las listas que, aunque son establecidas para contratos con los consumidores pueden servir de parámetro de indicio, para apreciar la onerosidad injustificada en contratos entre empresarios. Por otra parte, el criterio general de transparencia se incluye en los artículos 6:233 y 6:234, pudiéndose declarar nulos los contenidos que no hayan sido razonablemente puestos en conocimiento del adherente (Albiez, 2009, p. 33).

El sistema italiano, por su parte, incluye en la Ley 192 de 1998 un control vertical de cláusulas abusivas empresariales, limitado a contratos de dependencia económica interempresarial de subministro de productos, con independencia de que sean negociada o no (Albiez, 2009, p. 57), dependencia económica referida al poder unilateral de determinar en la relación contractual un excesivo desequilibrio de los derechos y las obligaciones. De este modo, una cláusula será abusiva y, por tanto, nula si en un contrato vertical se da una condición contractual que resulte injustificadamente gravosa o discriminatoria.

En el sistema francés, por su parte, se extendió la protección a la parte débil frente a las cláusulas abusivas, en contratos sin negociación, cuando estas determinaran un desequilibrio normativo significativo (art. 1171 del Code Civil). Para los contratos de consumo, se estableció un control adicional de listas gris y negra (Code de la consommation, art. R. 212-1 y R. 212-2) y, además de manera expresa dentro del régimen de competencia desleal, se extendió el test de abusividad a las cláusulas que en los contratos entre empresarios generaran un desequilibrio normativo significativo (art L.442 – 1 Code de commerce) sin hacer mención a la negociación o adhesión a las cláusulas.

A nivel comunitario, es evidente la necesidad de una protección a los empresarios, víctimas de abusos contractuales, sobre todo cuando celebran contratos que no son de su competencia, generando una situación de vulnerabilidad frente a una operación económica (Sauphanor, 2014, p.10). Pero, no obstante, esta consideración, hay serias dudas sobre cuáles debieran ser los criterios de control (Acosta y Jiménez, 2015).

La Dir. UE 2000/35, derogada por la Dir. UE 2007/11, es la primera norma comunitaria que prohíbe, en las operaciones comerciales, las cláusulas abusivas entre empresarios privados o entre estos y el Estado, así como entre contratistas principales, sus proveedores y subcontratistas, con una protección incluso a los profesionales. La norma establece un control al plazo del pago y al interés de mora de las operaciones comerciales horizontales, cuando tales cláusulas resulten abusivas, con independencia de que sean o no negociadas,

ya que las más afectadas suelen ser las PYME en razón de las cargas administrativas y financieras onerosas causadas por los plazos excesivos para el pago establecidos por sus deudores. Con esta norma, se permite atacar la morosidad en el pago de facturas entre empresarios, al prohibir las cláusulas de no pago que excedan de 60 días.

Por otra parte, los criterios de control por una justicia contractual para evitar abusos, se consagra también en los Códigos Tipo. En los PCCI de Unidroit (versiones de 1994 y 2004), por ejemplo, se acuñaron como criterios de control contra la abusividad entre empresas, la deslealtad, la buena fe y el desequilibrio normativo manifiesto (art 7.1.6) (Piedrahita y García, 2022, p. 150). El UCC de Estados Unidos de 1962, en cambio, recurrió a un test de control basado en los criterios de la buena fe, inconsistencia e inequidad. Mientras que en el CEC de 2001 aparece un control general sobre la abusividad de las condiciones generales de contratación basado en el equilibrio y la buena fe, con independencia de si se trata de un contrato de adhesión o negociado, de consumo o entre empresarios, (art.1, 30 y 106) (Camacho, 2022, p. 272). Adicionalmente, para contratos B2b o B2C se estableció la rescisión por lesión por dependencia económica o inexperiencia (art. 30.3 y 156) y solo para contratos con el consumidor consagró un control formal basado en la aprobación por escrito (art. 33). Los PDEC, por su parte, como un texto que no distingue entre contratos civiles y mercantiles, entendiendo el contrato como una operación económica, admite el control general de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente en contratos B2C y B2B (art 2:209) bajo los criterios generales de la buena fe, lealtad, razonabilidad y transparencia para evitar desequilibrios económicos o normativos notables (art. 4:110) (Albiez, 2009, p. 89; Camacho, 2022, p. 275; Gual, 2012, p. 665).

Del mismo modo, los principios Acquis del 2007 consagran un régimen material contra las cláusulas abusivas en contratos de consumo, aplicable también a los contratos no negociados con empresarios (art 6: 204), basado en la buena fe, el equilibrio normativo significativo y la buena praxis comercial (art. 6:301), además de un control formal de transparencia de contenidos (art 6:302) (Mato, 2017). Igualmente, establece un criterio de control de listas aplicables solo a contratos de consumo (Sauphanor, 2014, p. 15) y es de destacar que de manera explícita se establece la ineficacia de las cláusulas sobre morosidad cuando sean abusivas (gravemente perjudiciales) para el acreedor (art. 8:407) (Albiez, 2009, p. 107).

A su vez, el DCFR de 2009 con el que se pretendió crear el marco común de referencia, recurrió a los criterios de la buena fe y la lealtad (capítulo III, artículo 3:105) e incluso al criterio de transparencia y el trato justo (art. 9:402) con alusión al desequilibrio significativo. En general, se buscó la protección del adherente contra las cláusulas abusivas fueran consumidores (art. 9: 404) o empresarios (art 9: 405) (Camacho, 2022, p. 287); sin

embargo, el criterio de listas se hizo aplicable solo a consumidores (arts.9:401 a 9:411); se sometió expresamente el contrato de franquicia al régimen de cláusulas abusivas (Albiez, 2009, p. 112) y a los buenos usos mercantiles, como un control adicional y específico en contratos entre empresarios.

Finalmente, en la propuesta de reglamento sobre la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) de 2011, bajo el Documento COM (2011) 635 final, 2011/0284 COD, se busca establecer un control específico para contratos de consumo (B2C) no negociados, bajo un régimen general y uno especial de listas (arts 79 y 80); no obstante, la actual tendencia es la de controlar las cláusulas, sin importar que se hayan o no negociado (Directiva UE 11/83, que reformaría la directiva UE 13/93). Lo novedoso es que el CESL, además de consagrar un régimen general, en relación con los contratos B2b, establece también un régimen de control específico para las cláusulas abusivas, de tal manera que los contenidos contractuales se someterán a un test basado, de manera general, en el hecho de determinar si la aplicación de una cláusula resulta contraria a la buena fe o a las buenas prácticas comerciales e incluso a deberes de transparencia (art. 82) (Camacho, 2022, p. 304). Adicionalmente, se establece que al momento de aplicar este test de abusividad para los contratos B2b, se deberá tener en cuenta la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato; las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; el resto de las cláusulas contractuales; y las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa (Gual, 2016, p. 131).

Con base en todo lo antes indicado, se podría pensar que, de conformidad con las tendencias internacionales, la contratación entre empresarios necesita un control a los abusos, de manera que el juez, a fin de determinar la abusividad de alguna cláusula, debiera observar “la finalidad del contrato y las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento” (Ruiz, 2015, p. 797).

La protección contra las cláusulas abusivas empresariales se justifica, además, por un criterio de ética contractual, lo que se traduce, de una parte, en una exigencia de lealtad acorde a la buena fe y transparencia en la información para mantener y asegurar la protección del equilibrio normativo, como protección en el marco de la justicia, equidad y seguridad contractuales contra las desigualdades por dependencia económica y arbitrariedades de una de las partes, con la finalidad de evitar abusos de poderes unilaterales; y, de otra parte, para mantener un equilibrio contractual mínimo en las relaciones contractuales (Mazeaud, 1998, p. 33), por lo cual, a fin de que no hayan abusos ni desequilibrios excesivos o significativos, se otorga al juez un poder de revisión para restaurar el equilibrio.

Aplicación del test de abusividad a la cláusula de salvaguarda

Con fundamento en lo antes expuesto, se podría indicar que frente a las cláusulas que las empresas en dificultades pactan con sus acreedores, el juez del concurso tan solo tiene la facultad de hacer un control formal, de procedimiento, pudiendo hacer recomendaciones no vinculantes, a fin de que las partes revisen posibles abusos o desequilibrios contractuales, dado que son las partes quienes de manera negociada las acuerdan.

Ahora bien, la legislación colombiana, a través de la Ley 2024 de 2020, considera como abusivas las cláusulas de pago moratorio superiores a 60 días entre empresarios y, además, la jurisprudencia de la Casación Civil ya ha reconocido que las cláusulas entre empresarios también pueden ser abusivas y que los abusos que ellas generen en contratos no negociados se pueden controlar bajo el principio de la buena fe, que incluye la lealtad y probidad, así como también bajo el criterio del desequilibrio contractual normativo excesivo entre empresarios (Corte Suprema, Sala Civil, 2 de febrero de 2001; 30 de agosto de 2011; 24 de febrero de 2015 y 25 de agosto de 2021).

Y aunque, si bien los procesos concursales están exceptuados de la aplicación de esta ley, cabría de todos modos preguntarse si sería o no abusivo extender una vez más y por más de 60 días el plazo inicial estipulado, gracias al pacto de una cláusula de salvaguarda en este sentido. Piénsese en el caso, por ejemplo, donde la fórmula de arreglo no es beneficiosa para el acreedor que se ve afectado por el incumplimiento de su deudor frente a los créditos adquiridos; piénsese en una MiPyMe en condiciones contractuales de dependencia de los contratos celebrados con la empresa en dificultad.

De acuerdo con las tendencias internacionales contemporáneas, pueden existir cláusulas abusivas entre empresarios, no solo en contratos por adhesión, sino incluso en contratos negociados; sin embargo, la jurisprudencia colombiana, limita el control de abusividad solo frente a cláusulas no negociadas que resulten desequilibrantes de manera excesiva y, por lo tanto, contrarias a la buena fe.

No obstante, creeríamos que con base en ese mismo principio, en caso de una demanda contra el acuerdo de reorganización por razones de abusividad, el juez de manera estricta, debería evaluar elementos indiciarios sobre la condición de debilidad de los empresarios, la transparencia con base en la información y comprensión de las cláusulas, sin dejar de observar las demás cláusulas contractuales, incluso de contratos relacionados bajo dependencia, la naturaleza de lo que se proporcione en el acuerdo y las circunstancias en que se celebró y que ello sea acorde a la buena praxis mercantil.

Si la salvaguarda no se pactara, ante el incumplimiento del acuerdo de reorganización y una vez fallida la audiencia de incumplimiento, se podría proceder a la liquidación de la empresa; por tal motivo, de acuerdo con el objeto y contenido de la cláusula de salvaguarda

en el acuerdo de reorganización empresarial, sin importar su nominación y especialidad, podría definirse como una cláusula restrictiva de la responsabilidad del deudor o empresa en dificultades, pues este pacto no hace más que limitar las consecuencias futuras del incumplimiento de las obligaciones asumidas dentro de los plazos acordados para su pago; de manera que, como cualquier negocio jurídico, esta cláusula resulta sometida a los límites generales de validez que por orden público se aplican a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Por otra parte, si se analizan los límites generales de validez de una cláusula de salvaguarda, se encuentra que esta no sería válida, bajo los criterios generales del orden público, si el incumplimiento del acuerdo fuera cometido con dolo o culpa grave del deudor o sus dependientes; también si con la cláusula se afectaran derechos fundamentales como serían los créditos laborales; o incluso también lo sería si contrariase las disposiciones del derecho de consumo, por ejemplo, cuando un acreedor contrató como consumidor.

Igualmente, la cláusula sería inválida si resultara contraria a la buena fe como, p. ej., cuando no es transparente por falta de información adecuada o falta de comprensión por parte de los acreedores, o cuando con ella se genere un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes.

Ciertamente el reto del juez competente será determinar su abusividad, teniendo en cuenta que el desequilibrio entre empresarios es muy diferente al que se suele presentar en un contrato de consumo, pues el objetivo del contrato entre profesionales es poner en el mercado su experticia para ganar dinero, es decir, lograr beneficios, lo que se hace dentro de una estructura organizada, con una técnica contractual sofisticada, bajo la visión de comerciante, con sólidos conocimientos de los productos o servicios, de manera que las negociaciones se hacen mediante equipos jurídicos y pluridisciplinarios, donde los sujetos débiles son cambiantes (D’Haultefoeuille, 1998, p. 150).

Sobre la necesidad de un modelo de prevención de la insolvencia

Como se ha indicado, el sistema de insolvencia colombiano está fundado en el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que a la luz de la normatividad constituya una cesación de pagos. El modelo no se centra en la prevención de la insolvencia y debería trabajarse más insistentemente en ese aspecto, tal como se aborda en países como Italia donde se considera que aún en ausencia de una situación de incumplimiento de las obligaciones, pero en presencia de un deterioro de la situación patrimonial o crediticia, sintomática de una seria dificultad para hacer frente en el futuro próximo a las obligaciones asumidas, la negligencia del deudor en la activación de medidas para la prevención de la crisis puede ser considerado como un indicio de la ocurrencia de una situación de insolvencia según una relación de causalidad, calculable en tiempos prospectivamente cercanos.

Desde esta perspectiva, se tiene que el deudor que, en presencia de síntomas de deterioro y de crisis, permanece inerte y no ejecuta ninguna medida con miras a lograr la protección de la garantía patrimonial de los acreedores y la prevención de la crisis, excluyendo el peligro de que el riesgo caiga sobre los terceros acreedores, en lugar de caer sobre los socios, este deudor es susceptible de ser considerado en un posible estado de *insolvenza prospettica* (léase *insolvenza prospectiva*), figura esta relacionada con una zona gris (*twilight zone*), un momento en el cual la insolvenza es solo intrínseca y como hecho externo no se manifiesta aún con incumplimientos u otros hechos externos (Tribunal de Milán, sección II Civ., 3 octubre 2019).

Se trata de un modelo en el cual el deudor tiene el deber de detectar con prontitud la posible crisis y, en caso de producirse, contrarrestarla con la mayor celeridad, tomando las iniciativas necesarias para hacerle frente. El Código de la Crisis de Empresa y de la Insolvenza italiano (Decreto 14 de 2019) ha introducido una nueva perspectiva que mira la responsabilidad patrimonial del deudor no como una simple sujeción a la acción de los acreedores, sino como la atribución de una carga al deudor consistente en salvaguardar funcionalmente la garantía de activos ofrecida a los acreedores, mediante el cumplimiento de los deberes de detección de la crisis y la adopción de instrumentos adecuados para evitar el perjuicio que los acreedores puedan sufrir, debido a la insuficiencia de capital.

Para su eficacia, el modelo viene acompañado de instrumentos que permiten ejercitar un rígido control y la provisión de un sistema de sanciones (Inzitari, 2020, p. 374). Un modelo así diseñado podría incluso llevarnos a pensar que pudiera ser un buen instrumento para disuadir, a su vez, aquellas situaciones, varias veces denunciadas, de abuso por parte de algunos deudores en acudir al instrumento de la insolvenza (Wilches, 2008, p. 216), sobre todo porque la buena fe es entendida como la base de esta (art. 1, Ley 1116 de 2006).

En efecto, en múltiples oportunidades se ha indicado que la razón de ser de la insolvenza no es fomentar la cultura del no pago, sino apoyar a aquellas empresas que tienen un propósito real de recuperarse, por eso estas medidas disuasorias aportarían a las ya diseñadas en el proceso concursal para reprimir conductas contrarias a la buena fe.

Conclusión

Bajo esta misma perspectiva de prevención, podemos observar que la cláusula de salvaguarda tiene por finalidad proteger el acuerdo de reorganización para que, con restricciones de la responsabilidad por incumplimiento, se permita que la empresa en dificultades logre el pago de sus obligaciones. Sin embargo, esos acuerdos no pueden ser abusivos en el sentido de permitir desequilibrios normativos significativos entre las partes. En estos casos, será el juez quien en últimas determinará su abusividad, previa demanda de

la parte afectada y sin descuidar que los parámetros de desequilibrio empresarial son diferentes a los del derecho de consumo.

En nuestra opinión, el control nacional sobre cláusulas abusivas en contratos entre empresarios resulta muy limitado por la jurisprudencia de Casación al referirse solo a contratos por adhesión, ya que, de acuerdo con la experiencia internacional, puede tratarse incluso de cláusulas negociadas, en caso de presentarse una condición de dependencia contractual donde el abuso sea latente, por ello nos parecería que lo que se persigue con el control de abusividad es proteger a una de las partes del abuso contractual, ante una situación de debilidad, por lo cual el requisito del test de control relativo, que solo se haría sobre contratos o cláusulas no negociadas, parece contrariar el fin del principio de buena fe, enfocado a evitar abusos y mantener el equilibrio entre las disposiciones de los empresarios en favor de la operación contractual. Además, como el comerciante suele conocer las particularidades de su sector empresarial e informarse, el control judicial debería ser muy estricto a fin de que no se afecte la sana competencia en favor del buen funcionamiento de los mercados, cuyas tendencias contractuales deben propender por el solidarismo contractual, bajo el principio de la buena fe (Grimaldi, 2013, p. 80).

Por lo tanto, de conformidad con la legislación vigente, el control del acuerdo de reorganización con cláusulas de salvaguarda que puedan ser desequilibrantes lo tendrán, en primera medida, las partes a fin de que aquellas no se tornen abusivas, por ejemplo, planteando contra los derechos del acreedor, plazos excesivos e irrazonables para el pago, sin que proceda en su favor el reconocimiento de la corrección monetaria o intereses. Lo contrario podría suponer estar ante cláusulas de salvaguarda abusivas que terminan por generar, contrariamente al orden público económico, desequilibrios irrazonables, desleales, inequitativos, injustos o excesivos para los acreedores ante la falta de pago, bajo el pretexto de proteger a la empresa en dificultades, contrariando de esta manera la buena fe y la buena praxis mercantil.

No obstante lo anterior, para hacer efectivo este control, resalta la necesidad de que se otorgue con claridad al juez concursal el poder previo de gestionar los abusos (Bourgeon, 1998, p. 139) y, mientras ello sucede, a fin de evitar demandas o desequilibrios que afecten la celeridad negocial, encontramos que el juez del concurso, por el momento, solo puede mediar haciendo recomendaciones para que se surta un ajuste de cara a posibles abusos contractuales, es decir, el juez concursal, en una única instancia, puede ejercer tan solo un control de legalidad en ese sentido, mas no un control sustancial o material de los contenidos del acuerdo.

Lo anterior, claro está, sin que se desconozca la posibilidad que existe de demandar ante el juez ordinario competente la nulidad de una cláusula abusiva, con la consecuencia de que sea eliminada del acuerdo; no obstante, por la dinámica propia del proceso concursal,

podrían surgir serias dudas respecto a la efectividad de dicho procedimiento; de modo tal que, en este aspecto y con miras a que la competencia para el control permanezca en la misma Supersociedades como juez del concurso, sería deseable que se revisara si ese juez competente pudiera ser el juez de ejecución de los acuerdos de reorganización o incluso el propio juez de procesos especiales de la Superintendencia de Sociedades, tal vez bajo una interpretación extensiva del contenido del art. 65.1 de la Resolución 2021-01-001943 que, con ocasión a los acuerdos surgidos bajo la Ley 550 de 1999, señala lo siguiente:

Asignar al Director de Procesos Especiales, además de las funciones señaladas en el artículo 27 del Decreto 1736 de 2020 y en esta resolución, las siguientes: ... 65.1... Conocer respecto de los procesos judiciales relacionados con ... la existencia, eficacia, validez y oponibilidad de la celebración del acuerdo o de alguna de sus cláusulas...

Referencias

- Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento. (2019). Commissione Studio Procedure Concorsuali. Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Pisa.
- Acosta Rodríguez, J. E. y Gual Acosta, J. M. (2021). La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales. *Revista IUSTA*, 55. <https://doi.org/10.15332/25005286.6850>
- Acosta, J. y Jiménez, F. (2015). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *Revista Dikaion*, 24(1). http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-89422015000100002&script=sci_arttext&tlng=es
- Albiez, K. (2009). La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Thomson-Civitas.
- Amato, C. (2003). Per un diritto dei contratti con i consumatori. *Giuffrè*.
- Ardila, M. (2019). Qué se negocia en una reorganización empresarial. *Actualidad Concursal*, 1, 28-30. <https://derechoconcursal.org/images/revista/1-numero-Revista-Actualidad-Concursal.pdf>
- Bourgeon, C. (1998). Intervention liminaire. En C. Jamin y D. Mazeaud (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 139-141). Economica.
- Bouscharain, J. P. (1998). Propos introductifs. En C. Jamin y D. Mazeaud (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 135-136). Economica.
- Camacho, M. (2022). Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Campuzano, A. (2020). Las clases de acuerdos de refinanciación en el derecho español de insolvencia. En *Los procesos de insolvencia. Una mirada desde la perspectiva internacional* (pp. 9-85). Universidad Surcolombiana. https://dictumabogados.com/wp-content/uploads/2021/02/procesos_insolvencia.pdf#page=10. Edit: Diana Marcela Ortíz Tovar
- Corte Constitucional, C- 006 de 2018.
- Corte Constitucional, C-620 de 2012.
- Corte Constitucional, T-441 de 2002.
- Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 2 de febrero de 2001; rad. n.º 5670.
- Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 24 de febrero de 2015, rad. n.º 1806-2015.
- Corte Suprema de Justicia, Casación civil, 25 de agosto de 2021, rad. n.º 3689-2021.

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

- Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 30 de agosto de 2011, rad. n.º 11001-3103-012-1999-01957-01.
- Cortés, I. (2021). Abuso del derecho en los procesos de reorganización empresarial en Colombia: un análisis desde los principios del derecho concursal. (Tesis de maestría), Universidad Santo Tomás (Tunja).
- Cruz, O. (2012). Las salvaguardas arancelarias en tiempo de crisis. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XII, 859-898.
- Cuberos, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. *Revista de Derecho Privado*, 34, 27-54.
- D'Hautefoeuille, P. (1998). Table ronde. En C. Jamin y D. Mazeaud (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 147-153). Economica.
- Delpiano, C. (2015). Medidas de salvaguardia y exclusiones regionales en la jurisprudencia de la Organización Mundial de Comercio. *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 545-566.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200007>
- Diez de Velasco, M. (2013). El derecho internacional económico. En *Instituciones de derecho internacional público* (pp. 750-778). Tecnos.
- Galvis Macías, I. H. (2018). Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 13(2), 11-52. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0002.06>
- Grimaldi, C. (2013). Les clauses abusives en droit de la distribution. En Y. Picod y D. Mazeaud, D. (dirs.), *Les clauses abusives* (pp. 75-93). Lauroba Elena.
- Gual, J. (2012). Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil. Ibáñez:
- Gual, J. (2015). Cláusulas de irresponsabilidad, entre asimetría, equilibrio y abusividad. Universidad Católica de Colombia.
- Gual, J. (2016). Cláusulas abusivas, evolución de una noción. *Verba Iuris*, 11(36), 113-134.
- Inzitari, B. (2020). Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore. *Rivista di Diritto Bancario*, 355-383.
- Isaza, A. (2021). Derecho concursal de emergencia. Legis.
- Laudo Arbitral. Autonal SA vs. Sofasa SA, CCB 4011, 2017.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/59198f48-2a7c-409a-9af8-61b64177d194/content>
- Laudo Arbitral. Meltec SA vs. Comcel. CCB, rad. 3439, 2016.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/2f6d9edf-b809-42cd-9207-ce4660fc695a/full>
- Laudo Arbitral. Punto Celular vs. Comcel CCB, 1225, 2007.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/049befd5-149f-4709-9545-b664d13ce7dc>
- Laudo Arbitral. Valores y Descuentos Ltda vs. Bellsouth Colombia. CCB 744, 2002.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/d72f7e11-91cd-4812-8e32-56731ca6cc47>
- Londoño, A. y Isaza, A. (2008). Comentarios al régimen de insolvencia empresarial - Ley 1116 del 2006. Legis Editores S. A.
- Mato, N. (2017). Cláusulas abusivas y empresario adherente. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-81
- Mazeaud, D. (1998) La protection par le droit commun. En C. Jamin y D. Mazeaud (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 33-54). Economica.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2021). Elementos fundamentales para la formación en el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante. Fundación Liborio Mejía.
<https://www.minjusticia.gov.co/programas->

co/MASC/Documents/Cartilla%20con%20contenidos%20ba%CC%81sicos%20del%20diplomado%20IPNNC%20(1)%20(1).pdf

- Morales, M., Mendoza, P. y Munita, R. (2020). Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado. *Revista Universitas*, 69. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cae>
- Pacchi, S. (2017). Empresa y crisis: eficiencia de los mecanismos de resolución de la crisis desde la experiencia del derecho italiano. *Revista Chilena de Derecho*, 44(22), 371-393.
- Pereira, R. (2015). *Derecho concursal*. Leyer.
- Pérez-Ragone, A. (2013). La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores. *Revista de Derecho*, 641-678. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200019>.
- Piedrahita, G. y García, D. (2022). Las cláusulas abusivas. En A. Zapata (dir.), *Cláusulas de uso frecuente en los contratos internacionales* (pp. 145-167). Universidad Externado de Colombia.
- Pulgar, J. (s. f.). Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación (pp. 1-28). Ponencias Españolas. https://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/08_Reestructuracionempresarial.pdf
- Rodríguez, J. (2019). *Nuevo régimen de insolvencia*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, J. (2021). *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz, C. (2015). El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 143, 763-798. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n143/v48n143a8.pdf>
- Sauphanor, N. (2014) *Clauses abusives*. *Repertoire Civile Dalloz*, 1- 30.
- Servín-Flores, P. y Cázares-Garrido, I. (2017). Impacto de salvaguardas en el comercio exterior. Caso de estudio México-Ecuador en una empresa de electrodomésticos. *Revista CEA*, 3(5), 41-57. <https://doi.org/10.22430/24223182.648>
- Sotomonte, D. (2005). Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana. *Revista e-mercatoria*, 4(1), 1-56.
- Talero, D. y Wilches, R. (2010). Validación judicial de acuerdos privados de reorganización: un ejemplo de la “privatización” del derecho concursal en Colombia. *Vniversitas*, 120, 271-306. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000100012&lng=en&nrm=iso. ISSN 0041-9060
- Tribunal de Milán, sección II Civ., NRG 1357 del 3 octubre de 2019. <https://dirittodellacrisi.it/articolo/trib-milano-sez-ii-civ-3-ottobre-2019-pres-est-paluchowski>
- Van Eeckhout, A. (1998). Table ronde. En C. Jamin y D. Mazeaud (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 142-145). *Economica*.
- Vélez, L. (2011). Régimen de insolvencia empresarial colombiano. Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia. Superintendencia de Sociedades. https://www.supersociedades.gov.co/documents/20124/566911/Oficio_+Nuevo_+libro.pdf/c6bc5169-2ea0-ac06-00e3-1db4240215dd?t=1662480764348&download=true
- Wilches-Durán, R. (2008). Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución. *Revista Vniversitas*, 117, 197-218.