



**Análisis del Régimen de Insolvencia en Colombia: una oportunidad para las empresas
en crisis**

Andrés Felipe Osorio Lopera

Tutora:

JENNIFER LONDOÑO JURADO

Universidad Católica Luis Amigó
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Empresarial

2021

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Prohibida la reproducción sin la autorización expresa de los autores (Artículo 28 -parágrafo- del Estatuto de Propiedad Intelectual contenido en el Acuerdo Superior 02 de 2013 de la Universidad Católica Luis Amigó).

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Análisis del Régimen de Insolvencia en Colombia: una oportunidad para las empresas en crisis¹

Tabla de contenido.	3
Resumen	7
Abstract	8
Introducción	10

Capítulo 1.

Régimen de insolvencia empresarial a partir de los principios rectores y del concepto de cesación de pagos e incapacidad de pago inminente

1.1 Antecedentes	17
1.2 Actualidad	20
1.3 Nociones básicas	21
1.4 Finalidad del régimen de insolvencia	21
1.5 Sujetos legitimados para someterse al régimen de insolvencia	23
1.6 Proceso de Reorganización	25

¹ El presente trabajo de investigación para la especialización en Derecho Empresarial titulado: “Análisis del Régimen de Insolvencia en Colombia: una oportunidad para las empresas en crisis” está orientado en la línea de derecho privado, la docente Jenniffer Londoño Jurado se desempeñó como asesora metodológica y temática y el año de terminación del trabajo fue 2021.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

<i>1.6.1 Presupuestos de admisibilidad.</i>	25
<i>1.6.2 Cesación de pagos.</i>	26
<i>1.6.3 El artículo 9 numeral 2.</i>	28
1.7 Principios rectores del régimen de insolvencia	31
1.8 Liquidación Judicial.	36
<i>1.8.1 Efectos de la apertura de la Liquidación Judicial.</i>	37

Capítulo 2.

Cambios económicos y jurídicos que enfrentan las empresas en crisis que se someten de manera oportuna al régimen de insolvencia.

2.1 Definición de crisis en general	41
2.2 Definición de crisis empresarial y su naturaleza	43
2.3 Causas de la crisis	44
<i>2.3.1 Objetivas.</i>	44
<i>2.3.2 Subjetivas.</i>	44
<i>2.3.3 Técnicas.</i>	44
<i>2.3.4 Endógenas.</i>	44
<i>2.3.5 Exógenas.</i>	44
<i>2.3.6 Ordinarias.</i>	44

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

2.3.7 Extraordinarias.	45
2.4 Cambios económicos y jurídicos que afrontan las empresas en crisis al someterse al régimen de insolvencia	45
2.4.1 Económicos.	45
2.4.1.1 Administrativos y operativos.	46
2.4.1.2 De mercado.	48
2.4.1.3 Financieros.	49
2.4.2 Jurídicos.	51
2.5 Ineficacia de estipulaciones contractuales	51
2.6 Efectos de presentar la solicitud de admisión al proceso de reorganización	51
2.7 Efectos del inicio del proceso de reorganización	53
2.8 Señales de alarma	53
2.9 Interés del Estado en el estímulo del desarrollo empresarial	55

Capítulo 3

Beneficios en materia comercial y tributaria por la implementación de mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial

3.1 Régimen de Rescate Empresarial	60
3.1.1 Decreto Ley 560 de 2020.	61

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis	
3.1.1.1 <i>Creación de herramientas extrajudiciales de negociación expeditas.</i>	61
3.1.1.2 <i>Creación de mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito.</i>	63
3.1.1.3 <i>Beneficios tributarios.</i>	63
3.1.1.4 <i>Suspensión de normas y obligaciones legales.</i>	65
3.1.2 Decreto Ley 772 de 2020.	66
3.1.2.1 <i>Medidas generales para el acceso y trámite expedito a los procesos, procedimientos y trámites de insolvencia.</i>	66
3.1.2.2 <i>Mecanismos o medidas de protección y recuperación.</i>	67
3.1.2.3 <i>Medidas de creación para pequeñas insolvencias.</i>	68
3.1.2.4 <i>Medidas complementarias.</i>	69
3.1.2.5 <i>Artículo 16 del Decreto, suspensión temporal de disposiciones.</i>	70
3.1.3 Alcance de la protección constitucional de la empresa a través de los procesos de reorganización.	72
3.1.3.1 <i>La Constitución Económica.</i>	74
3.1.3.2. <i>El artículo 13 de la Carta Política principio general de igualdad ante la ley.</i>	75
3.1.3.2.1 <i>Par conditio omnium creditorum.</i>	75
Conclusiones	78
Referencias bibliográficas	81

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Resumen

En la presente investigación se propone un análisis del régimen de insolvencia, a partir de sus principios rectores y los conceptos básicos que lo componen, desde la normativa aplicable -Ley 1116 de 2006- y los Decretos Legislativos 560 de 2020 y 772 de 2020, con la finalidad de determinar cuáles son los cambios adoptados por las empresas en crisis en Colombia, y los efectos de la declaratoria del proceso de reorganización y liquidación sobre las que deciden someterse a dicho régimen. Así mismo, analizar la efectividad de las medidas adoptadas por el gobierno nacional en materia comercial con ocasión de la declaratoria del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, otorgadas por el Decreto 637 de 2020.

Por lo anterior, los objetivos específicos del presente estudio son: a) describir el régimen de insolvencia empresarial a partir de los principios rectores y el concepto de cesación de pagos e incapacidad de pago inminente; b) Analizar los cambios económicos y jurídicos que enfrentan las empresas en crisis que se someten de manera oportuna al régimen de insolvencia; c) Plantear los beneficios en materia comercial y tributaria por la implementación de mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.

La Ley 1116 de 2006 en su artículo 1, establece que el proceso de reorganización está dirigido a preservar y normalizar las relaciones comerciales y crediticias de las empresas que se encuentran en cesación de pagos o en riesgo inminente de ello, a través de un acuerdo con los acreedores encaminado a su reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos. En

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

congruencia, la regulación adoptada por los Decretos 560 de 2020 y 772 de 2020, contienen mecanismos útiles y efectivos encaminados, desde el punto de vista del derecho concursal, a resolver las dificultades empresariales originadas en la coyuntura que buscaron remediar. Por ello, podría decirse que resolvieron hasta la fecha problemas de acceso a la justicia, celeridad en el trámite de los procesos y precavieron una alta litigiosidad existente dentro del régimen concursal tradicional.

Palabras clave: Régimen de Insolvencia, cesación de pagos, crisis empresarial, mecanismos de alivio financiero, reactivación económica.

Abstract

This research proposes a description of the insolvency regime, based on its guiding principles and the basic concepts that compose it, from the applicable regulations -Law 1116 of 2006- and Legislative Decrees 560 of 2020 and 772 of 2020, with the purpose of determining what were the changes adopted by the companies in crisis in Colombia, and the effects of the declaration of the reorganization and liquidation process in which they decide to submit to said regime. Likewise, analyze the effectiveness of the measures adopted by the national government in commercial matters on the occasion of the declaration of the state of Social, Economic and Ecological Emergency, granted by Decree 637 of 2020.

Therefore, the specific objectives of this study are a) To describe the business insolvency regime based on the guiding principles and the concept of default and imminent inability to pay; b) Analyze the economic and legal changes faced by companies in crisis that submit to the

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

insolvency regime in a timely manner; c) Raise the benefits in commercial and tax matters for the implementation of financial relief mechanisms and business reactivation.

Law 1116 of 2006 in its article 1, establishes that the reorganization process is aimed at preserving and normalizing the commercial and credit relationships of companies that are in default or in imminent risk of it, through an agreement with creditors aimed at their operational, administrative, asset and liability restructuring. In congruence, the regulations adopted by Decrees 560 of 2020 and 772 of 2020 contain useful and effective mechanisms aimed, from the point of view of bankruptcy law, to resolve the business difficulties originated in the situation they sought to remedy. For this reason, it could be said that to date they resolved problems of access to justice, speed in the processing of the processes and they prevented a high level of litigation within the traditional bankruptcy regime.

Keywords: Insolvency Regime, default, business crisis, financial relief mechanisms, economic reactivation.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Introducción.

El concepto de libre asociación para el comercio o libertad de empresa tiene su origen en la Revolución Francesa (1789), cuando se instituyó el principio de libertad de comercio y de industria. En Colombia, esta figura se desprende del concepto de libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política del siguiente tenor: “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. De acuerdo con esto, la libertad de empresa puede concebirse, como la facultad que tienen los asociados de ejercer sin interferencias legales injustificadas cualquier actividad económica lícita.

La actividad económica se entiende en sentido amplio como la realización de actos de comercio, el autor Manuel Aragón Reyes, en “Constitución y modelo económico” (2001) y haciendo alusión al concepto de libertad de empresa, enuncia que es aquella que se reconoce a los ciudadanos para desarrollar actividades económicas, ya sea que su forma jurídica sea individual o societaria, y sin importar la figura patrimonial o la naturaleza laboral que se acoja para su ejercicio.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha definido la libertad de empresa, cuando la entiende como sinónimo de libertad económica, en los siguientes términos: “*Es la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.*” Sentencia T-425/92.

De acuerdo con lo anterior, la libertad de empresa ha sido reconocida por el legislador para desarrollar actividades con contenido económico, sin distinguir si dichos actos son llevados a cabo por personas naturales o jurídicas, siempre en la búsqueda de un beneficio económico. Es

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

pertinente entonces señalar que el Código de Comercio Colombiano en su artículo 25 define el concepto de empresa así:

Artículo 25. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

No obstante, la libertad económica no es un derecho absoluto *per se*, ya que el ejercicio comercial de la empresa conlleva obligaciones como cumplir con una función social, al tenor de lo señalado por el art. 333 de la Carta Política, se deduce que hace referencia a la protección al medio ambiente, la conservación de recursos naturales y la custodia el interés general sobre el particular.

Sin embargo, en ejercicio de esa libertad y a pesar de estar reconocida legal y constitucionalmente, el empresario puede desbordar su capacidad de respuesta frente las obligaciones adquiridas, situación que podría derivar en el incumplimiento de las mismas. En este escenario trasciende el ámbito de la propia empresa y afecta a terceros de manera directa e indirecta; por fortuna, empresarios y acreedores, cuentan con instrumentos para hacer menos gravosa tal situación. Por ello, es deber del empresario tomar medidas y hacer uso de las herramientas jurídicas creadas por el legislador para evitar incumplimientos.

En este marco, el legislador colombiano ha creado el régimen de insolvencia, con el fin de dar al empresariado colombiano en crisis, la posibilidad de acceder a un procedimiento especial cuando las personas naturales comerciantes y las jurídicas, se hallen en incapacidad de pago o

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

carezcan de los medios económicos para cumplir de manera efectiva con obligaciones de diferente naturaleza, tales como laborales, pensionales, fiscales o civiles.

Así las cosas, cuando en el devenir de su actividad económica las empresas se encuentran en un estado apremiante de insolvencia (reflejado en la cesación de pagos o incapacidad de pago inminente frente a sus cargas obligacionales), aunado al desconocimiento de las prerrogativas reconocidas por el régimen de insolvencia, optan -de manera equívoca- por el abandono de sus negocios o a través de salidas informales y desordenadas, acciones que tienen como efecto inexorable, el incumplimiento definitivo de sus obligaciones, causando en consecuencia, el cierre forzoso de la empresa.

El objeto del régimen de insolvencia en Colombia consiste en la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección al crédito (artículo 1° Ley 1116 de 2006), por ello cobra especial relevancia analizar cuáles pueden ser los efectos económicos y jurídicos de la inaplicación de este régimen por las empresas en crisis, propósito de este estudio.

Así pues, el valor de la investigación es prevalente en tanto ésta se llevará a cabo no sólo desde un punto de vista jurídico, sino económico, evidenciando resultados transversales y de gran interés, no limitándose a la práctica jurídica, en tanto su difusión se orienta a un resultado multidisciplinario por cuanto las consecuencias del no acogimiento al régimen de insolvencia por el empresariado colombiano, permea el tejido social a nivel micro y macroeconómico.

Es por esta razón que deben ser analizadas las repercusiones que sufre la economía nacional con el debilitamiento de los procesos de producción de las empresas que deben enfrentar las constantes amenazas del mercado, por ello acogerse de manera oportuna al régimen de insolvencia,

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

tiene una connotación de salvamento que debe darse a conocer de manera generalizada a las empresas, junto con la implementación de los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial otorgados por el Gobierno Nacional.

La presente investigación permitirá la profundización en el estudio del régimen de insolvencia con el fin de facilitar al lector adquirir conocimientos que le ayuden a soportar la toma de decisiones cuando detecte señales de alarma o se encuentre en un estado de iliquidez o incapacidad inminente de pago. Así mismo, le permitirá al lector conocer el marco jurídico del objeto de investigación, el procedimiento que debe surtir para acogerse a dicho régimen y las oportunidades legales que este brinda en medio de una crisis y en ese sentido, permitir que el rescate de las empresas sea cada día más frecuente y efectivo.

Por lo descrito es pertinente preguntarnos ¿Cuáles son los efectos jurídicos y económicos de la inaplicación del régimen de insolvencia para la empresa colombiana en crisis?

Aspectos como minimizar los efectos de la pérdida de empleos formales, hacer uso de los mecanismos de protección al crédito con el que cuentan los acreedores con créditos insolutos y conocer y prevenir las causales que llevan a las empresas a una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, son situaciones de vital importancia para la economía y para las relaciones jurídico-negociales que evidencian la relevancia social de la presente investigación.

Algunas de las limitaciones metodológicas del presente estudio será la imposibilidad de disponer de un mayor periodo de tiempo, sin embargo son de esperarse resultados significativos a partir de la información recolectada por ser una investigación cualitativa. Así mismo, la falta de datos disponibles y/o confiables limitará el alcance del análisis, ya que los empresarios son renuentes a

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

dar información confidencial o sensible que pueda afectar su reconocimiento en el medio o que llegare a comprometer sus negocios. Por último, la falta de estudios previos podrá constituir una limitante debido a que algunas de las normas analizadas, tienen alrededor de un año de vigencia, lo que conlleva a que a las reseñas bibliográficas sobre las normas más recientes sean escasas.

Así pues, se hace necesario, describir los principales componentes del macro concepto de *Régimen de Insolvencia Empresarial* profundizando en sus principios fundantes y en las nociones de cesación de pagos e incapacidad de pago inminente, tema que se desarrollará en el Capítulo 1, y en concordancia con ello, analizar los cambios económicos y jurídicos que enfrenta en las relaciones comerciales, la empresa en crisis que se somete oportunamente al régimen de insolvencia, asuntos que serán objeto de análisis en el Capítulo 2.

Todo lo anterior, para terminar la investigación con el Capítulo 3, donde se hablará sobre los beneficios en materia comercial y tributaria teniendo como base la implementación de los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial, implementados por el gobierno nacional en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica y las medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia.

Ahora bien, con la implementación del actual régimen concursal se pretendió dar mayor eficacia al proceso, toda vez que, como aduce Alarcón Lora (2010): “los anteriores procedimientos eran bastante tediosos además de costosos, alejados en cierta medida del fin de los Procesos

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Concursales debido a que, una buena ley de concurso debe inspirar al comerciante el deseo y el hábito de recurrir a la liquidación legal.” Alarcón (2010, pág. 18)²

En congruencia con lo descrito, encontramos en el artículo *“Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana”*, que el profesor Sotomonte Mujica (2005) señala: que el acuerdo es la última opción del empresario por lo que en la práctica antes de acudir a éste siempre buscará otros mecanismos como la negociación con sus acreedores, o la venta de activos, o la búsqueda de garantías, entre otras salidas. Sotomonte, 2005, pág. 56.

No debe desconocerse que estamos frente a una figura que representa una herramienta idónea para hacer efectivos los derechos de los acreedores que vienen siendo desconocidos, por el mismo estado de apremio del deudor, pero que ejerciendo los principios fundantes del régimen, v.gr., universalidad e igualdad, entre otros, tanto en el desarrollo del proceso de reorganización como en el de liquidación judicial, y sólo mediante su correcto andamiaje y el fiel seguimiento de esta vía procesal, se asegura que la totalidad del patrimonio del deudor haga parte del proceso concursal, procurándose la satisfacción de los derechos de los acreedores en condiciones de equidad.

En concordancia con lo anterior, el abogado Álvaro Mendoza, argumenta que (2020): *“Salvar a las empresas productivas, que son fuente de riqueza para el país y generadoras de empleo, es*

² Alarcón Lora, Andrés. (2010). Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho Universidad del Norte, Barranquilla, “Impacto de la ley de reestructuración económica en el sector real de la economía en la ciudad de Cartagena entre el 1 de enero del 2000 y diciembre del 2006”.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

un imperativo económico, que sin embargo, en muchos casos, resulta imposible". Ello haciendo referencia al proceso de reorganización empresarial.

En cambio, afirma que con el proceso de liquidación judicial, el régimen vigente *“procura evitarse que la persecución de los acreedores y las medidas cautelares sobre sus activos, desordenadamente producidas, terminen agravando la situación de la entidad deudora”*.³

Por todo lo anterior, el no someterse a tiempo a las prerrogativas dadas mediante el régimen de insolvencia, tiene efectos devastadores como la continuada pérdida de empleos, el aumento de créditos insolutos de acreedores y la salida del mercado de las organizaciones, repercutiendo de forma negativa en el crecimiento y dinamismo de la economía; es por esto, que se propone los siguientes objetivos específicos en este estudio:

Describir el régimen de insolvencia empresarial partiendo de los principios rectores y el concepto de cesación de pagos o incapacidad de pago inminente.

Analizar los cambios económicos y jurídicos que enfrenta en las relaciones comerciales la empresa en crisis que se somete de manera oportuna al régimen de insolvencia.

Plantear al empresariado colombiano los beneficios en materia comercial y tributaria teniendo como base la implementación de los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial. Los cuáles serán desarrollados en los capítulos subsiguientes.

³ Fuente: <https://www.unisabana.edu.co/portaldenoticias/al-dia/ley-de-insolvencia-un-salvavidas-para-las-empresas-en-crisis/>

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

CAPÍTULO 1.

RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS RECTORES Y EL CONCEPTO DE CESACIÓN DE PAGOS E INCAPACIDAD DE PAGO INMINENTE

En este capítulo se hará una descripción del régimen de insolvencia, abordándolo desde la aclaración de las nociones básicas y elementos característicos que lo componen, incluyendo la descripción de los principios rectores y el concepto de cesación de pagos o incapacidad de pago inminente. En primer lugar, se hará un breve recuento histórico del derecho concursal en Colombia, -acápites que denominaremos como antecedentes- para luego describir el actual régimen de insolvencia en Colombia describiendo sus destinatarios, el tipo de créditos, la competencia para conocer del proceso, a quienes reconoce la norma como legitimados para solicitar la admisión a un proceso de reorganización, cuáles son los supuestos de admisibilidad, cómo se definen el proceso de reorganización y el proceso de liquidación judicial, terminando con una enunciación de los efectos jurídicos de la declaración de apertura de la liquidación judicial.

Antecedentes.

El actual Régimen de Insolvencia colombiano tiene su origen “moderno” en la Ley 222 de 1995, “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, introduciendo conceptos normativos

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

como *concordato* -acuerdo de recuperación de los negocios del deudor-, y *concurso liquidatorio*, respecto de los bienes que conformaban el patrimonio del deudor.

Dicha norma reformó el Código de Comercio Colombiano (1971), en materia de sociedades y procedimientos concursales y abarcó de manera integral lo relacionado con los principales sujetos que intervienen en la vida mercantil, además que reguló la empresa desde su mismo nacimiento, funcionamiento y posterior extinción.

El concepto de liquidación obligatoria, propio de esta norma, es un proceso que reemplazó al de quiebra consagrado en el Código de Comercio y trajo un cambio sustancial, era éste que el trámite se hiciera de manera uniforme tanto para personas naturales como jurídicas, fuera que ostentaran la calidad de comerciantes o no.

Dicha acepción la encontramos en el Art. 149 de la Ley 222 de 1995. *Sujetos legitimados*: “El trámite de liquidación obligatoria podrá ser solicitado por el deudor o decretado de oficio por la Superintendencia de Sociedades”, sin hacer distinción en cuanto a la calidad que aquel debía tener, distinción que sí contenía el Código de Comercio en su artículo 1937, en tanto estipulaba que la quiebra sólo procedía si se contaba con la calidad de comerciante y rezaba: “Se considerará en estado de quiebra al comerciante que...”

A su vez, la Ley 550 de 1999, “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”, trajo como eje fundamental los acuerdos de reestructuración económica, consistentes en un acuerdo entre la sociedad deudora

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

y sus acreedores, la referida norma estableció un mecanismo que no derogaba el régimen concordatario vigente a la fecha -Ley 222 de 1995-, aunque sí lo suspendía por el término de vigencia de la Ley 550 de 1999, (cinco años a partir del 30 de diciembre de 1999, art. 79) término que a su vez se prorrogó por dos años más a partir del 31 de diciembre de 2004.

Como aspecto relevante, la Ley 550 de 1999, consagra en su artículo 6 -inciso segundo- los requisitos objetivos que debe contener la solicitud de promoción de los acuerdos de reestructuración⁴.

Con la enunciación clara y precisa de los requisitos que debía contener la solicitud de promoción, la Ley 550 de 1999, demarca el origen de lo contemplado por el régimen vigente aplicable a las empresas en crisis, presentando una importante modificación, ya que mientras la Ley 222 de 1995, se limitaba a enunciar supuestos de admisión que podían prestarse a interpretaciones disímiles o subjetivas, contenidos en el artículo 91 numerales 1 y 2, v.gr., que el deudor se encontrase *“En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones”* y *“Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores”*; la Ley 550 de 1999, pasó a contemplar causales objetivas de admisibilidad al acuerdo de reestructuración.

⁴ “Artículo 6°. Promoción de los acuerdos de reestructuración .

(...)

En las solicitudes de promoción por parte del empresario o del acreedor o acreedores, deberá acreditarse el incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. En cualquier caso el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa.” Subrayas fuera del texto original.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Actualidad.

Todo ello, fue recogido, complementado y adaptado por la Ley 1116 de 2006, “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, a las nuevas circunstancias económicas nacionales de principios del siglo XXI presentadas con ocasión de la entrada masiva de competidores extranjeros, la salida paulatina de la crisis financiera de finales de la década de los noventa, el auge de la apertura económica y la globalización de mercados, etc.; dicha norma reguló de manera holística el concepto de *régimen de insolvencia* y estableció como rutas para su ejecución, el proceso de **reorganización empresarial** y el proceso de **liquidación judicial**, tomando de las normas que la precedieron los asuntos más rescatables de ambas y adecuando su articulado a nuevas realidades y necesidades jurídicas y económicas nacionales.

Como materialización de esa necesidad y ante las nuevas realidades derivadas por la pandemia por Covid-19⁵ existente desde principios del año 2020, es decir, catorce años después, la legislación colombiana brinda nuevos instrumentos para el trámite de los proceso de insolvencia como los otorgados por los Decretos 560 y 772 de 2020, buscando facilitar la pronta y eficaz recuperación de la empresa colombiana en crisis ocasionada ante los efectos adversos sufridos con ocasión de la coyuntura de la emergencia económica, social y ecológica.

⁵ COVID-19. Enfermedad causada por coronavirus, es una enfermedad infecciosa provocada por el virus SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de «neumonía vírica» que se habían declarado en Wuhan (República Popular China). Fuente OMS: <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Nociones básicas.

Para comprender mejor los conceptos del conjunto de normas sobre insolvencia, es pertinente aclarar en qué consisten las nociones básicas sobre el tema. Por ello, definiremos el concepto de Insolvencia Económica, según el tratadista Manuel Broseta⁶: *La insolvencia económica supone un estado o contexto patrimonial de carácter especial en el que se encuentra el deudor y en virtud del cual no puede satisfacer a sus acreedores en el momento en que es exigible el cumplimiento de sus obligaciones*". Se ha dicho así mismo, que esa incapacidad de atender las obligaciones pecuniarias puede ser temporal, es decir aquella que presume un activo inferior al pasivo y por ello se está ante un escenario de iliquidez, o permanente, tal situación se presenta por la disminución parcial o total de los ingresos que regularmente percibe el deudor poniéndolo en un estado de insolvencia definitiva.

El régimen de insolvencia empresarial está contemplado en la Ley 1116 de 2006, y el objeto del mismo lo encontramos en su artículo 1:

“Artículo 1º. Finalidad del régimen de insolvencia. El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

⁶ BROSETA PONT, Manuel (1977), Manual De Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

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.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.” Subrayas fuera del texto original.

Es importante determinar, tal como lo expresa el texto antecedente, que dentro del Régimen de Insolvencia existen dos modalidades de proceso, a saber, el recuperatorio o **reorganización**, establecido como su nombre lo indica para la recuperación de empresas viables, propendiendo por la continuidad de las operaciones comerciales; este procedimiento está destinado a proteger a la empresa básicamente a través de un acuerdo celebrado entre el deudor y los acreedores, denominado acuerdo de reorganización, que contiene entre otros asuntos, la manera como se va a continuar con el ejercicio de la actividad comercial, qué destinación se le dará a los ingresos del deudor y la forma en las que se pagarán las acreencias al momento de la apertura del proceso, conocido como el plan de pagos.

Y por otro lado, encontramos el proceso **liquidatorio** que busca el pronto y ordenado aprovechamiento del patrimonio del deudor, que es la prenda general de los acreedores; con este proceso se pretende extinguir la personalidad jurídica y dar fin a la actividad económica de una sociedad de manera legal.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Partiendo del precepto de la continuidad de las operaciones comerciales, propio del proceso de reorganización, ha señalado la Corte Constitucional, sobre la importancia de la conservación de la empresa en marcha:

“La empresa, en tanto concepto organizacional que conjuga los factores económicos del capital y del trabajo, es un canal a través del cual se materializan, en la vida económica, los mandatos del constituyente: mientras que el capital, manifestación por excelencia de la propiedad privada, tiene una función social (art. 58 C.P.), el trabajo, su complemento indispensable, goza de un especial estatus constitucional, que le adscribe la triple calidad de valor, derecho y obligación (Preámbulo y art. 25, C.P.)”. Según este tribunal, *“se entiende, así, que se haya encomendado al Estado la función de promover su existencia y desarrollo, por ser la base de la economía nacional”.* Corte Constitucional. Sentencia C-1143 de 2001.

Entre los aspectos más relevantes del régimen de insolvencia podemos describir quienes son los destinatarios de la norma, cuáles son los tipo de créditos, y quién asume el conocimiento y la competencia para conocer de los procesos concursales. Según el artículo 2 de la Ley 1116 de 2006, los sujetos legitimados para someterse al régimen de insolvencia, son los siguientes:

- Personas naturales comerciantes.
- Personas jurídicas no excluidas, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional de carácter privado o mixto.
- Sucursales de sociedades extranjeras.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

- Patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, salvo los casos expresamente prohibidos por la ley.
- Personas naturales controlantes de sociedades mercantiles. (Ley 564 de 2012, art. 534)

Además existen cinco tipos de acreedores dentro del proceso, cuales son: 1. Los titulares de acreencias laborales o pensionales 2. Las entidades públicas 3. Las instituciones financieras 4. Los acreedores internos 5. Los demás acreedores externos.

Al respecto, Alessandri⁷ en su obra, señala que: *“calificar y graduar créditos significa establecer jerarquías, ordenes, así la prelación de créditos es el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores del deudor”*.

En cuanto a la competencia para conocer de los asuntos concursales, es la Superintendencia de Sociedades⁸, el juez natural del régimen de insolvencia⁹, en uso de sus facultades jurisdiccionales por mandato constitucional -artículo 116 de la Constitución Nacional-, y que por ello goza de competencia para conocer asuntos de insolvencia de sociedades comerciales o de personas naturales que tengan la calidad de comerciantes, según lo expuesto.

⁷ Alessandri A. (1940) La Prelación de Créditos, pág. 17. Ed. Nascimento, Santiago de Chile.

⁸ La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la ley en relación con otros entes, personas jurídicas y personas naturales. Fuente: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/SitePages/QuienesSomos.aspx

⁹ Sin perjuicio de lo consagrado en el art. 6, Ley 1116 de 2006, donde se le otorga competencia al Juez Civil del Circuito del domicilio del deudor.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Proceso de Reorganización.

Se ha establecido un proceso para la recuperación de las empresas en crisis, cual es el proceso de reorganización, teniendo como su pilar fundamental, la determinación de la viabilidad de la empresa, ello se determina a raíz de un análisis que hace el empresario donde desde un punto de vista técnico, jurídico, contable, económico y financiero prevé como realizable un plan de pagos tendiente a honrar las obligaciones impagadas de sus acreedores, fundado en la premisa que la empresa debe continuar su negocio en marcha y que en desarrollo de su objeto social, logrará salir de la situación de apremio que lo ha llevado justamente a tal posición.

Por supuesto, que no puede quedar dicho sometimiento al régimen de insolvencia, sólo a una proyección individual del empresario, pues para que a una empresa le sean aplicables las disposiciones objeto de estudio es necesario que confluayan las causales y los requisitos que consagra la norma; es así como el artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, presenta los supuestos de admisibilidad, determinando que el inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

Para que la empresa se encuentre en un estado de cesación de pagos o incapacidad de pago inminente, es necesario que confluayan varias situaciones de índole legal y económico, que, en sentido estricto, son:

- Incumplimiento del pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad,
- Tener por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones, y agrega un supuesto más de admisibilidad que dispone que,

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

- En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo.

Respecto al primer supuesto, debe dejarse en claro que el incumplimiento al que se refiere el precitado artículo debe ser igual o superior a noventa días, además deben ser al menos dos diferentes obligaciones y que sean dos o más acreedores, es decir, que nos deja en claro que no deben estar las obligaciones en cabeza de un solo acreedor así sean varias las obligaciones de las que éste sea legítimo reclamante. Como corolario, es de vital importancia que las obligaciones insolutas tengan su origen en el desarrollo de su actividad comercial.

De igual manera, debe entenderse en el segundo supuesto, que cuando se habla de dos demandas, se hace precisión que deben ser procesos ejecutivos de cobro, es importante aclarar que no debe tenerse en cuenta demandas de naturaleza ordinaria, o de conocimiento, pues es clara la norma cuando señala que deben ser acciones donde se persiga el cobro de una obligación insoluta y sobre la que no exista duda acerca de su existencia. Deberán ser, por tanto, al menos dos los demandantes para que al deudor lo cobije la norma.

Finalmente, en el tercer supuesto, se indica que la suma acumulada de las obligaciones insolutas indefectiblemente deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo, esto es, al momento de presentación de la solicitud ante el juez de conocimiento, ya que en caso de ser una suma inferior, no colmará los requisitos de la norma en comento.

Teniendo en cuenta lo señalado, es preciso anotar que la cesación de pagos debe entenderse como un estado definitivo en el que una vez se incorpora una empresa puede desencadenar una

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

peligrosa sucesión de impagos generando un obstáculo al correcto desarrollo de la economía, tal situación requiere necesariamente la implementación de un plan de negocio del deudor que salvaguarde los intereses de los sectores o gremios de la economía que permea la empresa insolvente.

La cesación de pagos no es la suspensión de los mismos, es una situación donde se hace totalmente imposible cumplir con las obligaciones, es una situación duradera y permanente, el procedimiento de insolvencia está destinado a empresas que se encuentran en una verdadera incapacidad de atender su carga obligacional, y no en una simple dificultad para satisfacerlas. Allí radica la importancia de reconocer cuando se está en frente de tal escenario.

Son varios los factores que pueden incidir en la irremediable situación de insolvencia en la que se puede ver inmersa una sociedad, según se ha podido distinguir haciendo una lectura juiciosa y detenida de las causales expresadas por los deudores al momento de presentar solicitud para ser acogidos ante la Superintendencia de Sociedades, las mismas pueden ser, tanto de índole interno tales como el disenso insalvable entre socios, el mal manejo administrativo, la destinación inapropiada de los ingresos; o bien, externos como la competencia desleal por parte de un competidor del gremio o la negativa de entidades financieras a patrocinar determinados proyectos diseñados como primordiales por el empresario para la subsistencia de la compañía, pero sin relevancia para aquellos, entre otras.

El acaecimiento de tales situaciones conlleva al deudor a verse inmerso cada vez más en un estado de cesación de pagos e incapacidad de pago inminente. Es por ello, que de manera expresa, el régimen de insolvencia distingue como concepto normativo de la mayor relevancia, la

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

protección al crédito, y es que con la indisoluble relación acreedor-crédito, proteger el crédito es proteger el acreedor, y por ende el dinamismo de las relaciones comerciales, el empresario en estado de cesación de pagos debe reconocer su realidad y evitar no sólo agravar paulatinamente su situación ante señales de alarma, sino la posición de aquellos comerciantes -terceros proveedores- a quienes de manera directa afectaría con su nuevo estatus de impago.

En ese sentido, el artículo 9 numeral 2, nos ilustra sobre cuando el deudor está en situación de incapacidad de pago de la siguiente manera:

“El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año”.

A diferencia de lo relativo a la noción de cesación de pagos que ha sido concebida en las anteriores normas en materia de procesos concursales en Colombia, el concepto de incapacidad de pago inminente no cuenta con precedentes en la legislación nacional, lo que hace que su materialización tenga un carácter subjetivo, en tanto su interpretación se hace más amplia, tal como lo expresa el profesor Hernando Bermúdez Gómez, (2021) “... la incapacidad de pago inminente incluso puede presentarse antes o después de la configuración del incumplimiento de la hipótesis de empresa en marcha”.¹⁰

¹⁰ Bermúdez Gómez, Hernando. Revista Contrapartida, Número 5630, 15 de febrero de 2021. Publicación del Departamento de Ciencias Contables de la Pontificia Universidad Javeriana.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Quiere significar lo anterior, que estamos ante la completa buena fe del deudor en la estructuración de la información, toda vez que el concepto de incapacidad de pago inminente, ante la amplitud de su interpretación, puede llevar a que, lo que ante los ojos del deudor se configure como incapacidad de pago inminente, para un acreedor -por ejemplo-, no represente más que una contingencia menor y saneable con posibilidades de que sea superada dicha coyuntura y por ende, sea pagado su crédito.

Incluso el Decreto Legislativo 560 de 2020, en su artículo 2, va más allá y contempla que: “El Juez del Concurso no realizará auditoría sobre el contenido o la exactitud de los documentos aportados ni sobre la información financiera o cumplimiento de las políticas contables, lo cual será de responsabilidad exclusiva del deudor y su Contador o Revisor Fiscal, según corresponda”. Dicha distinción refuerza el argumento de la “licencia” de la que goza el deudor para la configuración de la incapacidad de pago inminente al momento de la presentación de la información y cuya falta de veracidad puede fácilmente vislumbrarse.

El derecho concursal no es la excepción a la tendencia generalizada en donde la constitución política dejó de ser sólo una carta contentiva de un pacto social, sino que busca transformarse en preceptos normativos eficaces, dinamizadora y creadora de reglas que tutelen un ordenamiento jurídico equitativo. Al ser esta rama del derecho un apéndice del derecho comercial, que supone la existencia de un deudor que incumple o presume la posibilidad de no satisfacer sus obligaciones, ello incide necesariamente en otros campos diferentes al jurídico, como el económico y el social.

De ahí la importancia en darle un alcance de principios constitucionales, a la prerrogativas concursales, por el gran compromiso que ostenta el Estado en proteger derechos con consagración

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

constitucional tales como la libertad de empresa, la propiedad privada y el debido proceso, mismos que deben articularse en forma sincrónica.

Por lo expresado, es que la Constitución Política no ha sido ajena a tal estado de cosas y ha contemplado las posibles situaciones de precariedad de las sociedades que se encuentren en cesación de pagos y las consecuencias que esto acarrea. Es por esto, por lo que encontramos protección constitucional, en tanto la Carta Superior, conoce y defiende a la empresa como la base del desarrollo y reconoce libertad general para su ejercicio (art. 333 C.N.) y establece que la actividad económica organizada constituye una de las fuentes de empleo más significativas, de tal manera que su protección es un requisito para el ejercicio del derecho al trabajo (arts. 25, 53 y 334 C.N.)

Por eso, propender por la conservación de la empresa sobrellevando la *situación de incapacidad de pago inminente* de las empresas, se traduce en muchos beneficios entre los que se cuentan, la generación de excedentes o utilidades resultantes de las actividades comerciales, situación que constituye un pilar fundamental para el recaudo de los tributos del Estado.

Sobre cesación de pagos y protección al crédito, en Sentencia C-586 de 2001, la H. Corte Constitucional, señala que “*esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes*

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum”.

En concordancia con lo expresado, el doctrinante Juan José Rodríguez, (2008) señala¹¹: *“se hace necesario resaltar que derecho concursal es una disciplina transversal, que recorre muchas de las ramas del Derecho, como el derecho laboral, tributario, de propiedad, de obligaciones y contratos, que se vale de gran cantidad de sus reglas y que modifica muchas de ellas”.* Es por ello, que es menester del Estado minimizar las consecuencias que conlleva una crisis empresarial, ya que esta no sólo repercute en la estabilidad de la sociedad, sino -a mediano y largo plazo- sobre la economía del país, pues como se anotó, el mundo de los procesos concursales trasciende en diversidad de campos afectando privilegios o derechos sustanciales de diferente naturaleza.

En consecuencia, resulta de vital importancia rescatar como uno de los aspectos más relevantes de la Ley 1116 de 2006, lo reglado en su artículo 4, que contiene los principios rectores del régimen de insolvencia, a saber: Universalidad, Igualdad, Eficiencia, Información, Negociabilidad, Reciprocidad y Gobernabilidad Económica, premisas que como vimos, guardan especial relación con las disposiciones con consagración constitucional.

Ahora bien, de manera concisa, describiremos en qué consisten y qué buscan los principios estructurales sobre los que se cimenta dicho régimen, puesto que es precisamente sobre aquellos que se debe desarrollar el curso del proceso.

¹¹ Rodríguez Espitia, Juan José. Revista E – Mercatoria, volumen 7. 2008.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

a. Universalidad: Hace referencia a que deben ingresar a la masa de activos de la liquidación, la totalidad de los bienes del deudor, sin que haya lugar a exclusiones, con las excepciones, por supuesto, de aquellos activos sobre los que recaiga una garantía mobiliaria¹², así mismo, dicho principio contiene implícitamente la disposición que todos los acreedores deben quedar vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación¹³.

b. Igualdad: A todos los acreedores debe dárseles un trato igualitario dentro del proceso de insolvencia, basado en la equidad, atendiendo al supuesto fáctico de encontrarse todos en el mismo plano jurídico, pues son acreedores del mismo deudor y les asiste el mismo derecho a reclamar la obligación insoluta; siempre atendiendo las disposiciones acerca de la prelación de créditos consagradas en las normas civiles.

c. Eficiencia: En aras de no hacer nugatorios los derechos que les asiste a los acreedores, debe propender el Juez natural del proceso, así como sus delegados -Promotor o Liquidador- por el máximo aprovechamiento de los recursos de la empresa en reorganización o bien en liquidación, adaptando la administración de los recursos a las necesidades reales y necesarias del proceso.

¹² La Ley 1676 de 2013, más conocida como ley de garantías mobiliarias, tiene por objeto toda operación realizada sobre cualquier tipo de bien presente o futuro, corporal o incorporeal, con el propósito de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras. Se constituye, por citar algunos ejemplos mediante contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de *bienes muebles*, tales como: la venta con reserva de dominio, la prenda del establecimiento de comercio, la cesión de cuentas por cobrar, la consignación y cualquier otra forma determinada por la ley.

¹³ Se trata entonces de un principio con una doble vertiente: *objetiva*, en tanto los activos del deudor se integran al proceso y, *subjetiva*, dado que todos los acreedores concurren a gestionar los derechos de los que son titulares. Corte Constitucional. Sentencia C-237/20. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

d. Información: En concordancia con el principio de eficiencia, las partes que componen el proceso deben proporcionar información veraz, expedita, oportuna y verificable que permita el desenvolvimiento de las actuaciones procesales de manera pública sin dilaciones injustificadas y con acceso garantizado durante todas las etapas del mismo.

e. Negociabilidad: La negociación consensuada de manera franca, abierta, transparente debe ser la regla general en el trámite del proceso, debe propender por las relaciones negociales entre las partes de una manera ágil y soportada en la información del proceso.

f. Reciprocidad: Encuentra su fundamento en la ayuda mutua con las autoridades extranjeras, asistiendo y regulando los procedimientos para los casos de insolvencia transfronteriza¹⁴.

g. Gobernabilidad Económica: Encaminado a lograr una dirección gerencial definida, para la administración apropiada de los activos de la masa liquidatoria, con la finalidad de cumplir con las obligaciones insolutas y buscando siempre la continuidad de la empresa.

¹⁴ Insolvencia transfronteriza. Título III. Ley 1116 de 2006. Concepto que se refiere a aquellos procesos de insolvencia donde se encuentran involucrados bienes en diferentes Estados, garantizando su protección, el objetivo principal para su implementación en la legislación colombiana, es la regulación de la cooperación entre las autoridades competentes de Colombia y demás Estados extranjeros, el aseguramiento de los bienes del deudor y la protección de los intereses de los acreedores.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Al interior de los procesos concursales en los que el objetivo principal es satisfacer de manera equitativa y de acuerdo a las reglas sobre prelación de créditos las obligaciones insolutas del deudor, debe ser una premisa el trato igualitario entre los acreedores, por ello resulta fundamental el seguimiento de los principios estructurales sobre los que se cimenta el régimen de insolvencia.

Sobre estos principios reguladores del régimen la Corte Constitucional, acerca del Principio de Igualdad ha manifestado:

“La toma de posesión con fines liquidatorios, es un proceso de carácter concursal y universal, en el que los acreedores son llamados a hacerse parte demostrando su acreencia, a efectos que la misma pueda ser cancelada a prorrata con los activos de la entidad.

Dentro de este contexto, uno de los principios que rige este proceso, es el de la igualdad entre acreedores *-par conditio creditorum-*, según el cual cada acreedor tiene derecho a que se le pague el valor de su acreencia, en proporción a los activos existentes, sin que pueda preferenciarse a un acreedor sobre otro”¹⁵.

Con la simple lectura de la posición de la Alta Corte, se deduce que la existencia de este principio, no admite la práctica de concesiones o de mecanismos que puedan representar un beneficio de algunos acreedores, y de esta manera vaya en desmejora de otros.

De lo expuesto, podemos deducir que los empresarios que decidan acogerse al Régimen de Insolvencia Empresarial deben seguir los principios y demás lineamientos que consagra este

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-065 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra)

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

conjunto de normas. En ese sentido, no existe duda, que de igual manera, tendrán que cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 9 de la multicitada ley, es decir, encontrarse en estado de cesación de pagos y cumplir con los requisitos que allí se enumeran, para de esta manera acogerse a las prerrogativas de tal régimen.

Entretanto y de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos Ley 560 de 2020 y 772 de 2020, aquellas empresas que se encuentren amparadas, cuentan con la posibilidad de acceder a esas nuevas normativas, de las que hablaremos más adelante, en tanto los enunciados decretos contienen importantes beneficios en materia procedimental, económica y tributaria, ya que fueron expedidos por el Gobierno Nacional en el marco de las facultades del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica¹⁶, otorgadas por el Decreto 637 de 2020, para afrontar eficazmente la crisis empresarial generada por la pandemia por Covid-19; normativa que busca el máximo aprovechamiento de los recursos existentes dando plena aplicación a los principios definidos.

¹⁶ Ha señalado la H. Corte Constitucional que “los acontecimientos, [que originen la declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica] no sólo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”. Sentencia C-216/99 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Liquidación Judicial.

Este proceso es procedente cuando el deudor de manera definitiva no superó las dificultades presentadas para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, puede derivar del proceso de reorganización o directamente la empresa ingresar a la liquidación judicial, es un proceso especial y su principio fundamental corresponde a la premisa de que el patrimonio del deudor es la garantía general de los acreedores, y cuya finalidad es volver líquidos los bienes del deudor para aplicar los recursos obtenidos con la enajenación de los activos y destinarlos para el pago de los créditos que han quedado insolutos, de acuerdo a la prelación que tengan los mismos y a prorrata de los activos existentes, lógicamente siempre mediante el trámite procesal especial.

Los artículos 50 a 53 de la Ley 1116 de 2006, contienen los pasos del inicio del trámite de liquidación judicial, una vez emitido el auto de apertura del proceso se nombrará un Liquidador - auxiliar de la justicia-. El juez deberá proferir un aviso donde informe al público el inicio del proceso para que los acreedores hagan llegar sus créditos, transcurrido dicho término, es función del Liquidador aportar el proyecto de calificación y graduación de créditos, es decir, cómo están distribuidos jerárquicamente según su categoría y clase, junto con los anexos, que serán los documentos aportados por los acreedores para hacer valer su crédito.

Surtida esta etapa deberá el Liquidador realizar un inventario de bienes y se correrá traslado de éste para que los acreedores se manifiesten al respecto, y de ser procedente interpongan las objeciones a que haya lugar. Como se expresó, cumplidas todas las etapas procesales, deberá procederse a la venta de los activos, y de manera organizada, pagar los créditos que hayan quedado en firme y estén reconocidos, o bien, en caso de no ser posible la venta, proseguir con la

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

adjudicación; y finalmente, llegar al cierre definitivo de la empresa y la consecuente extinción de la personalidad jurídica de la sociedad.

Así mismo, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, describe los efectos contenidos en la declaración de apertura de la Liquidación Judicial, son éstos:

1. La disolución de la persona jurídica.
2. La cesación de funciones de los órganos sociales.
3. La separación de todos los administradores.
4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos.
5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores.
6. Disponer la remisión de una copia de la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial al Ministerio de la Protección Social
7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor.
8. La interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor (...) estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación judicial.
9. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

10. La prevención a los deudores del concursado de que sólo pueden pagar al liquidador, advirtiéndolo la ineficacia del pago hecho a persona distinta.

11. La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial.

12. La remisión al Juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor.

13. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

Uno de los efectos procesales de mayor relevancia, y que vale la pena resaltar es el contemplado en el numeral 12 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, denominado *fuero de atracción* propio del proceso concursal, y consiste en que todos los procesos de ejecución que se adelanten en contra del deudor en el proceso de liquidación judicial deberán ser remitidos al juez del concurso quien, en virtud de dicho precepto, es el competente para el conocimiento de los procesos dada su especialidad en tales asuntos. Entretanto, es importante anotar que en Sentencia T-316 de 2009 la Corte Constitucional aclara las excepciones a dicha regla.¹⁷

¹⁷ La Corte remarcó la importancia de que todos los acreedores y los procesos de cobro contra el deudor se integren al trámite de insolvencia y recordó las excepciones a la regla: “*pues no se aplica (i) a otros procesos diferentes a los ejecutivos, (ii) a procesos de ejecución relativos a obligaciones alimentarias que se adelanten contra personas naturales que se sometan a procesos de insolvencia, y (iii) a los procesos de ejecución en que sean demandados los deudores solidarios, procesos que podrán continuar contra estos si el demandante en el proceso ejecutivo así lo desea y lo expresa.*” Corte Constitucional, Sentencia T-316 de 2009. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Como corolario, la nueva realidad que representan la declaración de apertura de la liquidación judicial para una empresa, y los efectos que ésta produce, demuestra la necesidad de conocer de parte del destinatario el procedimiento y las regulaciones que deben seguirse para el éxito del proceso; es por ello, que el legislador mediante un procedimiento moderno y expedito, ha dado al empresario las herramientas normativas para afrontar la crisis de la mejor manera. Así, una vez analizados los rasgos más relevantes del régimen de insolvencia durante el transcurso del presente capítulo, tales como los principios rectores, el concepto de cesación de pagos, los destinatarios de la norma, los tipos de créditos, la entidad competente, los legitimados para solicitarlo, los supuestos de admisibilidad, entre otros, se ha logrado describir el régimen de insolvencia empresarial colombiano.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis**CAPITULO 2.****CAMBIOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS QUE ENFRENTAN LAS EMPRESAS EN CRISIS QUE SE SOMETEN DE MANERA OPORTUNA AL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA.**

En este capítulo se identificarán los cambios económicos y jurídicos que enfrentan las empresas en crisis que se someten de manera oportuna al régimen de insolvencia, definiremos desde diferentes ópticas o campos qué es una crisis y cuáles son las causas y naturaleza de las mismas en las compañías, estudiaremos las señales de alarma que generalmente se presentan en las empresas y que pueden conducir a una situación de insolvencia, se abordará el estudio de los efectos de la declaración de las empresas en reorganización, toda vez que es este momento procesal el que cambia el plano jurídico en el que se halla la compañía, dando inicio a un nuevo estado de cosas, en aquellas empresas que oportunamente hacen uso de este salvavidas legal.

La complejidad que suponen las diversas relaciones comerciales y negociales en la sociedad moderna, sin ninguna duda, hace que las empresas tengan que contar con conocimientos que destaquen de entre las demás para hacerlas competitivas en el mercado, es por esto, que el ejercicio de las actividades comerciales actuales requiere que al interior de las compañías haya un conocimiento multidisciplinario por parte del empresario. Sin embargo, dichos escenarios pueden tornarse todavía más complejos, y se presentan cuando la empresa en lugar de seguir libremente en el giro ordinario de los negocios, se ve enfrentada a ciertos sucesos que, en caso de no advertir,

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

podrían tornarse en situaciones realmente críticas e insalvables y que sin un manejo oportuno, degenerarían en una segura crisis.

De acuerdo con lo descrito y bajo el entendido que la economía es una parte que no puede entenderse por sí sola, sino inserta en un sistema global, cobra relevancia el hecho de que una crisis sea cual fuere su origen o naturaleza -como veremos más adelante- repercute a su vez en cambios que van desde su círculo más cercano, representado por sus socios comerciales, hasta grandes cambios a nivel macroeconómico; por tal razón, ninguna compañía debe considerarse como una isla, así mismo ninguna crisis afecta sólo a una empresa, las alteraciones que se derivan en la economía con el acaecimiento de las crisis, debe ser un asunto que cause interés no sólo en el directamente afectado o deudor, sino ser motivo de ocupación de toda la sociedad y, claro, del Estado.

Las crisis se caracterizan por escalar en intensidad, interfieren con las operaciones normales del negocio y por supuesto, disminuyen los ingresos de una organización, el resultado de estar inmerso en una situación crítica siempre derivará en un escenario indeterminado e impredecible, y es así, porque en ese momento más que nunca, se está sujeto al vaivén de las decisiones humanas que al final son subjetivas pero que crean la expectativa de un cambio favorable para las coyunturas que súbitamente se presentan y la forma en que deben sortearse.

La palabra *crisis* proviene etimológicamente del griego *krino/krisis* que significa “evaluar”, “juzgar” o “decidir”, Kerchove (1999).

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Mientras que la RAE¹⁸ lo define como: Del lat. Crisis y este del griego Krisis. F. Cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados.

Cuando apareció este concepto por primera vez en la antigua Grecia, se aplicaba sobre todo en el campo de la medicina: *“En la medicina hipocrática, la palabra servía para denominar un cambio repentino en el estado del paciente y se describía en términos de tiempo (días críticos) y espacio...”*. Béjin y Morin. (1976)

En el siglo XVIII, se empezó a utilizar este término en otras disciplinas como la política o la economía, haciendo uso de la palabra crisis para describir cualquier situación problemática que se originara al interior de los grupos sociales. En el siglo XIX, este término se utilizó en obras escritas sobre *“la crisis de los valores, la crisis de la civilización, o la crisis espiritual, expandiéndose así en nuevas disciplinas como la psicología o la etiología”*.¹⁹ González (1998).

En nuestros días este término ha sido adoptado y adaptado por diferentes áreas del conocimiento, como la economía, la historia, la sociología, la política, la sicología, etc.; lo cual nos deja ver que la noción de crisis es actualmente multidisciplinaria y que está ligada a momentos de cambio o rupturas que generalmente son repentinas.

¹⁸ <https://dle.rae.es/crisis>

¹⁹ González, A. (1998). Marketing Preventivo: la comunicación de crisis en la empresa. Pág. 23, Barcelona: Bosch.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Recogiendo lo narrado, es pertinente citar la definición de crisis en el ámbito empresarial ofrecida por el autor Piñuel (1997):

La noción de crisis responde a un cambio repentino entre dos situaciones, cambio que pone en peligro la imagen y el equilibrio natural de una organización porque entre las dos situaciones (la situación anterior y la situación posterior a la crisis) se produce un acontecimiento súbito (inesperado o extraordinario) frente al cual una organización tiene que reaccionar comprometiendo su imagen y su equilibrio interno (como organización) y externo (como institución) ante sus públicos²⁰.

Las crisis empresariales revisten diferentes orígenes y por ende se materializan con distintos ritmos, así gozan de características heterogéneas, por tal razón no todos los planes de salvamento pueden contener la misma forma de planificación, o incorporar iguales metodologías o idénticas rutas, pues las necesidades que demanda la empresa varía de una a otra. Como quedó anotado, en la definición planteada por el tratadista Piñuel, ante la presentación de la crisis la compañía debe reaccionar, y en ese sentido, someterse de manera ágil y oportuna a las disposiciones del régimen estudiado, ello representaría una gran ventaja frente a la desmejora de sus condiciones económicas.

Encontramos entonces la clasificación de las crisis hecha por Piñuel y Westphalen (1993) según la naturaleza de los acontecimientos que la provocan²¹, así:

²⁰ Piñuel, José Luis (1997). Teoría de la comunicación y gestión de las organizaciones. Pág. 167. Madrid: Síntesis

²¹ Westphalen M. H. & Piñuel, J. L (1993). Pág. 87. La Dirección de Comunicación. Prácticas profesionales. Diccionario técnico. Madrid: Ediciones del Prado.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Objetivas: A esta categoría pertenecen las crisis provocadas por acontecimientos objetivos, tales como el inicio de guerras, cambios en el sistema arancelario, regulaciones novedosas, cambios de dirección política o conflictos sociales, huelgas de trabajadores, despidos masivos, y podríamos agregar -según lo vivido de manera reciente- la ocurrencia de pandemias, etc.

Subjetivas: Son aquellas que están motivadas por acontecimientos subjetivos como rumores de mercado, enfrentamientos directos con la competencia, declaraciones públicas polémicas de un directivo o empleados de alto rango, opiniones dadas por consumidores, etc.

Técnicas: Es provocada por acontecimientos de carácter técnico, por ejemplo un fallo en el mantenimiento de los activos fijos, accidentes químicos por malas prácticas o fallas en el manejo de sustancias peligrosas, accidentes en planta, etc.

Endógenas: La principal causa interna, son los casos de conflictos internos mal resueltos o no resueltos entre socios y que trascienden convirtiéndose en crisis de reputación.

Exógenas: Aquellas producidas por causas externas, como las ocasionadas por caídas bursátiles generalizadas en el caso de empresas que cotizan en bolsa, caída de precios relativos, cambios en las reglas de juego en el campo político, económico o legal.

Ordinarias: Se trata de crisis corrientes que se pueden dar en cualquier momento dentro de la empresa y que tienen que ver con conflictos, problemas laborales o por desgaste en la relación con terceros, proveedores, clientes.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Extraordinarias: Pueden producirse por la presentación de un hecho no contemplado, como fuerza mayor o caso fortuito, allí el tiempo de reacción es escaso.

Lo anterior nos muestra que dentro de la cotidianidad del ejercicio de su objeto social existen situaciones que pueden llevar a las empresas a verse enfrentadas a estados de crisis por lo cambiante y dinámico de la actividad comercial, siendo aquellas de diferentes tipos lo que hace que determinar de manera precisa los elementos constitutivos de la crisis hará que se mitiguen éstos, siguiendo con los autores Westphalen y Piñuel (1993) señalan que existen rasgos comunes de cualquier crisis.

Uno de ellos es la *intempestividad* del acontecimiento, ya que no existe ninguna crisis que pueda ser totalmente anticipada, ello es apenas lógico bajo el entendido que si un riesgo es íntegramente previsto en los planes corporativos las situaciones intempestivas no ocasionarían nunca una crisis. Así mismo, se destaca que cada crisis es *única*, ninguna provocará un desequilibrio igual a otra debido a que no es común que dos crisis revistan las mismas causas, ni ostenten el mismo origen, por lo que se producirían efectos desiguales. En ese sentido, destacan que toda crisis crea una situación de *urgencia* que se caracteriza por la complejidad en los problemas a afrontar, además la situación que se provoca crea *desestabilización* en todos los procesos comunicativos, lo que hace que las relaciones al interior de la empresa se deterioren.

Definido lo anterior, procederemos a analizar de manera concisa, los cambios económicos y jurídicos que afrontan las empresas en crisis al someterse al régimen de insolvencia, se enunciará una clasificación que si bien no es definitiva, taxativa o perentoria, ha podido determinarse durante

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

el proceso investigativo, como algunos de los efectos más relevantes en las empresas, que cómo se dijo, buscan la conservación de sus negocios. Son éstos los cambios administrativos y operativos, cambios de mercado y cambios financieros, que serán especificados a continuación.

Por otro lado, enunciaremos así mismo más adelante, los principales cambios jurídicos que ampara a la empresa que decide someterse a un proceso de reorganización, todo ello buscando la conservación de la misma.

Cambios Administrativos y Operativos.

Desde una perspectiva económica este es un punto que cobra singular relevancia, pues no sólo el empresario deberá admitir que hay un estado de insolvencia que debe superarse, sino que debe establecer metas u objetivos medibles, realizables, no generar falsas expectativas a ningún integrante del proceso, ni a sus trabajadores, que además deberá luchar por la desmotivación que pudieren llegar a presentar éstos, ni a sus acreedores, que están dando un voto de confianza en que el plan de trabajo y de pagos verdaderamente servirá para a futuro satisfacer sus acreencias. No está por demás reiterar que, esa obligación insoluta puede representar para el acreedor, llevarlo también, a un estado de insolvencia, si la obligación adeudada representase un porcentaje importante dentro de la cartera de aquel.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Un elemento importante de los cambios de esta índole, es el seguimiento ineludible del empresario deudor al cabal cumplimiento del pago del salario o remuneración y asegurar la permanencia en el sistema de seguridad social de sus trabajadores. Toda vez que son requisitos ineludibles que debe cumplir el deudor para continuar con las prerrogativas del régimen y de esa manera seguir en el ejercicio social, por lo que no podrá presentar incumplimiento continuado de dichas obligaciones, situación que de seguro, se venía presentando durante la etapa de crisis. A su vez, los trabajadores que se quedan a ser parte del proceso, tendrán la expectativa de conservar sus puestos de trabajo, manteniendo su calidad de vida, si bien todo dentro de un contexto incierto, pero nada diferente a los riesgos que sufren a diario las compañías activas en el mercado global.

Sobre el particular nos ilustra la Corte Constitucional en Sentencia C-854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra:

“Dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad”.²²

²² Sentencia C-854 de 2005, Corte Constitucional M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Una de las razones por las que este tipo de cambios es tal vez el más difícil de asumir es porque puede considerarse la base del proceso, y además conlleva cambios no sólo en la forma de toma de decisiones acerca de la gestión humana en la empresa, pues claramente debe hacerse una ponderación respecto de cuales puestos de trabajo tendrán que ser eliminados para la subsistencia de los demás. Y como bien se ha señalado, ese es un efecto directo para toda la sociedad.

Cambios de Mercado.

Entendiéndose como los cambios en los procesos de compra (a sus proveedores acreedores) y venta (clientes) de la empresa, estos cambios están dados por el hecho de que los factores externos de la empresa cambian a una velocidad más rápida a la que la empresa puede adaptarse, toda vez que no puede responder con la misma agilidad en sus procesos las solicitudes de los clientes, esto degenera en una disminución en la producción y de manera contraproducente, en un incremento en la de sus competidores. Se presentan como consecuencia cambios en los patrones de compra de insumos y disminución en los plazos dados a los compradores, entre otros; le exigen a la administración hacer un cambio no sólo para emparejarse al resto de las empresas que continúan su negocio en marcha sino para comenzar de a poco a salirse de la curva de descenso y antes de una eventual nueva disrupción.

Ante este panorama el empresario tiene que cambiar sus paradigmas, entender la nueva situación de mercado en la que se encuentra, la realidad que le rodea en la actualidad. Y esto

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

requiere una profunda disciplina de auto reconocimiento y lógicamente de estudio de las nuevas condiciones legales en las que se encuentra.

Con respecto a los cambios de mercado, el tratadista Camilo Cubillos Garzón, en calidad de profesor titular de la Universidad Externado de Colombia, arguye en su intervención, ante la Corte Constitucional²³, que: *“El régimen de insolvencia de un país, es un mecanismo que busca solucionar el problema generalizado que implica para el mercado el incumplimiento masivo de las obligaciones del empresario (...) la institución concursal busca intervenir en la economía para dar una solución al incumplimiento en pie de igualdad, buscando dar aplicación a lo señalado en el artículo 333 de la Constitución”*. Subrayas fuera de texto.

Y concluye afirmando que: “las leyes de insolvencia no son únicamente aplicables a los particulares en sus relaciones contractuales, pues en muchas ocasiones involucran derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas alrededor del concepto de empresa”.

Cambios Financieros.

Los cambios financieros que deben tomarse son muy importantes, pues generalmente las empresas que llegan a este estado, deben asumir costos muy altos por pagos de intereses bancarios o créditos de financiación, siendo un punto relevante saber realmente que presupuesto se va a emplear en el desarrollo del nuevo plan de pago y cuál será su destinación.

²³ Sentencia C-620 de 2012 de la Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Dichos cambios se presentan pues los acreedores financieros dentro del proceso de insolvencia buscan con relación a sus propios intereses una mayor preponderancia, de acuerdo con ello, es una necesidad visible dentro del proceso, el requerimiento de los acreedores a seguir teniendo fuentes de ingresos, pues debido a una coyuntura de su obligado y ajena a ellos, ven limitadas sus opciones convirtiéndose en una simple expectativa el recaudo de su obligación, es por esto, que su pretensión de que sean satisfechos sus créditos al menos de manera parcial, requiere un gran compromiso del deudor en la planeación de sus finanzas.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

*“El Estado, la sociedad, el deudor insolvente y sus acreedores concurren, entonces, cada uno con sus intereses, algunos coincidentes y otros contrapuestos. Todos ellos encuentran, en algún grado, un lugar en la Constitución. Por ello, las respuestas de la legislación derivarán en una confrontación de lo constitucionalmente justo. Este tribunal debe ser consciente de ello”.*²⁴

Sin embargo, podemos concluir que la insolvencia no es otra cosa distinta a las dificultades de carácter económico en que la empresa se encuentra inmersa y que sólo serán superables, para el caso de la reorganización, con la colaboración y participación activa de los acreedores.

No es un punto menor, del cual se considera hacer mención y que es característico en las empresas que hacen parte de las llamadas economías emergentes, y por supuesto, Colombia no es ajena a esta problemática, y es que, cuando en un mundo globalizado donde los competidores

²⁴ Sentencia C-854 de 2005, Corte Constitucional M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

suelen ser un número significativo de empresas a nivel mundial, existe un rezago que se vive en temas relacionados con innovación y desarrollo en procesos tecnológicos. Dicha atraso aumenta cuando la empresa se encuentra en estado de insolvencia y se somete a proceso de reorganización, pues debe sustraer de su presupuesto la partida destinada a innovación y desarrollo, en el caso de empresas de tecnología, perdiendo con ello eficiencia en la automatización de procesos y en las comunicaciones, en tanto las entidades financieras son renuentes a comprender este tipo de necesidades.

Cambios Jurídicos.

Respecto de los cambios jurídicos sufridos por las compañías que se someten al proceso de insolvencia, debemos referirnos a lo contemplado por los artículos 16 a 23 de la Ley 1116 de 2006, pues aquellos son los contentivos de los transformaciones que sufrirá la compañía en el giro ordinario de sus operaciones:

Nos dice el artículo 16, sobre la ineficacia de estipulaciones contractuales, que son ineficaces: las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad: impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones. (Ley 1116 de 2066).

En ese sentido encontramos en el artículo 17, cuáles son los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor, y contempla las siguientes prohibiciones:

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

- Adoptar reformas estatutarias.
- Constituir o ejecutar garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios.
- Efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo en procesos en curso, tampoco están permitidas la conciliaciones o transacciones sea cual fuere su clase de obligaciones a su cargo.
- Efectuar enajenaciones de bienes u operaciones que no comprendan el giro ordinario de sus negocios.

Lo anterior, sin perjuicio de autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. Así mismo, en sus párrafos encontramos importantes efectos que obedecen al nuevo estatus de la sociedad, -en el párrafo 1- las relativas a las consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones; tales como la remoción de los administradores, la naturaleza solidaria de la responsabilidad y la imposición de multas hasta tanto no se reverse la operación indebida. En congruencia, en el párrafo 2, destaca la sanción más importante que se aplica que es la ineficacia de pleno derecho de los actos vedados normativamente. (Párrafo 1 y 2 art. 17, Ley 1116 de 2006).

Por otro lado, en el párrafo 3, nos da la indicación de que los únicos pagos que pueden hacerse son los de las obligaciones del giro ordinario del negocio, es decir, aquellas que sean laborales, fiscales y proveedores. También en su párrafo 4 señala que se requiere la autorización del Juez del concurso para pago de pequeñas acreencias que en conjunto no superen el Cinco por ciento del pasivo externo. (Párrafo 3 y 4 art. 17 Ley 1116 de 2006, adicionados por la Ley 1429 de 2010).

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

El artículo 20 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, nos hablan sobre importantes temas, como el relativo a los efectos del inicio del proceso de reorganización, entre los que se cuentan, el que no puedan admitirse o continuarse procesos de ejecución o cobro por parte de los acreedores en contra del deudor, además tendrán que incorporarse al proceso de reorganización los que se estén tramitando, las excepciones de mérito que se hayan propuesto se tramitan como objeciones dentro del proceso de reorganización, las medidas cautelares decretadas en dichos procesos quedan a disposición del Juez del Concurso. De igual forma, se dará continuidad a los contratos actuales, no podrán iniciarse o continuarse procesos de restitución de bienes operacionales arrendados o en leasing y se suspende la causal de disolución por pérdidas.

Otros efectos son:

Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha del inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago. (Art. 71)

Se interrumpe el término de prescripción y no opera la caducidad. (Art. 72.)

No podrán suspenderse o deberán reconectarse los servicios públicos por mora anterior a la fecha de admisión a la insolvencia. (Art. 73)

Señales de alarma

Según se ha podido vislumbrar en la cotidianidad de las empresas, existen unas señales de alarma o situaciones que se presentan y que pueden llegar a configurar a futuro un estado de cesación de pagos, por ello es importante destacar algunas advertencias, que pueden sugerir tal

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

coyuntura. Podríamos determinarlos como de índole interno, tales como el incumplimiento en el pago de manera oportuna de la nómina de los trabajadores por varios periodos, incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales o, incluso el no pago de aportes a la seguridad social, en ese sentido, se generaliza también, el impago de los impuestos a diferentes entidades.

En concordancia, existen otros de naturaleza externa como destinar más tiempo atendiendo situaciones urgentes con los acreedores -como negociar de manera transitoria las obligaciones vencidas- y fijar permanentes aplazamientos para pagos a proveedores estratégicos; en lugar de estar centrado en el cumplimiento de las metas según los indicadores corporativos, tales como abrir nuevos mercados, madurar ideas de innovación y desarrollo o buscando alianzas estratégicas para la ejecución de nuevos proyectos.

Por supuesto que implementando un plan de trabajo estructurado y realista se logrará salir de la verdadera situación de impagos y sobre todo entendiendo la crisis como una oportunidad de reestructurar sus finanzas de una manera legal, ordenada y definitiva.

Con el apoyo de los principios del régimen concursal que establecen reglas sustantivas y procedimentales, como quedó anotado en el capítulo uno, el alcance y aplicación depende, en gran medida, de la manera en que la regulación hagan una ponderación de las diferentes presiones que la misma situación de insolvencia suscita.

En situaciones tan dramáticas como las vividas a partir del año 2020, con ocasión de la pandemia por Covid-19, donde se presentó una crisis generalizada, producto de una baja en los

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

procesos de producción, distribución y consumo, deben tomarse mediadas por parte del empresariado para mitigar de manera eficaz tales situaciones. Es allí cuando para alcanzar a honrar los créditos insolutos tendrá que dirigir sus esfuerzos a materializar su iniciativa o propuesta de pago, mediante los mecanismos que considere viable durante el proceso, tales como solicitud de aplazamiento de pagos o períodos de gracia, obtención de financiación o capitalizando sus pasivos.

Tal como se ha anotado, en otro acápite del presente trabajo, el interés del Estado también está en juego dado que la expectativa de recaudo mediante los impuestos que gravan la renta, es decir, los ingresos o el intercambio de bienes o servicios se convierte en una variable que despierta gran interés en el Estado. Por ello, el Estado habrá de evaluar si es prudente hacer cumplir su obligación de manera instantánea, si lo hace después o incluso si debe renunciar al pago.

Nos enseña la Corte Constitucional, que: “debe establecerse si las reglas privilegian formas de amparo colectivo fomentando actividades de concertación, cooperación y coordinación entre el deudor y los acreedores o si, por el contrario, preservan formas de amparo individual a fin de proteger a determinados acreedores, con el riesgo de afectar la continuidad de la empresa”.

En sentencia C-237 de 2020 la Corte Constitucional, expresa: “Igualmente, le corresponde al respectivo régimen definir (ii) si fomenta perspectivas de corto o largo plazo, en función de las cuales puede preferirse la garantía inmediata de los créditos o el aplazamiento de su exigibilidad. Igualmente, los regímenes concursales definen, en atención a la *comunidad de pérdidas* que a ellos subyace, (iii) reglas para distribuir las entre los diferentes acreedores. Incluso, en situaciones de

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

crisis extrema (*iv*) las normas deben establecer si se extinguen definitivamente los créditos de algunos de los acreedores con el propósito de incentivar el salvamento de las empresas.”²⁵

No obstante, parecer muy claros tales requisitos y estar de manera taxativa enunciados en el artículo regulatorio, han sido varias las posturas sobre cuando en el marco del desarrollo del objeto social de la compañía, pasa de ser una sociedad sana, con evolución de sus negocios, con el cabal cumplimiento de sus obligaciones y un firme comportamiento crediticio a una situación de incumplimiento generalizado de sus compromisos.

A su vez el carácter judicial de los procesos concursales deriva en preocupaciones sobre el incremento del litigio y la capacidad institucional para darle respuesta, todas estas son situaciones a las que se enfrenta en la actualidad el aparato jurisdiccional.

En palabras del Corte Constitucional: “La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes”²⁶.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-237/20. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

²⁶ Sentencia C-620 de 2012 de la Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

En ese sentido, uno de los elementos más relevantes originado en el desconocimiento de la aplicación de las empresas a los preceptos establecidos en el régimen de insolvencia, es la inexorable reducción de los puestos formales de trabajo, ello es así, pues al no aplicarse las disposiciones que fueron creadas en razón de la protección del empleo, se hace imposible su conservación.

Por lo anterior, es deber del Estado orientar el desarrollo empresarial, propendiendo por su reactivación en los eventos en los que la empresa se halle en situaciones de especial atención, como los estados de insolvencia; ello bajo el entendido de que la actividad económica es una actividad fundamental para el Estado, así las cosas se hace necesario establecer lineamientos legales que estimulen y protejan las empresas, pues en definitiva serán quienes se acojan a los preceptos normativos quienes salgan beneficiadas.

Partiendo de la aproximación al concepto de crisis y su clasificación, se lograron identificar los cambios económicos, entendidos como administrativos u operativos, de mercado y financieros, y jurídicos que presentan las empresas en crisis cuando se acogen al régimen de insolvencia. Se enunciaron cuáles son las señales de alarma que generalmente se presentan en las empresas en peligro inminente de incurrir en un estado de insolvencia. Todo ello, para exponer los principales efectos presentados con la declaratoria de las empresas en proceso de reorganización, y su nuevo estado de cosas, resaltando el espíritu de ese cuerpo normativo: la protección del crédito, la

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, pilares sobre los que se fundan las normas concursales.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis**CAPITULO 3****BENEFICIOS EN MATERIA COMERCIAL Y TRIBUTARIA POR LA
IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS DE ALIVIO FINANCIERO Y
REACTIVACIÓN EMPRESARIAL**

En el desarrollo del presente capítulo se plantearán los beneficios en materia comercial y tributaria teniendo como base la implementación de los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial, por el gobierno nacional en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y las Medidas Transitorias Especiales en Materia de Procesos de Insolvencia, específicamente los Decretos Ley 560 de 2020 y 772 de 2020 para determinar las modificaciones en materia jurídica y económica más relevantes realizadas a dicho régimen. Ello, con el fin de llegar a las conclusiones determinando la efectividad de tales medidas. Así mismo, se estudiará el alcance de la protección constitucional de la empresa a través de los procesos de reorganización, desde el concepto de intervención del Estado en la economía y los argumentos que definen la relevancia constitucional de la protección a la empresa.

El Decreto Ley 560, “Por el cual se adoptan medidas transitorias en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica”, complementado por el Decreto 772 de 2020 “Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la Emergencia Social, Económica y Ecológica en

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

el sector empresarial”; en su conjunto se ha denominado como el Régimen de Rescate Empresarial que se dirige a crear un entorno de recuperación empresarial, amplio e incluyente.

A su vez, las normas aludidas, entran a formar parte del cuerpo normativo referente al régimen de insolvencia, para que faciliten la preservación de la empresa y el empleo, sin descuidar el derecho de crédito de los acreedores, y de manera coherente, sin dejar por fuera del escenario recuperatorio a los diferentes sectores de la economía entendida como un todo, siempre con el fin de afrontar con herramientas apropiadas y eficaces la crisis empresarial generada por el Covid-19 y proporcionando verdaderas soluciones caracterizadas por su efectividad y pertinencia.

En tal dirección es oportuno destacar que las medidas incorporadas en los decretos objeto de estudio son el resultado de una política gubernamental de cuidado y conservación que está dirigida al sector empresarial, y que demuestran unos presupuestos generales que se reflejan en la reactivación de la economía, tales como la agilización de los trámites que se adelantan ante el órgano competente, v.gr., Superintendencia de Sociedades, desjudicializando trámites en general, reduciendo términos; e incluso otorgando la oportunidad para que dentro del mismo proceso se inyecten nuevos capitales tratando de generar mayor eficiencia en la empresa.

Así mismo, es relevante distinguir una importante diferencia que se presenta entre el Decreto 772 de 2020 y el Decreto 560 de 2020, pues mientras el primero incorpora un proceso de liquidación para pequeñas insolvencias, el objeto del segundo recayó -principalmente- en evitar

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

que la empresa llegara al punto de liquidación, fortaleciendo las medidas relacionadas con el proceso de reorganización o recuperación empresarial.

La Sentencia C-378 de 2020, sustenta que para la correcta identificación e interpretación del régimen de insolvencia contemplado en la Ley 1116 de 2006, se hace ineludible distinguir la concurrencia de subclases adicionales: la primera es la relativa al tipo de acreedores existentes en el marco de los procesos concursales, cuya relevancia se sustenta en el claro efecto en materia de votación del acuerdo de reorganización; y la segunda es la conformación legal de un sistema de prelación de créditos que todo proceso debe garantizar y reconocer, sin perjuicio de los demás pagos originados con ocasión del proceso de insolvencia, v.gr., los gastos de administración.

De acuerdo con lo anterior, recordemos que el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 consagra la existencia de cinco categorías de acreedores que, en su orden, son las siguientes: a) los titulares de acreencias laborales; b) las entidades públicas; c) las instituciones financieras, nacionales y demás entidades sujetas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, y las instituciones financieras extranjeras; d) los acreedores internos, es decir, socios o accionistas de la sociedad, e) los demás acreedores externos.

Habiendo precisado lo anterior, pasaremos a señalar cuáles son los aspectos comerciales y tributarios más destacados en el Régimen de Rescate Empresarial:

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Decreto Ley 560 de 2020²⁷

Este Decreto, a juicio de la Superintendencia de Sociedades, se sustenta sobre cuatro pilares²⁸:

1. Creación de herramientas extrajudiciales de negociación expeditas.
2. Creación de mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito.
3. Beneficios tributarios.
4. Suspensión de normas y obligaciones legales.

1. Creación de herramientas extrajudiciales de negociación expeditas.

El Decreto Legislativo 560 de 2020, creó un procedimiento de recuperación empresarial, amplio e incluyente, facilitando la preservación de la empresa y el empleo, sin descuidar el crédito.

En sus considerandos dicha norma expresa: que es necesario promover la implementación de nuevas fórmulas de arreglos entre el deudor y los acreedores como las capitalizaciones de deuda, las descargas de pasivo y pacto de deuda sostenible, que permitan resolver la crisis del deudor, con el fin de evitar la liquidación y la consecuencia pérdida de puestos de trabajo. (Decreto 560 de 2020, Considerandos.)

Por ello, establece cuales son las herramientas para la negociación que debe iniciar con el procedimiento que se describe de manera sucinta, en primer lugar debe haber publicidad de la

²⁷ Declarado exequible mediante Sentencia C-237 de 2020. Corte Constitucional. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁸https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Documents/2020/ABC/RégimendeRescateEmpresarialv4.pdf

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

admisión, esto es, se deberá fijar un aviso con los términos del proceso, informando a los acreedores sobre el inicio del mismo, a su vez deberá informarse a los despachos judiciales y demás entidades donde se tramiten procesos en su contra, tales como DIAN, Secretarías de Hacienda de los municipios donde se asiente la empresa o ejerza su objeto social, etc.

Una importante novedad es la del aplazamiento de los pagos por concepto de gastos de administración dentro de las negociaciones de emergencia de un acuerdo de reorganización. Así mismo, el efecto de esta norma no se extiende a las obligaciones que se encontraban incumplidas antes del inicio del trámite de negociación de emergencia.

Por otro lado, explica la Superintendencia de Sociedades, que la financiación de la que habla el artículo 5 del Decreto 560 de 2020, en el marco de una negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización que llegare a fracasar, se regirá por los términos pactados contractualmente y no será considerada como gastos de administración, sino como una obligación sujeta a un eventual proceso de insolvencia que se llegue a iniciar respecto de ese deudor. (Superintendencia de Sociedades, documento informativo -ABC Régimen de Rescate Empresarial-, 2020)

En congruencia con lo anterior, se contempla también el pago de manera preferente de las obligaciones postergadas en caso de confirmación del acuerdo o bien fracasada la etapa de negociación, para lo cual el legislador ha concedido el término de un mes desde la ocurrencia de una de las dos situaciones. Por supuesto, que en razón del derecho que les asiste a los acreedores éstos tienen garantizado su derecho a reclamar su cobro coactivamente y/o solicitar se declare el incumplimiento del acuerdo. Si el deudor no paga, las obligaciones se entenderán vencidas desde

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

su fecha original y deberá presentarse un informe al Juez del Concurso sobre los gastos de administración aplazados durante el término de la negociación.

2. Creación de mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito.

El acceso a los mecanismos extraordinarios para proteger la empresa, el empleo y el crédito, tiene como destinatario de la norma a todos los nuevos solicitantes quienes deberán presentar la declaración de afectación en la memoria de las causas que lo llevaron a la crisis, sin embargo, de manera incluyente, y sin ser ajenos a la realidad de todos los empresarios, la norma contempló así mismo, a los solicitantes cuyos procesos estuvieran en trámite o ejecución, brindando de esta manera la posibilidad de cumplir con el objeto del régimen de insolvencia, como es apenas obvio, con el requisito que dicha afectación estuviera afirmada y sustentada.

Nos muestra lo anterior, que todos los deudores del régimen de insolvencia podrán pues, solicitar su admisión al procedimiento de recuperación empresarial. Así mismo, reglar mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial, incluye el pago anticipado de pequeñas acreencias hasta del cinco por ciento (5%) del pasivo externo, precepto contemplado en el artículo 3 del Decreto 560 de 2020.

3. Beneficios tributarios.

Al tenor de lo expuesto, los beneficios tributarios otorgados por los mecanismos financieros a los que puede acceder un deudor que se halla en estado de insolvencia, durante la negociación de un acuerdo de reorganización, entre el inicio del proceso y la confirmación de dicho acuerdo,

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

consisten, entre otros, en la posibilidad de obtener crédito para continuar con el desarrollo del giro ordinario de sus negocios, gozando dichas obligaciones de la preferencia para el pago prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006; en este evento, no se requerirá la autorización del Juez del concurso para ello. Si el deudor no consigue financiación, el Juez del concurso podrá autorizar garantías adicionales sobre los activos, en tanto que el acreedor que otorgue nuevos recursos podrá acceder a la preferencia en su pago, incluso, sobre los créditos de la DIAN. Todo lo anterior, al tenor de lo estatuido por el artículo 5 del decreto bajo estudio.

De igual manera, en consonancia con el artículo 4, el deudor podrá acceder a los mecanismos destinados a mejorar su flujo de caja a través de los sistemas que el legislador ha denominado: *capitalización de pasivos*, consiste en la suscripción voluntaria por parte de un acreedor de acciones o participación en la empresa insolvente; *descarga de pasivos*, es decir, cuando el pasivo del deudor sea superior a su valoración como empresa en marcha, el acuerdo de reorganización podrá disponer la descarga de aquella parte del pasivo que exceda la mencionada valoración; y *pactos de deuda sostenible*, hace referencia a la reestructuración o reperfilamiento de las obligaciones del deudor para con las entidades financieras.

En concordancia con lo anterior, dice la norma que: los alivios tributarios a los que puede acceder un deudor admitido a un proceso de reorganización o con acuerdos en ejecución, y que tenga como finalidad promover el flujo de caja y aliviar la situación derivada del proceso de reorganización empresarial, no estarán sometidas a retención o auto retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta y estarán exoneradas de liquidar y pagar el anticipo de renta de que trata el artículo 807 del Estatuto Tributario (art. 12 Decreto 560 de 2020). Además estarán

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

sometidas a retención en la fuente a título del impuesto sobre las ventas IVA del cincuenta por ciento (50%), así mismo, no se encuentran obligados a liquidar renta presuntiva por el año gravable 2020 (art. 13 Decreto 560 de 2020).

En Sentencia C-237 de 2020 de la Corte Constitucional. MP. José Fernando Reyes Cuartas, encontramos al respecto:

Teniendo en cuenta que el establecimiento de un régimen de renta presuntiva no se encuentra constitucionalmente exigido, prever su inaplicación por el año gravable 2020 no se opone a la Constitución. Por el contrario, una regla como la referida (i) toma nota de que una porción de las actividades económicas se ha contraído de modo que resulta difícil inferir la producción de rendimientos económicos a partir de presunciones. En adición a ello, la Corte ha señalado (ii) que la *“exoneración temporal de ciertas empresas del régimen de renta presuntiva no constituye una exención total de tributar por la renta, si no apenas una exclusión del régimen de presunciones”*.

29

4. Suspensión de normas y obligaciones legales.

Cuentan igualmente, las partes, con la protección relativa a la suspensión, pues con el inicio del procedimiento se produce la interrupción de todos los procesos de ejecución, cobro coactivo, restitución de tenencia y ejecución de garantías, respecto a todos los acreedores frente al deudor, (artículo 15, Decreto 560 de 2020) misma que se mantendrá durante la negociación y producirá

²⁹ Sentencia C-237 de 2020 de la Corte Constitucional. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

los efectos previstos en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, sin que proceda el levantamiento de medidas cautelares o autorizaciones allí previstas.

Decreto Ley 772 de 2020³⁰

El Decreto Legislativo 772 de 2020, además de incluir la disposición que expresa la finalidad de esta norma y el término de vigencia (Artículo 1), contiene las reglas de los procedimientos de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización y de recuperación empresarial, y determina cuales son las características y procedimientos para la negociación rápida y efectiva. A su vez prevé fundamentalmente cuatro grupos de medidas:

a. Medidas generales para el acceso y trámite expedito a los procesos, procedimientos y trámites de insolvencia.

Buscando la flexibilización de los requisitos para acceder a los beneficios de la norma antedicha, se hallan, entre otros: la exclusión de la auditoría del Juez del Concurso sobre la información financiera o de cumplimiento de políticas contables que se allega para iniciar un trámite de reorganización y liquidación, disposición contemplada en el artículo 2, así mismo, el uso de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial que permitan un acceso más fácil a la solicitud de admisión mediante formatos preestablecidos y radicaciones electrónicas de documentación e información, según lo preceptuado en su artículo 3; el fortalecimiento de la lista

³⁰ Declarado exequible mediante Sentencia C-378 de 2020. Corte Constitucional. MP. Diana Fajardo Rivera.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

de auxiliares de la justicia para procesos de insolvencia, dicho por el artículo 7; así mismo se establece el levantamiento de las medidas cautelares en procesos ejecutivos buscando que se entreguen los recursos embargados al deudor para el pago de acreencias.

b. Mecanismos o medidas de protección y recuperación.

Dichos mecanismos se encuentran dirigidos al objetivo de la preservación de la empresa y el empleo, según se contempla en el artículo 4, así mismo a la protección de los compradores de inmuebles destinados a vivienda en el marco de procesos de reorganización, a su vez, los deudores que tengan como objeto social la construcción y venta de inmuebles destinados a vivienda podrán sin autorización del Juez del Concurso, realizar pagos del crédito hipotecario sobre el cual se constituyó la hipoteca de mayor extensión, ello consagrado en el artículo 5 y a la recuperación y generación de valor en procesos de liquidación, como el uso del martillo electrónico buscando la optimización de los activos, contemplado en el artículo 6.

Sobre la importancia de este tema la Superintendencia de Sociedades ha señalado al respecto que: cuando se otorgue una escritura pública, el producto de los bienes deben destinarse a atender los gastos de administración y las obligaciones de primera clase, las cuales, como es sabido, gozan de preferencia frente a los créditos de los promitentes compradores, pue en esa medida es que se muestra complaciente la norma, ya que el otorgamiento del citado instrumento público generará los recursos necesarios para atender dichos pasivos, lo cual, si bien en principio parece constituir una alteración de la prelación legal, se justifica en la protección constitucional a tener una vivienda digna, y que además no compromete los derechos de los acreedores preferentes, ya que

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

simplemente se está tratando de obtener los recursos para garantizar su pago. (Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-253297 del 29 de diciembre de 2016)

c. Medidas de creación para pequeñas insolvencias

Estas medidas consisten en la configuración de dos nuevos procesos, el de reorganización abreviada contemplado en su artículo 11, destinado a los deudores legitimados para acceder al régimen de insolvencia contemplado en la Ley 1116 de 2006, siempre y cuando los activos del deudor sean inferiores o iguales a Cinco Mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (5.000 SMLMV). Y el de liquidación judicial simplificada establecido en el artículo 12, señala como requisito para el trámite simplificado el mismo monto (5.000 SMLMV) como requisito para someterse al mismo.

Con la adopción de dichas medidas no sólo se espera disminuir la duración de los procesos en relación con el sistema tradicional, sino que ello permitirá, de una manera más eficiente, lograr la recuperación de las capacidades de la empresa a nivel social, laboral, productiva y financiera siempre con la finalidad de conservar el empleo y agilizar los procesos de liquidación judicial -en caso de que las empresas definitivamente sean inviables- y de esta manera retornar los activos a la economía de una manera sencilla y rápida.

La Corte Constitucional en Sentencia C-378 de 2020, rescata los aspectos más novedosos de dicha norma, así:

“(i) El auto de admisión debe incluir la fijación, dentro de los 3 meses siguientes, de la fecha de la reunión y, además, debe determinarse la fecha de la realización de la audiencia. Estos dos

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

momentos se convierten en las dos etapas fundamentales de la nueva configuración del proceso de reorganización abreviado.”

Y continua la Corte en su exposición, “Proferido el auto admisorio:

(ii) el promotor debe presentar, en un término de 15 días -no de entre 20 días y 2 meses como sucede en el proceso ordinario- el proyecto de calificación y graduación de créditos y de determinación de votos, en el mismo término el deudor debe actualizar el inventario de activos y pasivos,

(iii) Las objeciones a tales proyectos deben presentarse hasta 5 días antes de la fecha para la reunión, con los argumentos y pruebas; de estas no hay traslados ni término probatorio alguno, aunque el deudor debe realizar desde su presentación, diligencias para conciliarlas.

(iv) Posteriormente, en la fecha indicada, debe celebrarse la reunión de conciliación de las objeciones a la calificación y graduación de créditos y de determinación de derechos voto -que no existe en el proceso ordinario-; en tal oportunidad, además, se hará la presentación del plan de negocios y del acuerdo de reorganización.”³¹

d. Medidas complementarias

De igual forma, el legislador creó unas medidas que recaen sobre tres fundamentos, cuales son: *i*) la inclusión de normas dirigidas a precisar algunos aspectos de la regulación prevista en el Decreto Legislativo 560 de 2020, como el relativo a que el aplazamiento en el pago de los gastos

³¹ Sentencia C-378 de 2020. Corte Constitucional. MP. Diana Fajardo Rivera.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

de administración debe ser justificado y razonable, y siempre enmarcarse dentro del principio de la buena fe, del que habla el artículo 8; el cumplimiento de las obligaciones originadas en la financiación durante la negociación del acuerdo de reorganización contemplado en el artículo 9; y finalmente cuando serán aplicables los acuerdos de reorganización por categorías para los procedimientos de recuperación empresarial de que habla el parágrafo 3 del artículo 8 del Decreto 560 de 2020, según lo establecido en el artículo 10.

ii) la previsión de beneficios tributarios, observados en el artículo 15, tales como el tratamiento de algunas rentas de deudores en el régimen de la Ley 1116 de 2006, el Decreto 560 de 2020 y Decreto 772 de 2020. Reza el artículo precitado que: las rebajas, descuentos o quitas de capital, multas, sanciones o intereses que obtengan los deudores; serán gravados en todos los casos como ganancia ocasional y no como renta ordinaria o renta líquida, cuando sean el resultado y parte de los acuerdos de reorganización celebrados o modificados en el marco del régimen; y

iii) las disposiciones que establecen algunas suspensiones temporales de normas ordinarias artículo 16 y la vigencia hacia el futuro de este decreto, artículo 17.

Se cita el artículo 16 del Decreto bajo estudio, sobre las normas que cobija la disposiciones de Suspensión Temporal:

Art. 16. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, (...) se suspenden de manera temporal, hasta el 16 de abril de 2022, los artículos 342, 351, 370 y el numeral 2 del artículo 457 del Código de Comercio y el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008,

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

frente a la causal de disolución por pérdidas; y el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, frente al término para enervarla.

A través de la condonación o alivio de obligaciones de diferente naturaleza -como tributarias y financieras-, la normatividad en materia de insolvencia ha sido eficaz y eficiente desde su concepción cumpliendo así una función social para las empresas que son objeto de salvamento como lo son las que se encuentran en reorganización y de otro lado, la realización pronta y ordenada de los activos de aquellas que son jurídica y económicamente inviables.

Las medidas adoptadas en los decretos legislativos son necesarias frente a la realidad del país y dichos cambios jurídicos, habilitan procedimientos de insolvencia expeditos y ágiles para mitigar el impacto económico negativo de la pandemia, lo cual como se ha expuesto, tiene consecuencias directas en la situación laboral de los trabajadores, además trajo como novedad la implementación de procedimientos de insolvencia abreviados que permitieron atender las necesidades de eficacia y eficiencia que demandó la coyuntura.

En una encuesta del comercio para finales de abril de 2020, se encontró que, a pocos días para el pago de las nóminas de ese mes, uno de cada tres comerciantes no tenía recursos para hacerlo, sólo el 6% lo haría con créditos otorgados por el Gobierno, el 38% anunciaba cierres o ingreso a

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

la Ley 1116 de 2006, y el 69% de los empresarios anunció que tendrían que disminuir su personal entre un 25% y un 75%.³²

Por ello, vemos como de manera ágil y certera se reguló el ejercicio de las facultades jurisdiccionales y modificó y suspendió otras normas de carácter legal, disposiciones que fueron de manera inequívoca necesarias, idóneas y conducentes para mitigar el impacto económico ocasionado a raíz de la recesión económica, industrial y de servicios presentada durante la declaratoria del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Alcance de la protección constitucional de la empresa a través de los procesos de reorganización.

El profesor Alexander Cruz (2010) señala que: el intervencionismo del Estado en la economía se presenta como un fenómeno en el que aquél incide en los procesos económicos para normalizarlos e incentivar su crecimiento en aras de la prosperidad general³³. Dicha realidad cobra mayor relevancia cuando lo que se pretende proteger con la acción del Estado, es la conservación de la empresa por lo que implica el sostenimiento de esta realidad y los efectos adversos que pueden evitarse. En tal sentido, el profesor Jorge Witker dice que “la intervención del Estado en la

³² Federación Nacional de Comerciantes -Fenalco-. Escrito presentado el 7 de julio de 2020 por Jaime Alberto Cabal Sanclemente, Presidente de Fenalco.

³³ Cruz, Alexander. Intervención del Estado Colombiano en el Sector Solidario. Informe final de investigación para optar al título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario, Bogotá, Pág. 42, 2010.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

economía surge como el instrumento temporal por el cual el poder público penetra al sistema económico, para corregir las contradicciones y crisis internas del sistema económico liberal”.³⁴

La Constitución dota al aparato estatal “de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento” e igualmente otorga “a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública”³⁵.

La cláusula general de intervención del Estado en la economía está enunciada en el artículo 334 de la Constitución Política en los siguientes términos:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la Ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la

³⁴ WITKER, Jorge. Derecho Económico. Colección de Textos Jurídicos. México: Harla, pág. 28. 1985.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-860/06, M. P.: Humberto Sierra Porto. Bogotá: 18 de octubre de 2006.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

preservación de un ambiente sano (...) También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

El artículo 334 de la Constitución Nacional, en conjunto con otras reglas constitucionales (333, 335, 336 entre otras) han sido llamadas por la doctrina constitucional, Constitución Económica. La Corte Constitucional ha dicho que: “La Constitución Económica puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de la Constitución, se encuentra compuesta por: las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos...”³⁶

Siguiendo esa línea el autor Alfonso Miranda Londoño (2005), identifica tres ámbitos de intervención del Estado en la economía. El primero de ellos corresponde a la *garantía de los derechos de contenido económico*, entre los cuales se encuentra el de la propiedad privada y la libre competencia; en segundo lugar, se encuentra el de *direccionismo económico* en donde se orienta la economía de acuerdo con los fines constitucionales, a través de diferentes medios; y finalmente, se encuentra el ámbito de *actuar como agente económico*, esto es como consumidor o

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-865/04, M. P.: Rodrigo Escobar G. Bogotá: 7 de septiembre de 2004.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

productor de bienes y servicios en mercados como el monetario, el crediticio, el bursátil, el asegurador, entre otros.³⁷

Los procesos de reorganización son ocasionados -generalmente- por periodos de recesión en la actividad económica, donde una de las consecuencias más nefastas e inmediatas es el desempleo, conoedora de esta situación la constitución nacional ha sostenido la importancia de la conservación de la empresa y la correlativa protección a las fuentes de trabajo y de esa manera mitigar nuevos factores de inequidad social, es por ello que la normativa y su aval constitucional deben dar solución e implementar los factores para solucionarla.

El artículo 13 de la Carta Política, principio general de igualdad ante la ley, es por supuesto aplicable al régimen de insolvencia, al respecto, explica la Corte:

“Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como *par conditio omnium creditorum*. De acuerdo con el primer principio, todos los bienes del deudor conforman una masa patrimonial que se constituye en prenda general de garantía de los acreedores; correlativamente, los acreedores establecen una comunidad de pérdidas, lo que significa que sus créditos serán cancelados a prorrata, o en

³⁷ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Armenia: Universidad del Quindío, 2005, pág. 11 citando a POLO-ROSETO, Miguel. La Comisión de Regulación de telecomunicaciones. En: Revista de la maestría de derecho económico, núm. 2, 2004.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

proporción a las posibilidades económicas, una vez realizada la venta de los bienes del deudor. El principio de igualdad entre acreedores, por su parte, establece que todos los interesados deben hacerse parte dentro del proceso concursal, respetando de forma rigurosa los procedimientos, recursos y cargas previstas por el legislador para la participación en el concurso³⁸

De manera expresa el régimen de insolvencia distingue como concepto normativo de la mayor relevancia, la protección al crédito, y es que con la indisoluble relación acreedor-crédito, proteger el crédito es proteger el acreedor, y por ende el dinamismo de las relaciones comerciales, el empresario debe reconocer su realidad y evitar no sólo agravar su situación, sino la de los terceros a quienes afectaría con su nuevo estatus de impago.

Finalmente, uno de los elementos más relevantes originado en el desconocimiento de la aplicación de las empresas a los preceptos establecidos en el régimen de insolvencia, es la inexorable reducción de los puestos formales de trabajo, ello es así, pues al no aplicarse las disposiciones que fueron creadas en razón de la protección del empleo, se hace imposible su conservación.

Durante el desarrollo del presente capítulo pudo determinarse cómo el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado, ello se demuestra con la implementación de mecanismos que efectivamente dieron un alivio a las cargas obligacionales y procedimentales de las empresas en situación de insolvencia. Se pudo ilustrar como los Decretos Ley 560 de 2020 y

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

772 de 2020 fueron verdaderas oportunidades para salvar la empresa encaminando a su vez la protección al crédito y la conservación de los puestos de trabajo, situaciones éstas que, a la postre, propendieron por el desarrollo y sostenibilidad de la economía. Entretanto, se logró exponer los argumentos que definen la relevancia constitucional de la protección a la empresa, ya sea de empresas en marcha o activas y, por supuesto, a través de los procesos de reorganización, partiendo del concepto de intervención del Estado en la economía.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

3. Conclusiones

- Tal como lo establece la Ley 1116 de 2006 en su artículo 1, el proceso de reorganización está dirigido a preservar y normalizar las relaciones comerciales y crediticias de las empresas que se encuentran en cesación de pagos o en riesgo inminente de ello, a través de un acuerdo con los acreedores encaminado a su reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos. Por su parte, el proceso de liquidación judicial está destinado a proteger los derechos de los acreedores, a través de la liquidación pronta y ordenada, cuando haya incumplimiento de los acuerdos y de esa manera obtener el máximo aprovechamiento del patrimonio del deudor con la venta de activos.

- La Ley 1116 de 2006 en su artículo 4 consagra los principios rectores del Régimen Concursal Colombiano, los cuales permiten la aplicación del mismo, con la prelación sobre otras normas que le es propia, siendo los principios de *universalidad* e *igualdad* los que mayor preponderancia revisten, tanto desde el punto de vista sustancial, como procesal, es por ello que para la jurisprudencia son los predominantes a la hora de zanjar una discusión frente a la obligatoriedad del uso de la mencionada ley sobre otras normas.

- La finalidad de las normas de insolvencia es, en resumen, la creación de un ecosistema de recuperación o de liquidación empresarial, amplio e incluyente, que facilita la preservación de la empresa y el empleo, mediante una serie de herramientas de salvamento y recuperación para afrontar eficazmente la crisis empresarial.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

- Uno de los efectos jurídicos para las empresas que son aceptadas al régimen de insolvencia es que la misma está supeditada a la facultad que ostenta la Superintendencia de Sociedades de remover a sus administradores y nombrar un Agente llamado Promotor -para las empresas en reorganización- y un Agente Liquidador -para las empresas que han iniciado el trámite de liquidación judicial- quienes en adelante están llamados a cumplir con las funciones de representante legal de la compañía.

- Las crisis empresariales son derivadas precisamente de la existencia de las sociedades, motor de la economía de los países. El régimen de insolvencia, tanto en el proceso de reorganización como en el de liquidación judicial, propende por la de reducción de los nocivos efectos sociales que dichas crisis conllevan, tales como la afectación a la economía, la reducción del crédito y la pérdida de empleos, entre otros. De ahí la importancia del conocimiento y posterior implementación por parte del empresariado colombiano en crisis.

- La crisis derivada de la pandemia Covid-19 afectó y continúa afectando a las empresas, por lo que es necesario que existan procedimientos de insolvencia empresarial ágiles y flexibles, que minimicen las formalidades. En ese sentido, la regulación adoptada por los Decretos 560 de 2020 y 772 de 2020, contienen mecanismos útiles y efectivos encaminados, desde el punto de vista del derecho concursal, a resolver las dificultades empresariales originadas en la coyuntura que buscaron remediar.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

- Los Decretos 560 de 2020 y 772 de 2020, resolvieron hasta la fecha problemas de acceso a la justicia, celeridad en el trámite de los procesos y precavieron una alta litigiosidad existente dentro del régimen concursal tradicional, el cual por su acostumbrado uso resultaba la más de las veces, insuficiente. Si bien dichas normas decretadas con ocasión de la declaración del Estado de Emergencia, Social y Ecológica, no modificaron en su estructura el régimen general de insolvencia, sí fueron un complemento oportuno y pertinente para un momento particular en el cual se requería, facilitando el procedimiento en cuanto a reducción de exigencias del procedimiento y por ende, reduciendo el término global del trámite.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Referencias bibliográficas

Libros

Alarcón, A. (2010). Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho Universidad del Norte, Barranquilla, “Impacto de la ley de reestructuración económica en el sector real de la economía en la ciudad de Cartagena entre el 1 de enero del 2000 y diciembre del 2006”.

Alessandri A. (1940) La Prelación de Créditos, pág. 17. Ed. Nascimento, Santiago de Chile.

Broseta, M. (1977), Manual De Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid

Cruz, A. Intervención del Estado Colombiano en el Sector Solidario. Informe final de investigación para optar al título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

González, A. (1998). Marketing Preventivo: la comunicación de crisis en la empresa. Pág. 23, Barcelona: Bosch.

Instituto Colombiano de Derecho Concursal. (2016). Compendio normativo sobre insolvencia. La imprenta.

Londoño, A. y Márquez, C. (2004). Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Armenia: Universidad del Quindío, 2005, pág. 11 citando a Polo-Rosero, Miguel. La Comisión de Regulación de telecomunicaciones. En: Revista de la maestría de derecho económico, núm. 2.

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

Piñuel, J. (1997). Teoría de la comunicación y gestión de las organizaciones. Pág. 167. Madrid: Síntesis.

Westphalen M. H. & Piñuel, J. L (1993). Pág. 87. La Dirección de Comunicación. Prácticas profesionales. Diccionario técnico. Madrid: Ediciones del Prado.

Witker, J. 1985, p. 28. Derecho Económico. Colección de Textos Jurídicos. México: Harla.

Artículo de revista

Bermúdez, H. Revista Contrapartida, Número 5630, 15 de febrero de 2021. Publicación del Departamento de Ciencias Contables de la Pontificia Universidad Javeriana.

Cabal, J. Federación Nacional de Comerciantes-Fenalco 2020.

Rodríguez, J. Revista E – Mercatoria, volumen 7. 2008.

Sotomonte, R., REVISTA E – Mercatoria Volumen 4, Número 1 (2005) Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana

Oficio

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-253297 del 29 de diciembre de 2016

Página web

<https://www.unisabana.edu.co/portaldenoticias/al-dia/ley-de-insolvencia-un-salvavidas-para-las-empresas-en-crisis/>

<https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>

Régimen de Insolvencia: Oportunidad para empresas en crisis

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/SitePages/QuienesSomos.aspx

<https://dle.rae.es/crisis>

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Documents/2020/ABC/RégimendeRescateEmpresarialv4.pdf

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-216 de 1999 (Antonio Barrera Carbonell M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia T-065 de 2000 (Alfredo Beltrán Sierra M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004, (Rodrigo Escobar M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia C-854 de 2005, (Alfredo Beltrán Sierra, M.P.)

Corte Constitucional, Sentencia C-860 de 2006 (Humberto Sierra Porto M.P.)

Corte Constitucional, Sentencia T-316 de 2009. (Luis Ernesto Vargas Silva M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 2010, (Luis Ernesto Vargas Silva M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2012 . (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2020. (José Fernando Reyes Cuartas M.P.).

Corte Constitucional, Sentencia C-378 de 2020. (Diana Fajardo Rivera M.P.).