

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Referencia: Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 560 de 15 de abril de 2020
Expediente: RE-000286
Magistrado sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas
Asunto: Intervención ciudadana

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la **UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**, y **NICOLÁS PÁJARO MORENO**, profesor adjunto de la misma Casa de Estudios, por medio del presente memorial acudimos a esa Corporación para rendir concepto sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 560 de 15 de abril de 2020, expedido por el Presidente de la República a partir de las facultades derivadas del Decreto 417 de 2020, que decretó el estado de emergencia económica, social y ecológica en el territorio nacional de la República de Colombia, dentro del trámite de control posterior y automático anunciado en la referencia.

TABLA DE CONTENIDO

La presente intervención se encuentra organizada de la siguiente manera:

I. OPORTUNIDAD

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ESTUDIO DEL DECRETO 560 DE 2020

III. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO 560 DE 15 DE ABRIL DE 2020

1. *Estudio del Artículo 1. Finalidad y ámbito de aplicación de mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación.*
 - 1.1. Síntesis de la norma
 - 1.2. Contextualización.
 - 1.3. Diferencias entre la norma de excepción y la legislación ordinaria
 - 1.4. Inconstitucionalidad por falta de conexidad material
 - 1.5. Inconstitucionalidad por falta de motivación suficiente
2. *Estudio del Artículo 2. Acceso expedito a los mecanismos reorganización.*
 - 2.1. Síntesis de la norma
 - 2.2. Contextualización de la norma revisada
 - 2.3. Falta de necesidad de la disposición. La legislación ordinaria contiene normas semejantes a las previstas en el artículo 2 del Decreto 560 de 2020.

- 2.4. Falta de motivación suficiente. La norma no demuestra una conexidad entre las causas de la crisis y el establecimiento de un procedimiento con un grado mayor de incertidumbre y con sanciones más gravosas para el deudor.
3. *Estudio del Artículo 3. Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa.*
- 3.1. Síntesis de la norma
- 3.2. Contextualización. Régimen ordinario para el pago de pequeñas acreencias por fuera de las reglas del concurso
4. *Estudio del Artículo 4. Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.*
- 4.1. Síntesis de la norma
- 4.2. Contextualización. Naturaleza y contenidos de los acuerdos de reorganización.
- 4.3. Ausencia de conexidad material.
- 4.4. Ausencia de necesidad.
- 4.5. Ausencia de proporcionalidad. La descarga de pasivos genera restricciones que no resultan proporcionadas en el contexto de una reorganización
- 4.6. Ausencia de motivación suficiente
- 4.7. Vulneración al principio de igualdad y no discriminación.
- 4.8. Carencia de motivación de incompatibilidad. La norma suspende la vigencia de varias disposiciones de la Ley 1116 de 2006 sin justificación real ni aparente.
5. *Estudio del Artículo 5. Estímulos a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización.*
- 5.1. Síntesis de la norma
- 5.2. Contextualización. Financiación de las operaciones del deudor durante el trámite de un proceso de reorganización.
- 5.3. Falta de necesidad de la norma. La legislación ordinaria prevé mecanismos adecuados y menos gravosos para que el deudor obtenga autorizaciones del juez del concurso
- 5.4. Contradicción de la norma con disposiciones específicas de la Constitución Política. Desconocimiento de los derechos de los acreedores garantizados anteriores al concurso
6. *Estudio del Artículo 6. Salvamento de empresas en estado de liquidación inminente.*
- 6.1. Síntesis de la norma
- 6.2. Falta de conexidad material
- 6.3. Falta de necesidad
- 6.4. Falta de proporcionalidad
7. *Estudio del Artículo 7. Preservación de la empresa, el empleo y el acuerdo de reorganización.*
- 7.1. Síntesis de la norma
- 7.1. Falta de conexidad material. La norma se refiere a acuerdos en ejecución de deudores cuya insolvencia fue originada por las mismas causas de la emergencia
- 7.2. Inconstitucionalidad por violación al principio de no discriminación. El Decreto se circunscribe a los deudores cuya crisis se ocasionó por las causas del Decreto de la Emergencia.
8. *Estudio del Artículo 8. Negociación de emergencia de acuerdos de reorganización.*
- 8.1. Síntesis de la norma
- 8.2. Inconstitucionalidad por contradicción específica con disposiciones constitucionales
- 8.3. Inconstitucionalidad por violación al principio de no discriminación
- 8.4. Vulneración del principio de proporcionalidad
9. *Estudio del Artículo 9. Procedimientos de recuperación empresarial en las cámaras de comercio.*
- 9.1. Síntesis de la norma
- 9.2. Ausencia de proporcionalidad de la norma. La disposición permite que el deudor imponga a los acreedores su voluntad de adherir al régimen previsto en el reglamento de la Cámara de Comercio, o al arbitramento para la solución de objeciones y observaciones.

10. *Estudio del Artículo 10. Fracaso del trámite o procedimiento.*
 - 10.1. Síntesis de la norma
 - 10.2. Concepto sobre la norma. Remisión a lo expuesto sobre el artículo 8 párrafo 2 del Decreto 560 de 2020.
11. *Estudio del Artículo 11. Aplicación subsidiaria de la Ley 1116 de 2006.*
12. *Estudio de los artículos 12, 13 y 14. Disposiciones tributarias*
13. *Estudio del Artículo 15. Suspensión temporal.*
 - 13.1. Suspensión de la causal de incapacidad de pago inminente (artículo 9 parcial de la Ley 1116 de 2006)
 - 13.2. Ausencia de conexidad material. La norma persigue fines distintos de los que motivaron la declaratoria de emergencia.
 - 13.3. Suspensión del trámite de liquidación por adjudicación (artículos 37 y 38 de la Ley 1116 de 2006)
 - 13.4. Suspensión de la causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y de las sociedades por acciones simplificadas (artículos 457 del Código de Comercio y 35 de la Ley 1258 de 2008)
 - 13.5. Suspensión de la obligación de denunciar la cesación de pagos cuando ésta comparta las causas que motivaron la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica (artículo 19.5 del Código de Comercio)
14. *Estudio del Artículo 16. Vigencia.*

IV. SOLICITUD

V. NOTIFICACIONES

I. OPORTUNIDAD

El Decreto Legislativo 560 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica” fue firmado por el Presidente de la República el 15 de abril de 2020, publicado en la edición del Diario Oficial número 51.288 de 17 de abril de 2020¹, y remitido a la Corte Constitucional el día 16 de abril de 2020².

Mediante auto de 27 de abril de 2020, al H. Corte Constitucional dispuso, entre otras órdenes:

*“Cuarto: Cumplido lo anterior **FIJAR EN LISTA** el asunto de la referencia por el término de cinco (5) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 560 de 2020.*

¹ Diario Oficial 51.288 de 17 de abril de 2020, recuperado el 12 de mayo de 2020 en los vínculos <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/view/diariooficial/consultarDiarios.xhtml> y

<https://lince.softmanagement.com.co/sites/default/files/archivosglobales/diariosoficiales/2020/51288.pdf>

² La fecha de radicación fue tomada de la página web de la Secretaría de la Corte Constitucional, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?accion=mostrar&palabra=RE0000286%20%20%20&proceso=11&etapa=0> recuperado el 12 de mayo de 2020.

“Quinto: INVITAR al Instituto Colombiano de Derecho Concursal, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Instituto Colombiano de Derecho Tributario, a la ANDI y a FENALCO para que, si a bien lo tienen, dentro del mismo término descrito en el numeral anterior, emitan concepto en el presente asunto. Igualmente, y con el mismo propósito, INVITAR a las facultades de derecho de las universidades del Rosario y Externado de Colombia” (negritas originales).

El día 12 de mayo de 2020 la Secretaría General de la H. Corte Constitucional ejecutó la fijación en lista según lo dispuesto en el citado auto y en el artículo 37 del Decreto 2067 de 2020, por el término de 5 días, que vence el 18 de mayo de 2020.

Como consecuencia de lo anterior, el término para intervenir vence el día 18 de mayo de 2020; plazo dentro del cual se radica este escrito, que en consecuencia se presenta a ese Alto Tribunal de manera oportuna.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ESTUDIO DEL DECRETO 560 DE 2020

El Decreto 560 de 2020 hace parte de un conjunto de normas proferidas por el Presidente de la República en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante Decreto 417 de 2020.

De acuerdo con la Carta Política, durante el término de vigencia del Estado de Excepción, el Presidente está facultado para *“dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”* (artículo 215 Superior). En el mismo sentido, La Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de Estados de Excepción, en adelante LEEE), establece una serie de condiciones a las que se debe circunscribir la actividad legislativa que emprenda el Jefe de Estado, y que restringen fuertemente su actividad.

Si bien los decretos legislativos expedidos en el marco de la emergencia son leyes en sentido material, éstos se encuentran sujetas a fuertes limitantes en cuanto a las materias que pueden ser abarcadas y en cuanto al sentido en el que puede abordarlas. En otras palabras: **el Presidente de la República, a la hora de expedir decretos legislativos, carece de la libertad de configuración legislativa que constitucionalmente compete al Congreso de la República.**

En esta medida, la revisión que la H. Corte Constitucional realice del Decreto Legislativo debe ser particularmente rigurosa, y ceñirse a las pautas constitucional, estatutaria y jurisprudencialmente fijadas para ello.

Así las cosas, teniendo en cuenta la naturaleza de las normas sometidas a revisión de la Corte Constitucional, la presente intervención estudiará de manera separada cada uno de los dieciséis artículos del Decreto 560 de 2020, según los criterios depurados por la jurisprudencia constitucional para el análisis de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional en el contexto de los estados de excepción. Así, de acuerdo con lo indicado en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994) y en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional³, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

(i) La relación entre la norma y las razones que la motivaron, con miras a verificar que aquélla guarde una relación con éstas, y que no se persigan objetivos distintos (*juicio de conexidad material*)⁴.

(ii) La relación directa y específica entre la norma y las causas de la crisis que desató el decreto de estado de emergencia (*juicio de finalidad*)⁵. (art. 10 LEEE)

(iii) La necesidad de las medidas adoptadas en las normas del decreto legislativo para conjurar o contener las causas de la crisis, y la ausencia de disposiciones similares en la regulación existente en tiempos de normalidad (*juicio de necesidad*, fáctica y jurídica)⁶.

(iv) La correspondencia entre las medidas previstas en el decreto legislativo y la gravedad de los hechos cuyas consecuencias nocivas se pretende conjurar o contener (*juicio de proporcionalidad*)⁷. Al respecto, “*Se considera que las medidas serán legítimas si (i) no es posible establecer otras menos gravosas, (ii) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (iii) la perturbación no puede conjurarse con*

³ Ver las sentencias C-149 de 2003, C-172 de 2009, C-224 de 2009, C-193 de 2011, C-244 de 2011, C-251 de 2011, C-272 de 2011, C-274 de 2011, C-275 de 2011, C-296 de 2011, C-297 de 2011, C-298 de 2011, C-299 de 2011, C-300 de 2011, C-466 de 2017, C-517 de 2017, entre otras

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 215, “(...) Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia (...)”.

⁵ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 10. Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003.

⁷ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 13. Proporcionalidad. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad”.

*procedimientos ordinarios y (iv) no exista otra medida de excepción que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías”*⁸.

(v) Que en el decreto legislativo haya demostrado la existencia de un vínculo de conexidad entre las causas de la perturbación y las limitaciones impuestas a los derechos constitucionales (*juicio de motivación suficiente*)⁹.

(vi) Que, en aquellos casos en que el decreto legislativo haya suspendido la aplicación de normas de la legislación ordinaria, ello se deba a que dichas medidas son incompatibles con el estado de excepción (*juicio de motivación de incompatibilidad*)¹⁰.

(vii) Que las medidas adoptadas en el decreto desarrollen el principio de igualdad constitucional (*juicio de no discriminación*)¹¹.

(viii) Que las disposiciones del decreto legislativo examinado no contradigan la Constitución ni los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (*juicio de no contradicción específica*)¹².

(ix) Que las normas expedidas por el Gobierno durante la emergencia no vulneren un núcleo mínimo de derechos de particular relevancia constitucional (*juicio de intangibilidad de ciertos derechos*)¹³.

(x) La normativa de excepción debe garantizar la vigencia del Estado de Derecho (*juicio de ausencia de arbitrariedad*)¹⁴. Lo anterior supone, como mínimo, que está prohibido:

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003.

⁹ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 8. Justificación expresa de la limitación del derecho. Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias”.

¹⁰ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 12. Motivación de incompatibilidad. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción”.

¹¹ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 14. No discriminación. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

La Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de su función constitucional, velara por el respeto al principio de no discriminación consagrado en este artículo, en relación con las medidas concretas adoptadas durante los Estados de Excepción. Para ello tomara medidas, desde la correctiva, hasta la destitución, según la gravedad de la falta y mediante procedimiento especial, sin perjuicio del derecho de defensa”.

¹² Ley 137 de 1994 (LEEE), artículos 49 y 50. Cfr. también Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003.

¹³ Ley 137 de 1994 (LEEE), artículo 4.

(1) que justicia penal militar investigue a civiles; (2) suspender derechos humanos y libertades fundamentales; (3) interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del Poder Público¹⁵.

III. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO 560 DE 15 DE ABRIL DE 2020

1. Estudio del Artículo 1. Finalidad y ámbito de aplicación de mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación.

1.1. Síntesis de la norma

La disposición que se revisa establece la finalidad y el ámbito de aplicación de las figuras que se regulan en el Decreto Legislativo 560 de 2020.

Como *finalidad*, se propone *la recuperación y la conservación de la empresa*, entendida como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

Por su parte, la norma restringe su *ámbito de aplicación* a *las empresas afectadas con la emergencia económica, social y ecológica*, hasta un término de dos años desde su entrada en vigencia.

1.2. Contextualización.

1.2.1. La protección del derecho de crédito es una de las finalidades primordiales de los procesos de recuperación

Los procesos de insolvencia se han planteado tradicionalmente un propósito que abarca tanto la protección de la empresa como la tutela del derecho de crédito de cada uno de los acreedores. El diseño de los trámite concursales debe necesariamente partir de una adecuada ponderación de los

¹⁴ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 7°. Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración.

Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades”.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-298 de 2011.

diversos intereses en juego, con el fin de impedir que la excesiva protección de uno solo de ellos lleve a la desprotección, el desconocimiento y hasta la negación de los derechos de los demás.

Histórica y conceptualmente, la primera de las funciones del derecho concursal, y de los procedimientos que lo desarrollan, es precisamente **la protección del derecho de crédito**. Desde su misma denominación (que denota la concurrencia o concurso de varios acreedores a ejercer sus derechos), los procesos *concursoales* han tenido como norte la tutela de las prerrogativas de los diversos acreedores en el evento ante la insolvencia o crisis de un deudor.

Así lo ha entendido de consuno la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, al afirmar que “[e]l objeto-fin del derecho concursal es la tutela del crédito, entendido éste no como la confianza individual en el cumplimiento de las obligaciones, sino como un dato de la realidad social que la insuficiencia patrimonial lesiona, provocando un conflicto que trasciende la suma de las litis individuales y se transforma en uno general que comprende a todos aquellos alcanzados por el vínculo obligacional y a muchos otros ajenos a él (...)”¹⁶.

En la actualidad los regímenes concursales protegen, junto con el derecho de crédito, otro tipo de intereses que también tienen una fundamental importancia para la sociedad, como la empresa y el empleo, y establecen **una triple finalidad que los jueces de insolvencia están llamados a realizar, mediante un continuo ejercicio de ponderación**: “En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial” y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio”¹⁷.

La existencia de esta pluralidad de finalidades responde a una realidad que no puede ser desconocida por el legislador (incluso el legislador extraordinario), y frente a la cual no es posible negar ni dejar de proteger a uno de los extremos, sin riesgo para la estabilidad del sistema. En efecto: “Un exceso en la protección del fallido puede llegar a la indiferencia por el cumplimiento o el incumplimiento; una exacerbada protección de la empresa puede llevar a preterir los derechos de los acreedores, particularmente de los quirografarios que se ven postergados en el tiempo y afectados por la generación de nuevos pasivos, como ha sido reiteradamente denunciado; una demasía en los poderes de los acreedores puede conducir al desahucio de las empresas que pudieran salvarse o a la falta de toda consideración de cualquier otro interés relevante” (se resalta)¹⁸.

¹⁶ Garaguso, Horacio Pablo. *Fundamentos de derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2001, p. 45.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1143 de 2000.

¹⁸ Rivera, Julio César. *Instituciones de derecho concursal*, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 38.

En este contexto, los regímenes de insolvencia deben ofrecer un sistema que parta de la protección cardinal de estos tres intereses (crédito, empresa y empleo) y, así, llegado el caso, podrán “*jueces generar el equilibrio necesario para que se logre la finalidad tripartita prevista por el legislador*”¹⁹.

1.2.2. La protección del derecho de crédito ha sido una constante en la historia de la legislación concursal colombiana

Desde la introducción del concordato en la legislación mercantil colombiana, y a lo largo de la historia de la legislación concursal, ha sido una constante la protección del derecho de crédito en los procedimientos recuperatorios. Un simple vistazo por la regulación nacional de los procedimientos de insolvencia pone en evidencia lo anterior.

Así, el Decreto 2264 de 1969 establecía, en su artículo 1, que el propósito básico del concordato preventivo se concentra en la regulación de los derechos de los acreedores ante la crisis del deudor: “*El concordato preventivo tiene por finalidad convenir: / La simple espera de los acreedores, o el pago escalonado o parcial de sus créditos; la concesión de quitas; la enajenación o gravamen de los bienes del deudor; la administración de éstos por una tercera persona o por los acreedores, o la simple vigilancia de la gestión del deudor; y en general, la reglamentación de las relaciones entre el deudor y los acreedores*” (se resalta).

El Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), en su artículo 1911 establecía como objeto de los procesos concordatarios un listado de medidas que también comparten el propósito de regular las relaciones de crédito y proteger los derechos de los acreedores²⁰.

En igual sentido, el Decreto 350 de 1989 establecía en su artículo 2° que “[e]l concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, **así como la protección adecuada del crédito (...)**” (se resalta).

¹⁹ Rodríguez Espitia, Juan José. *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Bogotá, Externado, 2007, p. 33.

²⁰ “ARTÍCULO 1911. El concordato preventivo podrá tener por objeto cualquiera de las medidas siguientes, o todas o algunas de ellas simultáneamente:

1ª. La simple espera de los acreedores o el pago escalonado de sus créditos;

2ª. La aceptación de abonos parciales a los créditos actualmente exigibles o de inmediata exigibilidad;

3ª. La concesión de quitas de las deudas;

4ª. La administración de los bienes o negocios del deudor por una tercera persona, o la simple vigilancia de la administración ejercida por el deudor mismo;

5ª. La enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato, y

6ª. Cualquiera otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de éste con sus acreedores”.

La Ley 222 de 1995 establecía, por su parte, que “[e]l concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, **así como la protección adecuada del crédito**” (negritas fuera del texto).

Esta tendencia también se mantuvo en la Ley 550 de 1999, que por un lado, estableció como finalidad expresa de la intervención estatal “[r]establecer la capacidad de pago de las empresas **de manera que puedan atender adecuadamente sus obligaciones**”²¹, y por el otro, dispuso como objeto de los acuerdos de reestructuración “*corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y **para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo (...)***”²² (se resalta).

El actual régimen de insolvencia empresarial dispuesto en la Ley 1116 de 2006 no escapó a esta tendencia, y señaló en su artículo 1 que “[e]l 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**”.

Si bien en las últimas décadas el legislador de forma acertada ha agregado otros objetos de protección, como la empresa y el empleo, ha mantenido siempre al derecho de crédito en un nicho fundamental dentro de las finalidades del sistema concursal, tal como debe ser.

1.2.3. Ámbito de aplicación de los procedimientos de insolvencia

El ámbito de aplicación de los procedimientos de insolvencia puede estar sujeto a numerosas variables, dependiendo de los sujetos a los cuales vaya dirigido, así como de otros intereses, que a veces coexisten con la protección del crédito, de la empresa y del empleo, y que otras veces prevalecen sobre ellos.

El sistema colombiano de insolvencia comprende, además del Régimen de Insolvencia Empresarial, numerosos regímenes que protegen intereses divergentes, como los derechos de los ahorradores del sistema financiero, la continuidad en la prestación de los servicios de salud, de

²¹ Ley 550 de 1999, artículo 2 numeral 4.

²² Ley 550 de 1999, artículo 5.

los servicios públicos domiciliarios, o de la función pública que ejercen las autoridades del Estado, la sostenibilidad fiscal de las entidades territoriales, o la protección del consumidor²³.

Así, la H. Corte Constitucional ha indicado que “[e]n relación con los regímenes de insolvencia, puede señalarse que si bien, de manera general, los principios básicos que se han ido decantando en torno a los mismos resultan aplicables a todo tipo de deudores, independientemente de que tengan la calidad de comerciantes o no, o sean personas naturales o jurídicas, aspecto que se manifiesta en una cierta tendencia doctrinal y legislativa hacia la unificación, no es menos cierto que los comerciantes, las empresas o las personas jurídicas, como destinatarios calificados de este tipo de instrumentos, presentan diferencias significativas frente a quienes no tienen esas calidades, al punto que las soluciones que se contemplan para el primer conjunto de sujetos pueden resultar por completo inadecuadas para atender las necesidades del segundo”²⁴.

Es necesario indicar que ni siquiera en el ámbito del régimen general de insolvencia aplicable a los comerciantes, puede considerarse que haya sinonimia entre los términos “comerciante”, “empresa”, “persona jurídica”, u otros similares, razón por la cual es de capital importancia que el legislador tenga claridad sobre el alcance de cada uno de dichos términos y sea consistente en su uso.

En línea con lo anterior, por ejemplo, las distintas leyes que han regulado los procedimientos concursales han variado sensiblemente en su ámbito de aplicación, desde el “**comerciante**”, en los regímenes del Decreto 2264 de 1969, del Código de Comercio y del Decreto 350 de 1989, el “**deudor**” en la Ley 222 de 1995, las “**personas jurídicas (...) que tengan por objeto el desarrollo de actividades empresariales**”.

Los artículos 2 de la Ley 1116 de 2006 optaron por aplicar el régimen de insolvencia allí previsto a una pluralidad de categorías, así: (i) las **personas naturales comerciantes**; (ii) las **personas jurídicas** no excluidas por el artículo 3 de esa misma ley; (iii) las **sucursales de sociedades extranjeras**; y (iv) los **patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales**. Al respecto, vale la pena indicar que a pesar del epígrafe de la Ley 1116 de 2006 (Régimen de Insolvencia Empresarial), dicha ley no necesariamente se refiere a las crisis de empresas.

²³ Cfr. el listado de sujetos excluidos del régimen de la Ley 1116 de 2006, en el artículo 3 de dicha norma.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007.

Ninguna de las categorías expuestas corresponde al concepto de “*empresa*”. La empresa, de acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, no se define como una especie de persona, sucursal o patrimonio, sino **como una actividad**: “*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios*”. El concepto de “*empresa*” no puede confundirse con el de “*empresario*”, ni mucho menos con el régimen particular que gobierna la naturaleza del empresario. Según la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional: “*La empresa, en el escenario de una economía de mercado, se configura como el instrumento para ejercer las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios*”, mientras que “*El empresario puede entenderse como aquella persona natural o jurídica que en nombre propio ejercita una actividad de intermediación en el mercado, con fines de lucro. En tal sentido, puede ser individual (persona natural) o social, mediante la creación de sociedades mercantiles constituidas de acuerdo con la ley*”²⁵.

Así las cosas, es un error asimilar empresas y sujetos del régimen de insolvencia empresarial. Hay personas naturales comerciantes, personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras y patrimonios autónomos que no desempeñan actividades empresariales. Del mismo modo, hay empresas que se encuentran explícitamente excluidas del régimen de insolvencia empresarial, como las actividades que desarrollan los sujetos enunciados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 3 de la Ley 1116 de 2006.

1.2.4. Modalidades de procedimientos de insolvencia

El régimen de insolvencia empresarial prevé un tratamiento distinto para aquellas empresas que se encuentran en capacidad de superar la crisis y para aquellas que están más allá de toda posibilidad de recuperación²⁶.

La Ley 1116 de 2006 estableció el **proceso de reorganización**²⁷ para aquellos casos en que es posible salvar la empresa. A través de éste, el deudor socializará con sus acreedores toda la información relacionada con su situación financiera y patrimonial, para que éstos la puedan

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2019.

²⁶ “*Los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor para atender el pago ordenado de sus obligaciones*”. Corte Constitucional, sentencia C-1143 de 2000. Las referencias allí realizadas al concordato y a la liquidación obligatoria actualmente deben entenderse hechas a la reorganización y a la liquidación judicial; sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones de la Corte siguen siendo válidas.

²⁷ Ley 1116 de 2006, artículos 9 a 46.

controvertir y, con base en ella, pacten las condiciones en que la empresa podría seguir operando. El propósito de dicho proceso es que se celebre un acuerdo de reorganización, en el que se fijen nuevas pautas para el funcionamiento de la empresa deudora, así como los plazos y cuotas en que se pagarán sus obligaciones, y que dicho acuerdo se ejecute en su totalidad.

Por su parte, a través del proceso de *liquidación judicial*²⁸ se atiende la situación de aquellas empresas que no son viables, o que intentaron recuperarse a través de un proceso de reorganización, sin éxito. En estos casos, se debe terminar la operación de la empresa y, de ser el caso, la existencia de la persona jurídica que la desarrolla, y se ofrece a los acreedores la posibilidad de pagarse, en la medida de lo posible, a través de la venta o adjudicación de los bienes que conforman el activo de la empresa.

Haber sido admitido a un proceso de reorganización no garantiza la recuperación de la empresa; en muchos casos, si se llega a incumplir con alguno de los requisitos legales para continuar con el trámite del proceso o con la ejecución del acuerdo, *debe ordenarse su liquidación*²⁹. A través de esta medida, el ordenamiento busca evitar que, al mantener la operación de una empresa inviable³⁰, sus activos pierdan valor³¹ y que, con ello, los acreedores pierdan la posibilidad de recuperar el valor de sus créditos.

Por tanto, la ley 1116 de 2006 dispone la apertura de la liquidación para todas aquellas empresas que, (i) en algunos casos, no suministren al juez del concurso la información dispuesta en la ley para tramitar el proceso de reorganización³²; (ii) no logren celebrar un acuerdo de reorganización

²⁸ Ley 1116 de 2006, artículos 47 a 66.

²⁹ Refiriéndose a los criterios para evaluar la continuidad de un proceso de insolvencia recuperatorio, la Corte Constitucional, en sentencia T-299 de 1997, consideró: “(...) *este proceso concursal* [el concordato, hoy el proceso de reorganización] *presupone que la empresa se encuentra en un nivel de actividad que, por lo menos, genera los recursos suficientes para honrar los créditos y gastos posconcordatarios. (...) Según el artículo 85-7 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad para convocar de oficio a la sociedad al trámite de un proceso concursal (concordato o concurso liquidatorio), lo cual determina que si esa autoridad administrativa constata que por las razones indicadas los supuestos en que se funda el concordato ya no existen, está obligada a convocar, de oficio, a la empresa al trámite de un concurso liquidatorio*”.

³⁰ De acuerdo con el artículo 1 inciso segundo de la Ley 1116 de 2006, “*El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables (...)*” (se resalta).

³¹ Así lo exige el principio de eficiencia, que rige los procesos de insolvencia, y que según el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006 consiste en: “3. *Eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible*”.

Del mismo modo, el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006 establece que los procesos de insolvencia empresarial se deben desarrollar “*siempre bajo el criterio de agregación de valor*”.

³² En el caso de las reorganizaciones solicitadas por iniciativa de acreedores o de oficio por la Superintendencia de Sociedades. Cfr. artículo 14 inciso final de la Ley 1116 de 2006.

en la oportunidad establecida para ello³³; o (iii) incumplan el acuerdo, y no logren subsanar el incumplimiento por las vías dispuestas en la ley³⁴.

La existencia de causales de liquidación como las que contiene la Ley 1116 de 2006 es algo sano y deseable dentro de un sistema concursal como el nuestro, que debe concentrar sus esfuerzos en recuperar a las empresas viables. Ello debe hacerse sin desgastar innecesariamente la jurisdicción y los esfuerzos de deudor y acreedores en evitar el naufragio de las que no lo son, o como lo ha expuesto la doctrina comparada “*todo en vista a superar los inconvenientes que padezca la empresa que merece salvarse, nunca como ‘pretexto para hacer sobrevivir superficialmente a las empresas que no son viables’*”³⁵.

1.3. Diferencias entre la norma de excepción y la legislación ordinaria

Para efectos de dar claridad, a continuación se explicarán, una por una, las diferencias entre la finalidad y el ámbito de aplicación propuesto para el régimen ordinario, en comparación con el decreto legislativo.

1.3.1. Primera diferencia. El Decreto Legislativo omite la protección del crédito como una de las finalidades fundamentales de los procesos de insolvencia.

El Decreto Legislativo 560 de 2020 plantea como propósito único de la protección a “*la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo*”, dejando de lado la protección al derecho de crédito que tradicionalmente se han planteado como propósito los mecanismos de insolvencia, y en particular, la Ley 1116 de 2006.

Con ello, omite que todo procedimiento de insolvencia se basa en un ejercicio de ponderación entre el crédito y la empresa, y centra el foco de atención única y exclusivamente en uno de los términos.

1.3.2. Segunda diferencia. El Decreto Legislativo omite que un sistema de insolvencia comprende mecanismos de recuperación y de liquidación.

El Decreto Legislativo 560 de 2020 se concentra en la función recuperatoria de los concursos, y omite toda referencia a los procesos de corte liquidatorio.

³³ Artículos 37 y 38 de la Ley 1116 de 2006.

³⁴ Artículo 46 inciso cuarto de la Ley 1116 de 2006.

³⁵ Maffía, Osvaldo J.; de Maffía, María Ofelia, *Legislación concursal. Introducción histórico crítica*. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1979, p. 146.

Lo anterior no es una falla en sí misma; la historia de la legislación concursal ha mostrado la existencia de más de un cuerpo normativo concentrado exclusivamente en la recuperación del deudor, como sucedió con el Decreto 2264 de 1969, el Decreto 350 de 1989 y la Ley 550 de 1999.

Sin embargo, destacamos desde ya que, a diferencia de las normas que se acaban de citar, el Decreto Legislativo 560 de 2020 establece una serie de reglas que pasan por alto la existencia de los procedimientos liquidatorios, incluso en aquellos casos en que es necesario recurrir a ellos, según se expresa en numerosas disposiciones del Decreto Legislativo.

1.3.3. Tercera diferencia. El Decreto Legislativo no establece el criterio de agregación de valor como pauta de análisis para los deudores en concurso.

A diferencia del régimen ordinario, el Decreto 560 no se remite al criterio de agregación de valor como elemento de análisis de las soluciones allí propuestas. Ello puede llevar al riesgo de mantener viva la empresa a toda costa, incluso en aquellos casos en los que el deudor no es viable, en perjuicio de los derechos de los acreedores, que verán reducida la prenda general de sus créditos con ocasión de la preservación artificial de una sociedad que carece de perspectivas de recuperación.

1.3.4. Cuarta diferencia. El Decreto Legislativo restringe su ámbito de aplicación a las empresas.

Según se expuso más arriba, el régimen de la Ley 1116 de 2006 preveía la aplicabilidad de los procedimientos allí dispuestos a las personas naturales comerciantes, a las personas jurídicas, a las sucursales de sociedades extranjeras y a los patrimonios autónomos que desempeñaran actividades empresariales. Salvo el último caso, no se requiere que los sujetos del régimen de insolvencia empresarial desempeñen actividades empresariales.

El Decreto Legislativo 560 de 2020, por su parte, indica que se debe aplicar “*a las empresas que se han afectado como consecuencia de la emergencia antes mencionada*” (se resalta), con lo que establece una pauta completamente distinta para la aplicación de las reglas allí previstas. Con ello excluyó a aquellas personas jurídicas, personas naturales comerciantes y sucursales de sociedades extranjeras que no desempeñen actividades empresariales, restringiendo de paso la posibilidad de acudir a los trámites allí previstos.

1.3.5. Quinta diferencia. El Decreto Legislativo restringe su ámbito de aplicación a las empresas “que se han afectado como consecuencia de la emergencia”.

Se trata de un condicionamiento recurrente a lo largo del Decreto 560 de 2020, el de restringir los efectos de las normas de insolvencia que allí se establecen únicamente a aquellos sujetos que se han afectado como consecuencia de la emergencia.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya debe resaltarse que el lenguaje del Decreto no es consistente en este punto debido a que la mayor parte de los artículos subsiguientes no se refiere a los sujetos del régimen allí previsto en los mismos términos. Así, por ejemplo, los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 se refieren a los deudores afectados “*por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, lo cual plantea un escenario muy distinto del que se presenta en el artículo 1, ya que una cosa son los deudores afectados por la emergencia (lo cual incluye, entre otras, las medidas de confinamiento obligatorio, el descenso en el consumo y la paralización de la economía derivada de éstas y de la gradualidad de las medidas de reactivación) y otra los deudores afectados por las causas de la emergencia (los cuales se limitan a aquellos que fueron afectados por la pandemia del COVID-19).

Desde ya advertimos a la Corte Constitucional que la totalidad de las medidas contenidas en el Decreto 560 de 2020 deben beneficiar a los deudores afectados por la emergencia, según lo dispuesto en el artículo 1, y no solo a los deudores afectados por las causas de la emergencia.

1.4. Falta de conexidad material de la exclusión del derecho de crédito como objeto de protección del Decreto

Las disposiciones del Decreto 560 de 2020 que desatienden el derecho de crédito como elemento fundamental de la crisis de la empresa carecen de conexidad material con las causas de la crisis. Si la intervención del Gobierno Nacional buscaba contener los efectos nocivos que la crisis de ciertas empresas podrían tener en la economía nacional, una parte fundamental de dichas labores de contención se encuentran en la protección del crédito, pues el incumplimiento masivo de obligaciones o su deficiente recuperabilidad puede generar una cascada de insolvencias con consecuencias aún mayores para la economía. La empresa y el empleo no pueden, en esta medida, tenerse como criterios únicos para interpretar la finalidad y principios de la Emergencia, y deben complementarse con el derecho de crédito.

1.5. Falta de motivación suficiente de la exclusión del derecho de crédito como objeto de protección del Decreto

La disposición en comento carece adicionalmente de motivación suficiente para limitar la protección ofrecida por la insolvencia al lado excluir al derecho de crédito y proteger únicamente

los escenarios recuperatorios. Con ello se prioriza de manera absoluta la protección a la empresa y la lleva incluso a mantener con vida aquellas que no resultan viables, en contravía de lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Por un lado, la protección del derecho de crédito siempre ha sido una constante en la historia del derecho concursal colombiano, en conjunción con la protección de la empresa: *“En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor para atender el pago ordenado de sus obligaciones”*³⁶ (se resalta).

El derecho de crédito es, además, un derecho de rango constitucional (por estar vinculado con la propiedad y los derechos civiles de que trata el artículo 58 superior) y sus limitaciones en el marco de un estado de emergencia deben estar plenamente justificados. En esta medida, se advierte que los distintos elementos que se incorporan en el Decreto 560 de 2020 son auténticas limitaciones al derecho de crédito, ideados en función de la empresa, y en cuya determinación no intervino ningún ejercicio de motivación ni de ponderación del crédito.

Por otro lado, no puede dejarse de lado Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha expuesto que la liquidación es un escenario necesario para aquellos casos en los que la empresa no sea recuperable: *“La falta de pago o el pago atrasado de obligaciones de esta índole no puede ser un hecho indiferente para el concordato y las autoridades encargadas de tramitarlo, como quiera que este proceso concursal presupone que la empresa se encuentra en un nivel de actividad que, por lo menos, genera los recursos suficientes para honrar los créditos y gastos posconcordatarios. Dicho de otro modo, cuando una sociedad en concordato deja de pagar o retrasa injustificadamente el pago de las obligaciones posconcordatarias, ello implica que los supuestos del concordato preventivo obligatorio han dejado de existir y la empresa debe ser liquidada. Según el artículo 85-7 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad para convocar de oficio a la sociedad al trámite de un proceso concursal (concordato o concurso liquidatorio), lo cual determina que si esa autoridad administrativa constata que por las razones indicadas los supuestos en que se funda el concordato ya no existen, está obligada a convocar, de oficio, a la empresa al trámite de un concurso liquidatorio. No puede olvidarse que, en casos como el presente, está de por medio el mínimo vital de los pensionados”*³⁷.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1143 de 2000.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-299 de 1997.

2. Estudio del Artículo 2. Acceso expedito a los mecanismos reorganización.

2.1. Síntesis de la norma

La norma revisada modifica el trámite de admisión de las solicitudes de reorganización, así:

Con el fin de acelerar la admisión de los procesos de reorganización, el juez del concurso *sólo debe verificar que el deudor aporte los documentos completos*, sin realizar auditoría sobre su contenido o exactitud.

Sin embargo, en el auto de admisión el juez del concurso puede ordenar la ampliación, ajuste o actualización de los documentos aportados.

Las fallas en el contenido o en la exactitud de los documentos presentados pueden llevar a la *responsabilidad del deudor* y a la *imposición de sanciones*.

Estas modificaciones sólo aplican a los deudores afectados por las causas de la emergencia económica, social y ecológica.

2.2. Contextualización de la norma revisada

La norma en comento se refiere a los procesos de reorganización empresarial, que tienen como propósito la recuperación del deudor a través de un acuerdo convenido entre sus acreedores externos e internos.

Considerando que se trata de procesos que tienen como propósito principal la obtención de un acuerdo, resulta fundamental que las partes del proceso cuenten con información oportuna, completa y adecuada para hacerse una idea lo más ajustada posible a la realidad sobre la situación del deudor, las causas que lo llevaron a la crisis, la gravedad de la situación actual y sus perspectivas de recuperación. Se trata de un auténtico deber de información, derivado del principio general la buena fe, que en el marco de los procesos de insolvencia ha sido elevado a la categoría de principio rector del régimen³⁸.

³⁸ “**Artículo 4°. Principios del régimen de insolvencia.** El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios: (...)

4. Información: En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso (...).”

En líneas generales, este tipo de procesos pueden ser iniciados a solicitud del deudor, de oficio, o por petición de otros sujetos interesados, como sus acreedores³⁹. En caso de que sea el deudor quien presente la solicitud, ésta debe estar acompañada de una extensa documentación, que permita a los sujetos del proceso responder, por lo menos, a tres preguntas:

- **¿Por qué se encuentra en crisis?** Para lo cual la ley exige una memoria justificativa de las causas de la crisis⁴⁰.
- **¿Cuál es su situación actual?** En este aspecto, se requiere haber acreditado estar en uno de los supuestos de insolvencia⁴¹, y allegar una secuencia de estados financieros de los últimos períodos, un inventario valorado de los bienes gravados con garantías reales, un proyecto de calificación y graduación de créditos y de determinación de derechos de voto correspondientes a cada uno de los acreedores⁴².

Vale la pena anotar que el deudor está obligado a no estar incurso en causales de disolución⁴³, llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las disposiciones legales⁴⁴, contar con el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las obligaciones pensionales⁴⁵.

- **¿Cómo propone salir de la crisis?** Sobre este punto, la ley establece la necesidad de adjuntar un plan de negocios para la reestructuración financiera, operativa y organizacional del deudor y un flujo de caja para atender las obligaciones pendientes⁴⁶.

La ley 1116 de 2006 establece que el juez del concurso debe calificar la solicitud en el término poco realista de 3 días siguientes a la presentación de la solicitud, a fines de admitirla, y dar apertura con ello al proceso de reorganización, o inadmitirla para que sea complementada por el deudor dentro de los 10 días siguientes.

³⁹ Ley 1116 de 2006, artículo 11.

⁴⁰ Ley 1116 de 2006, artículo 13 numeral 4.

⁴¹ Ley 1116 de 2006, artículo 9. La norma ordinaria permite acudir a la reorganización de forma remedial (ante el supuesto de “cesación de pagos”) o de forma preventiva (ante una “incapacidad de pago inminente”). Esta última modalidad fue suspendida para los procesos de reorganización por el artículo 15 del Decreto 560 de 2020, que se analizará más adelante en el presente escrito.

⁴² Id., numerales 1, 3 y 7.

⁴³ Ley 1116 de 2006, artículo 10 numeral 1.

⁴⁴ Código de Comercio, artículo 19 numeral 3; Ley 1116 de 2006, artículo 10 numeral 2, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 43 de 1990, el Decreto 269 de 1993, la Ley 1314 de 2009, y sus decretos reglamentarios.

⁴⁵ Ley 1116 de 2006, artículo 10 numeral 3

⁴⁶ Ley 1116 de 2006, artículo 13 numerales 5 y 6.

2.3. Falta de necesidad de la disposición. La legislación ordinaria contiene normas semejantes a las previstas en el artículo 2 del Decreto 560 de 2020.

El artículo 2 del Decreto 560 de 2020 se presenta como una norma que pretende simplificar la admisión a los procesos de reorganización. Sin embargo, una comparación de dicha norma con la legislación ordinaria lleva a concluir que el contenido de las dos disposiciones es prácticamente idéntico, y que resulta jurídicamente innecesaria, a la luz de los criterios expuestos en la LEEE y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El artículo 14 de la Ley 1116 de 2006 establece que, una vez presentada la solicitud “*el juez del concurso verificará el cumplimiento de los supuestos y requisitos legales necesarios para su presentación y trámite*”, so pena de inadmisión y eventual rechazo de la solicitud. Los supuestos se refieren a la cesación de pagos o incapacidad de pago inminente previstos en el artículo 9 de la misma ley; los requisitos, a la lista de documentos y condiciones establecidos en los artículos 10 y 13 *ibídem*.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 560 de 2020 dispone que la admisión debe tramitarse de manera expedita, “*sin perjuicio de requerir que se certifique que se lleva la contabilidad regular y verificar la completitud de la documentación*”. Adicionalmente, dispone que, en caso de que la solicitud no cumpla con la totalidad de los requisitos, el juez “*podrá ordenar la ampliación, ajuste o actualización que fuere pertinente de la información o documentos radicados con la solicitud*”.

Si bien la norma consiste en indicar que el juez “no realizará auditoría sobre el contenido o la exactitud de los documentos aportados ni sobre la información financiera o cumplimiento de las políticas contables”, debe resaltarse que **el artículo 14 de la Ley 1116 de 2006 no obliga al juez del concurso a realizar ninguna clase de auditoría a la información presentada por el deudor**; máxime cuando las funciones de auditoría, de acuerdo con lo prescrito en la Ley 43 de 1990, son las relacionadas con el ejercicio de la profesión del contador público, y no tienen ninguna clase de relación con el rol, las funciones, ni la profesión exigida al juez.

En la práctica, ambas normas disponen que el juez del concurso debe verificar la completitud de los requisitos legales, y en caso de que no sea así, puede ordenar la complementación de los documentos o de la información allegada.

No se advierte ninguna simplificación desde el punto de vista normativo; mucho menos una que cumpla con los propósitos del Decreto Legislativo, ni con las finalidades del Decreto de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Ello corresponde a una evidente falta de necesidad

de la norma, contraria a lo previsto en los artículos 9 y 11 de la LEEE y a sus desarrollos por parte de la jurisprudencia constitucional.

Más aún: tampoco resulta necesaria la norma para evitar alguna eventual práctica o interpretación jurisdiccional en el trámite de los concursos recuperatorios, pues la norma que se propone para “corregirla” contiene supuestos de hecho y consecuencias jurídicas muy similares a las de la legislación ordinaria.

2.4. Falta de motivación suficiente. La norma no demuestra una conexidad entre las causas de la crisis y el establecimiento de un procedimiento con un grado mayor de incertidumbre y con sanciones más gravosas para el deudor.

El artículo 14 de la Ley 1116 de 2006 establece que ante la ausencia de alguno de los requisitos de la solicitud de reorganización, el juez del concurso debía formular un requerimiento que debía ser atendido por el deudor dentro de los 10 días siguientes, y que el incumplimiento de dicho requerimiento llevaría al rechazo de la solicitud.

El artículo 2 del Decreto 560 de 2020 cambió el procedimiento, y dispuso que el juez del concurso daría trámite a la reorganización y requeriría la información faltante en el auto de admisión. Sin embargo, llaman la atención dos aspectos de esta norma: por un lado, **no fijó un plazo para atender el requerimiento**; por el otro, estableció que **el incumplimiento a dicho requerimiento llevaría a imponer “las sanciones a que haya lugar”**.

Mientras que la legislación ordinaria preveía un plazo cierto para atender los requerimientos, el Decreto 560 dejó la fijación de dicho término al arbitrio del juez del concurso⁴⁷. Con ello restó certeza y predictibilidad al proceso de reorganización, y dejó abierta la posibilidad de que se otorguen términos incluso inferiores.

Más grave aún consiste el agravamiento de las consecuencias. Incumplir el requerimiento judicial no lleva al rechazo de la solicitud, sino a la imposición de sanciones. Si bien la norma no define de qué se tratan, se entiende que son las “*sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos*”, que prevé el artículo 5 numeral 5 de la Ley 1116 de 2006.

⁴⁷ En virtud de la regla establecida en el inciso final del artículo 117 del Código General del Proceso, según el cual “A falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias, y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y la solicitud se formule antes del vencimiento”; disposición aplicable a los procesos de insolvencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 inciso final de la Ley 1116 de 2006.

La eliminación de un término procesal cierto y el recrudecimiento de las consecuencias por la no atención de los requerimientos de información del juez del concurso no vienen acompañados de una motivación suficiente que justifique estas nuevas restricciones a los derechos del deudor, su contador y revisor fiscal en las finalidades del Decreto ni en las causas de la Emergencia Económica, Social y Ecológica. Todo lo anterior, en contravía de lo dispuesto en el artículo 8 de la LEEE y de sus desarrollos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3. Estudio del Artículo 3. Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa.

3.1. Síntesis de la norma

La disposición establece que el deudor en reorganización podrá pagar pequeñas acreencias, es decir, obligaciones que no superen el 5% de su pasivo externo, sin necesidad de autorización por parte del juez del concurso, y con la carga de presentar un informe dentro de los 5 días siguientes a la realización del pago.

Para el efecto, el deudor puede vender activos fijos que no superen el valor de los referidos créditos sin necesitar de autorización del juez del concurso; pero su uso para fines distintos puede acarrear la responsabilidad de los administradores.

3.2. Contextualización. Régimen ordinario para el pago de pequeñas acreencias por fuera de las reglas del concurso

3.2.1. Prohibiciones para el deudor como consecuencia de la presentación de la solicitud de reorganización

Los procesos concursales tienen como piedra angular los principios de universalidad objetiva, universalidad subjetiva (colectividad o plenitud) e igualdad de los acreedores (*par condicio creditorum*)⁴⁸. En virtud de ellos, el concurso se constituye en un escenario único que abarca la totalidad del patrimonio del deudor, que es la prenda general de sus obligaciones, y atrae a la totalidad de los acreedores, que deberán concurrir al concurso en condiciones de igualdad, de acuerdo con el orden de prelación de créditos.

⁴⁸ Ley 1116 de 2006, artículo 4 numerales 1 y 2.

En virtud de los anteriores principios, se suspende para los acreedores una de sus principales prerrogativas: el derecho de ejecución individual. El concurso, una vez puesto en marcha, ejerce un fuero de atracción sobre todas las obligaciones a cargo del deudor y sobre todas las acciones ejecutivas que eventualmente se hayan ejercido. Este efecto, que en derecho anglosajón se conoce como “*automatic stay*”⁴⁹, supone una suspensión automática de toda operación por medio de la cual el deudor disponga de sus activos o constituya nuevos créditos u obligaciones, salvo aquellos actos que se encuentren en el giro ordinario de los negocios.

En el régimen de la Ley 1116 de 2006, estos efectos se producen de manera automática con la presentación de la solicitud. El artículo 17 del régimen de insolvencia empresarial dispone que “[a] partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”.

De esta forma, la solicitud de apertura de un proceso de reorganización parte en dos la historia crediticia del deudor, y establece como regla general que todas las obligaciones que el deudor traía con anterioridad, deben sujetarse a las reglas del concurso, donde se negociarán las condiciones en que ellas se pueden satisfacer, al tiempo que se ayuda al deudor a reorganizar sus negocios y a superar las causas que dieron lugar a la crisis.

La Ley 1116 de 2006 estableció reglas estrictas para obligar al deudor y sus acreedores a seguir el curso general del proceso de insolvencia, y para proteger de esta manera los derechos de la universalidad de los acreedores que hayan podido verse afectados con la operación prohibida. De acuerdo con el artículo 17 de la misma ley, la realización de los actos proscritos en dicha norma puede llevar a varias sanciones, entre otras:

- (i) La remoción de los administradores que ejecuten tales actos⁵⁰;

⁴⁹ Cfr. Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América (Uniform Commercial Code) § 362.

⁵⁰ Ley 1116 de 2006, artículo 17 párrafo 1.

- (ii) La responsabilidad solidaria de los tales administradores por los daños y perjuicios que la ejecución de tales operaciones llegue a irrogar a la concursada⁵¹;
- (iii) La imposición de multas sucesivas de hasta 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, hasta que se reverse la operación prohibida⁵²;
- (iv) La postergación en el pago del crédito del acreedor involucrado en la operación prohibida, lo cual implica que a el pago de dicho crédito no sólo debe ser reversado, sino que su pago se hará con posterioridad a la satisfacción de la totalidad de las acreencias del concurso, incluso de las de quinta clase⁵³.
- (v) La ineficacia de pleno derecho⁵⁴ o la nulidad absoluta⁵⁵ de la operación prohibida.

3.2.2. Excepciones a la regla anterior. El pago de pequeñas acreencias en la Ley 1429 de 2010

Sin perjuicio de la regla general que se acaba expuso en el capítulo anterior, la Ley 1116 de 2006 estableció algunas excepciones, para permitir que en algunos casos extraordinarios el deudor pudiera realizar algunas operaciones sin necesidad de atender las disposiciones del acuerdo de reorganización y sin sujeción estricta a las reglas del concurso. Dichos eventos son:

- (i) Las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios del deudor⁵⁶.
- (ii) La autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso⁵⁷.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ley 1116 de 2006, artículo 17 párrafo 1 en concordancia con el artículo 5 numeral 5.

⁵³ Ley 1116 de 2006, artículos 17 párrafo 1 y 69 numeral 7.

⁵⁴ Ley 1116 de 2006, artículo 17 párrafo 2, en concordancia con el artículo 897 del Código de Comercio. Esta sanción se aplica a todas las operaciones prohibidas realizadas con posterioridad a la admisión al proceso de insolvencia.

⁵⁵ Código de Comercio, artículo 899 numerales 1 y 2. Si bien esta sanción no está expresamente prevista en la Ley 1116 de 2006, se trata de una consecuencia general de la vulneración de una norma imperativa (la prohibición dispuesta en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006), que vicia de objeto ilícito el acto o negocio jurídico respectivo, y que puede ser declarada incluso de oficio por el juez del concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 (artículo 1742 del Código Civil).

⁵⁶ Ley 1116 de 2006, artículo 17 inciso primero y párrafo 3, adicionado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010.

⁵⁷ Ley 1116 de 2006, artículo 17 inciso primero *in fine*.

- (iii) La autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso para el pago de pequeñas acreencias, es decir, de aquellas que no superen el 5% del total de sus pasivos⁵⁸.

El último de los referidos eventos fue adicionado por la Ley 1429 de 2010, con miras a contribuir a la “*simplificación del régimen de insolvencia empresarial*”⁵⁹, y remover barreras que pudieran impedir la negociación de acuerdos.

¿En qué medida autorizar el pago anticipado de pequeñas acreencias facilita la negociación de acuerdos de reorganización? Al respecto, anotó la Superintendencia de Sociedades que “[e]l Legislador partió de la atenta observación de la realidad y buscó una estrategia que al mismo tiempo facilitara la negociación exitosa de acuerdos recuperatorios y protegiera adecuadamente los intereses de los acreedores que pueden verse afectados en mayor grado por algunas convenciones del acuerdo, como la ampliación de los plazos para el pago, la reducción de intereses o el establecimiento de quitas”⁶⁰.

En efecto, es frecuente que los acuerdos de reorganización dispongan un plazo para su ejecución que abarque varios años, e incluso se lleguen a prolongar hasta diez, quince o veinte años. Esta situación puede ser enjugada con cierta facilidad por aquellos acreedores para los cuales la posposición del pago no representa un riesgo para su subsistencia como persona natural o como empresa. Sin embargo, podía traer múltiples dificultades para otros acreedores, especialmente trabajadores y quirografarios, que no se encontraban en capacidad de ofrecer ese compás de espera. En la práctica, la situación particular de estos acreedores podía generar múltiples objeciones, oposiciones, recursos e intervenciones que podían minar el buen curso del proceso y enrarecer el buen ambiente necesario para negociar la recuperación de la empresa.

La autorización para el pago anticipado de pequeñas acreencias prevista en la Ley 1429 de 2010 no era, en estricto sentido, una novedad de dicha reforma, sino un desarrollo de las autorizaciones que ya se encontraban previstas en el inciso primero del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. El juez del concurso ya se encontraba habilitado para autorizar operaciones por fuera del giro ordinario de los negocios, en un ejercicio en el que se podía valorar los argumentos aportados por el deudor en la solicitud, y previa valoración de los elementos del expediente. Incluso con posterioridad a la expedición de la Ley 1429 de 2010, quedaba abierta la posibilidad de que se

⁵⁸ Ley 1116 de 2006, artículo 17 inciso primero y parágrafo 4, adicionado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010.

⁵⁹ Exposición de motivos del proyecto de ley 057 de 2010 Cámara, “*por la cual se expide la Ley de Formalización y Primer Empleo*” (hoy Ley 1429 de 2010), en Gaceta del Congreso 532 de 2010.

⁶⁰ Superintendencia de Sociedades, Deelgatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto 400-008518 de 8 de mayo de 2018, reorganización de Discovery Enterprise Business S.A.S.

autorizara el pago de obligaciones que superaran el 5% del pasivo total, conforme a la regla general.

Debe destacarse que este tipo de actuaciones corresponde a un pago anticipado, es decir, por fuera de las reglas del acuerdo de reorganización. Ello implica que, **en su enorme mayoría, el pago de las pequeñas acreencias ocurre antes de que las partes del proceso hayan tenido la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa.** El contrapeso de estas operaciones se encuentra en la autorización que, en los términos del primer inciso del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, debía dar el juez del concurso de manera previa, precisa y expresa.

La autorización del juez del concurso constituye un control de legalidad previo, que ayuda a prevenir la realización de numerosos riesgos inherentes a este tipo de procesos, y que constituyen una clara desviación del propósito de la norma, como el pago de créditos legalmente postergados, como los de los acreedores internos y los de las personas especialmente relacionadas con el deudor de que trata el artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, de obligaciones de terceros, de créditos a favor de administradores sociales, de créditos que carecen de certeza o de exigibilidad, de obligaciones sujetas a algún tipo de controversia o litigio, el destino de los recursos al pago parcial de grandes acreencias, entre otros. Todas estas operaciones, en caso de darse, podrían generar un gran perjuicio a los acreedores del concurso, que verían desmejoradas sus expectativas de satisfacción y que tampoco tuvieron la posibilidad de controvertir la operación solicitada.

3.3. Falta de necesidad y de proporcionalidad. El Decreto 560 de 2020 establece el pago anticipado de pequeñas acreencias para un número restringido de acreedores

Mientras que la Ley 1116 de 2006, en su versión modificada por la Ley 1429 de 2010 permitía el pago de pequeñas acreencias sin limitarlas a una clase, categoría u origen particular, permitiendo con ello una valoración de cada caso por parte del juez del concurso. Como consecuencia de ello, podían beneficiarse de los pagos anticipados los acreedores quirografarios, que usualmente eran quienes habrían debido sobrellevar en mayor medida los efectos nocivos del plazo de ejecución del acuerdo de reorganización.

El Decreto 560 de 2020 restringe el pago de las pequeñas acreencias a un grupo particular de acreedores: los trabajadores y proveedores no vinculados, es decir, una pequeña parte de los acreedores de la primera y de la cuarta clase.

3.3.1. El Decreto 560 de 2020 elimina la autorización previa por parte del juez del concurso para el pago de pequeñas acreencias

Según se explicó con anterioridad, el régimen ordinario de la Ley 1116 de 2006 modificada por la Ley 1429 de 2010 permitía el pago anticipado de pequeñas acreencias previa autorización del juez del concurso.

El Decreto 560 de 2020 elimina esta exigencia, y sólo exige la recomendación previa del promotor, en aquellos casos en que se haya designado este auxiliar de la justicia. Al respecto, es pertinente aclarar que desde el año 2010 la designación de un promotor es excepcional y sólo se requiere en aquellos casos en los que el juez del concurso lo encuentre justificado a la luz de las circunstancias, o cuando así lo haya solicitado un número de acreedores que represente más del 30% del pasivo externo⁶¹. En esta medida, en un número significativo de procesos la decisión de pagar pequeñas acreencias quedará en las manos exclusivas del representante legal del deudor.

3.3.2. El Decreto 560 de 2020 elimina la autorización previa por parte del juez del concurso para disponer de activos del deudor

A diferencia del régimen ordinario, que exigía la autorización del juez del concurso para disponer de activos por fuera del giro ordinario de los negocios del deudor, el inciso segundo del Decreto 560 de 2020 permite al deudor la venta de activos sin necesidad de dicha autorización, fijos siempre y cuando ello cumpla con las siguientes condiciones: (i) que con dicha venta se busque el pago de las pequeñas acreencias de que trata el inciso primero de la norma; (ii) que la venta se realice en condiciones de mercado; (iii) que el valor de los activos no supere el valor de las acreencias que se pagarán con ellos.

La norma no establece mecanismos de contradicción o control para el cumplimiento de estas exigencias, ni consecuencias en caso de que no se hayan atendido los requisitos allí dispuestos.

Sin perjuicio de lo anterior, el deudor puede acudir al juez para solicitar el levantamiento de las medidas cautelares, en caso de que exista alguna vigente sobre los bienes que busque vender.

3.3.3. Como consecuencia de las eliminaciones anteriores, el Decreto 560 de 2020 elimina los mecanismos previstos por la Ley 1116 de 2006 para proteger a la generalidad de los acreedores

Según se describió más arriba, la regulación ordinaria sancionaba con nulidad, ineficacia, multas, postergación, remoción de administradores y responsabilidad solidaria de deudor, acreedor y administradores los eventos en que se incumpliera con alguno de los requisitos dispuestos en la

⁶¹ Ley 1429 de 2010, artículo 35.

ley para la disposición de los activos. Se trataba, por tanto, de un gran abanico de posibilidades que, de acuerdo con la gravedad de la violación y el monto de la operación, podían ser ejercidos por los distintos acreedores interesados en el concurso.

Sin embargo, el Decreto 560 de 2020, al eliminar la necesidad de autorización previa, expresa y explícita del juez del concurso para pagara acreencias y disponer de activos, eliminó la prohibición legal, y como consecuencia de ello, privó a los acreedores y demás sujetos interesados en el proceso de reorganización de la posibilidad de alegar la pérdida de efectos de los negocios de este tipo realizados por el deudor, así como de la posibilidad de intentar la sanción a los sujetos involucrados.

La única sanción prevista en el artículo 3 del Decreto 560 de 2020 se refiere al “*uso de los recursos [obtenidos de la venta de activos fijos] para propósitos distintos a los indicados*”. Pero, se insiste, la sanción no se refiere al negocio de venta, sino apenas a la imputación de los recursos obtenidos con la venta al pago de las pequeñas acreencias.

4. Estudio del Artículo 4. Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.

4.1. Síntesis de la norma

La disposición analizada tipifica algunas fórmulas que pueden ser pactadas en los acuerdos de reorganización, como las siguientes:

- La flexibilización de los plazos para el pago de las acreencias.
- Los pagos a acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva.
- Otros mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.

En particular, la norma regula tres posibles figuras a las que puede recurrirse:

- La **capitalización de pasivos**, a través de los cuales los acreedores interesados pueden suscribir acciones o bonos de riesgo, que deben venderse dentro del término del acuerdo, y que pueden contener privilegios económicos o políticos dentro de la sociedad deudora, sin necesidad de estar sujetos a reglamento de emisión de acciones, con independencia del tipo societario del que se trate.
- La **descarga de pasivos**, para que en aquellos casos en que la valoración del deudor como empresa en marcha sea inferior al monto de sus pasivos, los acreedores con vocación de

pago puedan disponer la extinción de los demás créditos de los acreedores externos e internos, y reconfigurar el capital social.

- Los **pactos de deuda sostenible**, según los cuales se puede acordar que algunos acreedores financieros pueden optar por la reestructuración de sus obligaciones para que sean sustituidas por nuevos títulos y pagadas por fuera del acuerdo.

4.2. Contextualización. Naturaleza y contenidos de los acuerdos de reorganización.

El acuerdo de reorganización es el eje alrededor del cual gravita el proceso e insolvencia recuperatorio. A través de él se busca llegar a una convención entre los acreedores externos e internos del deudor, con miras a reestructurar los plazos y condiciones para el pago de su pasivo, así como la organización administrativa, financiera y de negocios en la que se pasa la actividad del deudor.

Los acuerdos de reorganización son una especie de contrato colectivo, que una vez aprobado por la mayoría de los acreedores, resulta vinculante incluso para el deudor y los acreedores ausentes y disidentes.

En cuanto a sus contenidos, se trata de un acuerdo regido por el principio de la autonomía privada, en virtud del cual las partes pueden regular una enorme cantidad de aspectos financieros, patrimoniales, administrativos, operativos y estratégicos del deudor, siempre y cuando no se trasgredan los límites impuestos por las disposiciones de orden público, ni se afecten los derechos y garantías constitucionales fundamentales. Los regímenes concursales han permitido incluso la flexibilización de una enorme cantidad de disposiciones de naturaleza ordinaria, de manera que las soluciones que allí se adopten resulten más fácilmente ejecutables y conduzcan efectivamente a la recuperación de la empresa. Tal es el caso de diversas disposiciones que establecen excepciones a reglas de naturaleza notarial y fiscal.

Uno de los límites más importantes al ejercicio de la autonomía privada de las partes del acuerdo de reorganización se encuentra en el respeto a los órdenes de prelación legal de créditos. En las reglas que la consagran se desarrolla una parte fundamental del derecho a la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Carta Fundamental, así como la protección de los derechos de personas con especial protección constitucional, como los niños, niñas y adolescentes, los pensionados, y los trabajadores, entre otros.

Adicionalmente a ello, los acuerdos de reorganización también se encuentran sujetos a otros límites de suma importancia, como el deber constitucional de no abusar del derecho ni de la posición dominante⁶², entre otros.

4.3. Ausencia de conexidad material.

4.3.1. Las normas sobre capitalización de pasivos plantean una reforma al régimen general de sociedades que carece de conexidad con las causas de la crisis y con los propósitos del Decreto

Llama especialmente la atención la ausencia de conexidad directa y específica con la regulación de la crisis del penúltimo inciso del numeral 1, en la medida en que **desborda el ámbito de aplicación de las reglas concursales y establece una reforma profunda a las bases del régimen societario colombiano**, que carece de cualquier nexo con las causas de la crisis o con los propósitos del decreto.

En efecto, al establecer que la posibilidad de emitir acciones y bonos de riesgo “*se refiere a todos los tipos societarios*” y “*resulta aplicable a los demás tipos de participación que corresponda según el tipo societario*” desnaturaliza por completo los distintos tipos societarios, que asimila en su totalidad al régimen que hoy en día sólo se encuentra vigente para las sociedades por acciones simplificadas de la Ley 1258 de 2008. Por un lado, remueve el elemento *intuitus personae* que caracteriza a las sociedades de personas, y a los regímenes de cuotas y partes de interés de las sociedades colectivas, limitadas y comanditarias, y asigna a todas las compañías el tratamiento de sociedades de capital y por acciones. En segundo lugar, al establecer la posibilidad de conferir privilegios económicos especiales a los titulares de las acciones y bonos de riesgo que allí se regulan, trastoca el régimen económico de los distintos tipos de sociedad, así como las reglas especiales de reparto de dividendos y distribución de utilidades previstas en el Código de Comercio. En tercer lugar, la asignación de derechos de voto especiales a las acciones y bonos de riesgo altera en lo fundamental las reglas de participación política de los distintos asociados en la administración y en la toma de decisiones sociales, y puede conducir al establecimiento de facto de situaciones de control societario que desbordan los supuestos previstos en la regulación societaria, al desapoderamiento forzoso de los socios de las compañías, y abre la puerta a abusos en el ejercicio de los derechos sociales. Finalmente, la disposición en comentario atenta contra el orden público económico, y en particular las dinámicas involucradas en el mercado público de valores, en la medida en que establece este tipo de prerrogativas sin siquiera tomar en consideración las limitaciones previstas en la legislación societaria para ello; en efecto, reglas

⁶² Constitución Política de Colombia, artículo 95.

sobre acciones privilegiadas y con voto múltiple que en la actualidad sólo son aplicables a las sociedades por acciones privilegiadas son extendidas a cualquier tipo societario, incluso a aquellas sociedades que cotizan acciones en bolsa, y frente a las cuales está vedada la aplicación de la Ley 1258 de 2008.

No existe ninguna conexidad de orden material o jurídico entre la crisis económica derivada de la extensión de la pandemia del coronavirus COVID-19 y la reforma al régimen societario en Colombia; razón por la cual deben excluirse del ordenamiento de excepción estas disposiciones que suponen una reforma injustificada a la normativa societaria del Código de Comercio.

4.3.2. Los pactos de deuda sostenible carecen de conexidad material, en la medida en que no extinguen ni facilitan el pago del pasivo a reorganizar.

El Decreto 560 de 2020 establece como uno de sus propósitos la recuperación de las empresas, a partir de mecanismos que les permitan, entre otras, sobrellevar su cartera vencida. Los pactos de deuda sostenible regulados en la norma en comento carecen de conexión material con este propósito, en la medida en que a través de ellos no se establecen mecanismos de reestructuración concursal de las deudas, sino mecanismos de exclusión de las obligaciones, que generan un flujo paralelo de pagos, y que pueden agravar la situación del deudor.

Este tipo de mecanismos puede ser favorable para los acreedores financieros a favor de los cuales se lleguen a pactar éstos; sin embargo, carecen de conexidad con el propósito de recuperación que debería orientar este tipo de normas y por ello deben ser excluidos del ordenamiento jurídico.

4.4. Ausencia de necesidad.

El artículo 4 del Decreto 560 de 2020 plantea un catálogo de eventuales contenidos de los acuerdos de reorganización que satisfacen los criterios de necesidad previstos en el artículo 215 constitucional y en la LEEE.

Por tratarse de acuerdos de naturaleza convencional, los acuerdos de reorganización se encuentran sujetos al principio de autonomía privada, de manera que las partes que los celebran cuentan con un amplio margen de libertad para fijar los contenidos que regirán las relaciones entre deudor y sus acreedores, así como las condiciones administrativas, operativas y financieras que regirán al deudor durante el plazo de ejecución del acuerdo.

En particular, la legislación ordinaria permite que los acuerdos de reorganización comprendan un enorme catálogo de temas, e incluso flexibiliza la forma en que ellos se pueden pactar y ejecutar. Así, los acuerdos de insolvencia no se limitan a las condiciones en que han de pagarse los

créditos a cargo del deudor (para los cuales incluso permite que, bajo ciertas condiciones, se establezcan quitas o rebajas al capital de las acreencias⁶³), sino que además pueden prever capitalización de acreencias⁶⁴, reformas estatutarias y mecanismos de disposición de activos del deudor⁶⁵, con exoneración de algunas de las solemnidades previstas en la ley para su perfeccionamiento, existencia y efectos.

Entre otras, es posible de acuerdo con la legislación ordinaria promover reformas estatutarias que comprendan la emisión y colocación de nuevas acciones o de bonos de riesgo, su sujeción al derecho de preferencia a la hora de negociarlos, así como los derechos económicos y políticos que quedan comprendidos en las acciones y bonos respectivos.

Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República no fueron concedidas para reiterar facultades intrínsecas a las sociedades por acciones ni a los acuerdos de reorganización. Las normas de contenido pedagógico o que se limitan a plantear alternativas que ya existían en el ordenamiento con anterioridad, pues ese tipo de ejercicios no son necesarios para conjurar las causas de la crisis económica que motivó la declaratoria del estado de excepción.

Adicionalmente, debemos recalcar que la falta de necesidad se manifiesta en las siguientes situaciones:

- La legislación ordinaria cuenta con normas suficientes para que puedan realizarse capitalizaciones de pasivos en el marco del acuerdo de reorganización, como las existentes en los artículos 41 y 42 de la Ley 1116 de 2006.
- Los mecanismos propuestos para la descarga de pasivos no son necesarios para conjurar las causas de la crisis; por el contrario, agravan las causas del Estado de Emergencia, según se expndrá en el capítulo siguiente. Además, la ley ordinaria cuenta con mecanismos suficientes que sirven para descargar los pasivos del deudor, y mucho menos gravosos para los derechos de los acreedores externos e internos involucrados en el concurso, como la celebración de acuerdos recuperatorios dentro de la liquidación judicial o resolutorios de la liquidación (artículo 66 de la Ley 1116 de 2006).
- La norma analizada establece una sobreprotección a los acreedores garantizados que no es necesaria para conjurar las causas de la crisis, tal como se profundizará en el punto que sigue a continuación.

⁶³ Ley 1116 de 2006, artículo 33.

⁶⁴ Ley 1116 de 2006, artículo 42.

⁶⁵ Ley 1116 de 2006, artículo 44.

4.5. Ausencia de proporcionalidad. La descarga de pasivos genera restricciones que no resultan proporcionadas en el contexto de una reorganización

El artículo en estudio prevé la “descarga de pasivos”, es decir, la extinción -o por lo menos su extinción como obligaciones civiles⁶⁶- de los saldos insolutos de los créditos reclamados en el concurso que no sea posible satisfacer con el patrimonio del deudor.

Dispone la norma que la descarga de pasivos procede en caso de que el patrimonio del deudor sea negativo, es decir, cuando el valor de los pasivos supere el valor de sus activos. El Decreto calcula esta operación a partir del valor total del pasivo y la valoración del deudor como empresa en marcha.

Cuando ello ocurre, la norma permite que un grupo específico de acreedores (los acreedores “*convocación de pago*”) disponga que las obligaciones a favor de los acreedores restantes se extinguirán. El mismo grupo privilegiado de acreedores puede decidir que se prive a los socios o accionistas de sus derechos de participación sobre la sociedad (“*la cancelación, sin contraprestación, de los derechos de accionistas o socios*”), y definir libremente quiénes se quedarán con la propiedad de la compañía (“*Señalar la nueva estructura del capital social del deudor, indicando qué acreedores hacen parte del pasivo interno, el valor nominal y número de sus participaciones*”). En otras palabras, **la norma permite que ese grupo privilegiado de acreedores expropie a los demás acreedores de sus derechos de crédito, y a los accionistas o socios de sus derechos de participación social, sin ni siquiera darles voz ni voto en la celebración de dicho acuerdo expropiatorio.**

La norma replica el diseño, función y estructura de una figura prevista para los procesos liquidatorios: el “*acuerdo de adjudicación*”⁶⁷, es decir, **un acuerdo cuyo único propósito es el de distribuir, en especie, los activos de propiedad de un deudor en liquidación.** La norma, en efecto, se vale de conceptos calcados con mucha fidelidad de la actual reglamentación de los procesos de liquidación judicial, y específicamente sobre la base de lo dispuesto en el artículo

⁶⁶ El Decreto 560 de 2020, a diferencia de lo que ocurre en otras disposiciones, como el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante del Código General del Proceso, no define qué entiende por “descarga de pasivos”. En estas condiciones, la figura podría entenderse como un mecanismo para la extinción plena de las obligaciones que no sea posible pagar en el trámite del proceso concursal, o su mutación a obligaciones naturales. Esta última alternativa, que fue la acogida en el Código General del Proceso para la persona natural no comerciante, sólo privaría a los titulares de tales créditos del derecho a reclamarlas, pero les permitiría retener lo pagado en caso de que el deudor llegue a pagarlas.

⁶⁷ Ley 1116 de 2006, artículo 57; aunque a dicha figura también se hace referencia en los artículos 31, 35, 36, 37 y 38 (estos últimos dos suspendidos en virtud de lo dispuesto en el Decreto 560 de 2020).

2.2.2.13.4.1. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 (antiguo artículo 31 del Decreto 1731 de 2009) para la contabilización de los votos en el ejercicio de dicha figura⁶⁸. Es decir, el Decreto 560 de 2020 **hace pasar una liquidación como si fuera un mecanismo de recuperación de la empresa.**

Peor aún: el Decreto 560 de 2020 agrava significativamente la situación de los acreedores sin vocación de pago, respecto del tratamiento que tendrían en un proceso liquidatorio. En efecto, la norma en comento (i) por un lado, mantiene nominalmente con vida una compañía que en la práctica ha sido liquidada, cerrando el paso a los efectos que se derivarían de ella; (ii) en segundo lugar, rompe las reglas de igualdad de los acreedores, al otorgar una sobreprotección desmedida a los acreedores titulares de garantías mobiliarias; (iii) en tercer lugar, permite que en todos los casos de patrimonio negativo se desconozcan los derechos de los acreedores internos; y (iv) finalmente, cercena el derecho eventual que tendrían los acreedores sin vocación de pago para que se reabra el proceso liquidatorio con los activos que lleguen a recuperarse o a aparecer con posterioridad al cierre de la liquidación, y a buscar la recuperación con ellos de los saldos que habían quedado insolutos. Veamos:

En cuanto a la primera de las observaciones, es importante advertir que, a diferencia de lo que ocurriría con el acuerdo de adjudicación, los acuerdos que prevean la “descarga de pasivos” no terminarían con la persona jurídica del deudor. Ello quiere decir que los eventuales nuevos recursos que ingresen a la sociedad deudora, por ejemplo, por concepto de cartera de difícil recuperación, sentencias favorables en procesos judiciales, o superávit por la venta de activos por encima de su valor en libros, **no beneficiarán a la generalidad de los acreedores, sino que acrecerán el patrimonio de quienes, como consecuencia del acuerdo de reorganización, se hayan quedado con el capital social reconfigurado de la compañía.** Frente a este tipo de conceptos, la valoración de la deudora como empresa en marcha no es suficiente, pues todos ellos son activos que contablemente pueden carecer de cualquier valor, sea porque se trata de cartera castigada, sea porque la contingencia del proceso aparece como eventual o remota, sea porque se trata de activos que por su depreciación contable carecen de valor en libros.

En cuanto a la segunda de las observaciones, la disposición en comento establece que los acuerdos de descarga de pasivos no pueden afectar el pago de un grupo de acreedores

⁶⁸ Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, “Artículo 2.2.2.13.4.1. Determinación de derechos de voto en los procesos de liquidación judicial. Los derechos de voto en los procesos de liquidación judicial serán calculados a razón de un voto por cada peso del valor de la acreencia cierta de los acreedores que, conforme al inventario valorado, vayan a ser objeto de pago, incluyendo los acreedores internos de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 53 de la Ley 1116 de 2006. Las mayorías para la celebración del Acuerdo de Adjudicación se conformarán con los acreedores cuyas acreencias, según la prelación legal, se puedan pagar teniendo en cuenta el valor del activo del deudor en el inventario valorado”.

(“*laborales, pensionados, alimentos de menores o acreedores garantizados, en los términos de la Ley 1676 de 2013*”). Ello quiere decir que los acreedores garantizados no sólo tienen un derecho de preferencia sobre un bien específico, y la totalidad de las prerrogativas que se consagran en los artículos 50 y siguientes de la Ley 1676 de 2013, sino que además **se les otorga una silla permanente en el comité de votantes de los acuerdos de reorganización que tengan por objeto la descarga de los pasivos del deudor, sin importar si ellos tienen o no vocación de pago**. Es decir, en virtud de lo dispuesto en la norma, **los acreedores garantizados siempre tendrán la posibilidad de escoger si recuperan al deudor o si, por el contrario, tras haber depurado sus pasivos**. Todo ello, en contraste con la situación de otros acreedores, como los proveedores estratégicos de la compañía, los quirografarios o los mismos hipotecarios, que sólo tendrían este tipo de prerrogativas de manera eventual, en la medida en que el estado de la sociedad les dé vocación de pago. No sobra advertir que, dado el origen y cuantía de las obligaciones respaldadas con garantía mobiliaria, es de esperarse que éstas tengan mayor poder de votación que los acreedores pensionales y laborales, y que por tanto se deje la situación del deudor a merced de esta clase de acreedores.

En tercer lugar, la norma permite que cualquier déficit en la situación patrimonial de la deudora, por mínimo que sea, automáticamente asigne a los acreedores externos la posibilidad de expropiar a los acreedores internos, bajo el título de “descarga de pasivos”. Ello puede llevar a desconocer, en la práctica, el derecho de propiedad de los socios o accionistas sobre los porcentajes de participación en el capital social de la compañía, y podría constituir un estímulo para maniobras fraudulentas que tengan como propósito utilizar el concurso para realizar tomas hostiles de compañías en insolvencia.

Finalmente, como la descarga de pasivos se presenta como un mecanismo de reorganización (y no de liquidación, como sí ocurre con el acuerdo de adjudicación que le sirvió de inspiración y modelo), no le son aplicables las normas sobre adjudicación adicional, como las previstas en el artículo 64 de la Ley 1116 de 2006⁶⁹. Ello priva a los acreedores descargados de cualquier

⁶⁹ “Artículo 64. Adjudicación adicional. Cuando después de terminado el proceso de liquidación judicial, aparezcan nuevos bienes del deudor, o cuando el juez del proceso de liquidación judicial dejó de adjudicar bienes inventariados, habrá lugar a una adjudicación adicional conforme a las siguientes reglas:

1. Podrá formular la solicitud cualquiera de los acreedores reconocidos o el liquidador, haciendo una relación de los nuevos bienes, acompañando las pruebas a que hubiere lugar.
2. De la adjudicación adicional conocerá el mismo juez del concurso ante quien cursó el proceso de liquidación judicial, sin necesidad de reparto.
3. El juez del proceso de liquidación judicial informará de la solicitud a los acreedores insolutos distintos del solicitante y adelantará la actuación en el mismo expediente.
4. Una vez establecida la existencia de los bienes, ordenará al liquidador que proceda a valorar el inventario en los términos de la presente ley, sin que sea necesaria la intervención de los acreedores.

posibilidad remota de recuperar su derecho de crédito, así como de cualquier posibilidad de incidir en la determinación de dicha suerte.

4.6. Ausencia de motivación suficiente

El Decreto 560 no motiva adecuadamente las medidas dispuestas en el artículo 4. La parte considerativa se limita a expresar que “*es necesario promover la implementación 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 (sic) pérdida de puestos de trabajo*”, mas no expresa las razones por las cuales las medidas implementadas efectivamente eviten las situaciones allí expuestas.

En efecto, se advierte que medidas como la descarga del pasivo corresponden a una auténtica liquidación que opera a través de la adjudicación a un grupo de acreedores, según se acaba de exponer en el punto anterior.

4.7. Vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

4.7.1. La disposición contiene reglas que vulneran la *par condicio creditorum* y la prelación de créditos. El pago simultáneo a acreedores de distintas clases atenta contra el principio de igualdad

El inciso inicial del artículo 4 del Decreto 560 de 2020 dispone que los acuerdos de reorganización podrán establecer “*pagos a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva*”. La referida disposición se refiere a la forma en que pueden entenderse las reglas de prelación de créditos, y permite que, por convención de las partes del acuerdo de reorganización se permita que el pago a los acreedores de distinta clase se realice en un mismo tiempo, sin necesidad de esperar a que se agoten el pago a una clase de acreedores antes de permitir el pago de la siguiente.

La prelación de créditos es un orden dispuesto por la constitución y la ley para atender de las obligaciones a cargo de un deudor. Ante la crisis del deudor y el riesgo de que sus recursos sean insuficientes para pagar la totalidad de sus obligaciones, el legislador consideró necesario asegurar el pago a ciertos acreedores por encima de otros con fundamento en su origen y en su

5. Una vez acreditada esta circunstancia, el juez del proceso de liquidación judicial procederá a adjudicar los bienes objeto de la solicitud a los acreedores insolutos, en el orden estrictamente establecido en la calificación y graduación de créditos.”

situación particular. Se trata de un desarrollo directo del principio constitucional de igualdad real⁷⁰, según el cual debe darse un mismo trato a las personas que se encuentran en igual situación y, viceversa, tratar de manera distinta a quienes se hallan en situaciones diferentes: en este caso, a los acreedores pertenecientes a distintas clases.

En Colombia el régimen de prelación de créditos no se encuentra condensado en un único cuerpo normativo. Si bien la estructura general del mismo está recogida en el Código Civil, en la actualidad las distintas reglas que lo componen se encuentran dispersas en una gran cantidad de normas de distinta fuente, legal y constitucional, a las que deben agregarse fuentes jurisprudenciales con carácter vinculante *erga omnes*.

Así, además de los artículos 2488 a 2511 del Código Civil, diversas leyes han reformado, directa o indirectamente, el régimen allí contenido, como en el caso de la ley 50 de 1990, la ley 1098 de 2006, y los distintos regímenes de insolvencia, contenidos, entre otros, en la Ley 1116 de 2006 (régimen de insolvencia empresarial), el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el Código General del Proceso, en lo relacionado con la insolvencia de la persona natural no comerciante, y la Ley 1676 de 2013 (Ley de Garantías Mobiliarias).

Algunos créditos cuentan incluso con una protección fuerte desde el punto de vista constitucional y legal, como ocurre con los créditos alimentarios. Éstos inicialmente se incluyeron en la primera clase de la prelación de créditos, en virtud de lo dispuesto en la Ley 75 de 1968⁷¹, y luego del Código del Menor⁷², pero que luego, con la expedición de la Carta Política de 1991 se elevó a norma superior, al privilegiarse de forma absoluta los derechos de los niños sobre los derechos de los demás⁷³, regla que sirvió de base a normas actualmente vigentes del Código de la Infancia y

⁷⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 13.

⁷¹ Ley 75 de 1968. Artículo 33. “Adiciónase el artículo 2495 del Código Civil con la inclusión dentro de la quinta causa de la primera clase de créditos, de los alimentos señalados judicialmente a favor de menores.”

⁷² Decreto 2737 de 1989. Artículo 134. “Los créditos por alimentos en favor de menores pertenecen a la quinta causa de los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por las del Código Civil y de Procedimiento Civil”.

⁷³ Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, inciso tercero: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

La mencionada disposición superior llevó a que la Corte Constitucional declarara inexecutable la ubicación de los alimentos en el quinto grado de la primera clase de la prelación de créditos, según lo había dispuesto el Código del Menor, y dispuso, en decisión con fuerza de cosa juzgada constitucional que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase*”. Corte Constitucional, sentencia C-092 de 2002. En el mismo sentido, ver la sentencia C-664 de 2006.

la Adolescencia⁷⁴ y del Código General del Proceso⁷⁵, así como a sucesivos pronunciamientos de la Corte Constitucional que protegieron la prelación absoluta de los derechos de los niños⁷⁶.

En el mismo sentido, las obligaciones pensionales y laborales cuentan con un régimen similar de protección, que históricamente se remonta al texto original del Código Civil⁷⁷, pero que luego fueron desarrollados por el Código Sustantivo del Trabajo⁷⁸, el Decreto 2351 de 1965⁷⁹, la Ley 50 de 1990⁸⁰, la Ley 100 de 1993⁸¹, e incluso en disposiciones posteriores que dejan a salvo este

⁷⁴ Ley 1098 de 2006, Artículo 134. “*Prelación de los créditos por alimentos*. Los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás.”

⁷⁵ Artículo 571 del Código General del Proceso, numeral 1: “1. Los saldos insolutos de las obligaciones comprendidas por la liquidación, mutarán en obligaciones naturales, y producirán los efectos previstos por el artículo 1527 del Código Civil.

No habrá lugar a este efecto si, como consecuencia de las objeciones presentadas durante procedimiento de negociación del acuerdo o en el de liquidación patrimonial, el juez encuentra que el deudor omitió relacionar bienes o créditos, los ocultó o simuló deudas. Tampoco habrá lugar a aplicar dicha regla si prosperan las acciones revocatorias o de simulación que se propongan en el curso de los procedimientos, ni respecto de los saldos insolutos por obligaciones alimentarias.

Los acreedores insatisfechos del deudor no podrán perseguir los bienes que el deudor adquiera con posterioridad al inicio del procedimiento de liquidación” (subrayas fuera del texto).

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-447 de 2015.

⁷⁷ El texto original del Código Civil expresaba, en su versión original: “Artículo 2495. La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran: (...) 4. Los salarios de los dependientes y criados por los últimos tres meses (...)”.

⁷⁸ El texto original del artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 de 1950), expresaba: “Artículo 157. Clasificación. Los salarios pertenecen al grupo cuarto de los créditos de primera clase”.

⁷⁹ El Decreto 2351 de 1965 expresaba: “Artículo 11. Clasificación.

1. Los salarios pertenecen al grupo cuarto de los créditos de primera clase de que trata el título 40 del Código Civil.
2. Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores los salarios pendientes se tendrán como gastos que deberán ser pagados de preferencia.
3. Los créditos y los gastos a los que se refiere el presente artículo podrán demostrarse por los medios de prueba autorizados por la ley.”

⁸⁰ El artículo 36 de la Ley 50 de 1990 expresa: “Artículo 36. Los artículos 157 y 345 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 11 y 21 del Decreto-ley 2351 de 1965, quedarán así:

Prelación de crédito por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

El Juez Civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del patrono.

Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos.

Los créditos laborales podrán demostrarse por cualesquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extrajuicio con intervención del Juez laboral o de inspector de trabajo competentes.

Parágrafo. En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las leyes vigentes” (subrayas fuera del texto).

⁸¹ Ley 100 de 1993, Artículo 126. “Créditos privilegiados. Los créditos causados o exigibles por concepto de los bonos y cuotas partes de que trata este capítulo, pertenecen a la primera clase del artículo 2495 del Código Civil y

tipo de obligaciones, como la Ley 1676 de 2013⁸² y los desarrollos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸³ que protegen la prelación de los derechos de este tipo de sujetos, en ocasiones incluso por encima de algunas reglas fuertes de nuestro derecho privado como aquellas que prevén la separación patrimonial entre sociedad y socios (el denominado “velo corporativo”). Asimismo, no debe olvidarse lo dispuesto en el Convenio 95 de la OIT de 1949, sobre protección del salario, aprobado mediante la ley 54 de 1962 y ratificado en 1963⁸⁴, instrumento que, de acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional⁸⁵, hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad”.

La prelación de créditos es un orden gradual para la atención de las obligaciones del deudor en los procedimientos concursales. Como *orden*⁸⁶, es un sistema de privilegios y preferencias, que clasifica y se organiza el pago de todas las deudas de acuerdo con su naturaleza: y especialmente qué tipo de créditos tienen prioridad, y por ello deben ser pagadas antes que otros. Como orden *gradual*⁸⁷, supone que los créditos deben satisfacerse por etapas, de manera gradual y escalonada, y por ello **los créditos pertenecientes a una clase o grado inferior sólo pueden ser atendidos una vez hayan terminado de pagarse los créditos de las clases o grados anteriores**. Se trata además de un orden para la atención de los créditos del deudor, en la medida en que no

tienen el mismo privilegio que los créditos por concepto de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones laborales”.

Ibídem, Artículo 270. “Prelación de créditos. Los créditos exigibles por concepto de las cotizaciones y los intereses a que hubiere lugar, tanto en el sistema general de pensiones como en el sistema de seguridad social en salud, pertenecen a la primera clase de que trata el artículo 2495 del Código Civil y tienen el mismo privilegio que los créditos por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales”.

⁸² Ley 1676 de 2013, artículo 52, en la medida en que protege las obligaciones pensionales. En el mismo sentido, ver la sentencia de la Corte Constitucional C-447 de 2015, que se pronunció sobre el privilegio que también corresponde a las obligaciones laborales.

⁸³ Ver al respecto las sentencias T-458 de 1997, T-014 de 1999, T-065 de 1999, T-1010 de 1999, SU-995 de 1999, SU-1023 de 2001, C-401 de 2005, T-1033 de 2007, entre muchas otras.

⁸⁴ “Artículo 11

1. *En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.*

2. *El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.*

3. *La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes”.*

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-995 de 1999; tesis reiterada, entre otras, en el fallo C-401 de 2005.

⁸⁶ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, orden significa una “*Serie o sucesión de las cosas*”.

⁸⁷ Según el mismo Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, gradual significa “*Que está por grados o va de grado en grado*”. Por su parte, la misma obra define “*grado*” como “*Cada uno de los diversos estados, valores o calidades que, en relación de menor a mayor, puede tener algo*”.

sólo valora la importancia de los créditos, sino que además dispone **el orden en que éstos se deben pagar**; pues no sería lógico ni constitucionalmente admisible que, por un lado, se estime que los créditos alimentarios, pensionales y laborales sean más importantes en la escala de valores del ordenamiento, pero que al mismo tiempo se permita que los créditos no privilegiados se satisfagan primero.

En consecuencia, vulnera el principio de igualdad constitucional, y la prelación constitucional y legal de créditos cualquier disposición que permita que un acuerdo de reorganización prevea, entre otras, (i) **la alteración de las clases**, de manera que se disponga el pago de créditos de un grado inferior antes que los de grado superior; (ii) **la concurrencia en el pago de créditos de distinto tipo**, es decir, el pago de créditos de grado inferior simultáneamente con otros de grado superior, sin esperar a que éstos hayan sido satisfechos por completo; o (iii) **la introducción de más órdenes de los legalmente establecidos**, pues ello implica disponer un trato distinto a acreedores de una misma clase, y constituye una vulneración adicional al principio de igualdad constitucional.

Excepcionalmente la legislación ordinaria ha permitido que los acuerdos de insolvencia flexibilicen los órdenes de prelación de créditos con miras a facilitar las condiciones de recuperación. Sin embargo, para ello ha exigido siempre: (i) **el consentimiento del acreedor afectado** con ello⁸⁸; o (ii) **el establecimiento de mayorías calificadas en la votación del acuerdo, y la sujeción a límites en cuanto a los créditos que no pueden ser flexibilizados**⁸⁹, con miras a proteger los acreedores de especial protección constitucional y legal.

En el presente caso, **el Decreto 560 de 2020 vulnera el principio de igualdad constitucional, en la medida en que, al permitir el pago concurrente de créditos de varias clases, abre la puerta para que se trastocuen los órdenes de la prelación de créditos con la sola mayoría simple de los acreedores, sin sujeción a ningún límite de carácter sustancial, y sin importar que con ello se vulnere el orden constitucional, supraconstitucional y legal de prelación asignado a créditos de acreedores en situación de debilidad manifiesta.**

Lo anterior resulta aún más grave si se tiene en cuenta que este tipo de situaciones están constitucionalmente prohibidas en un decreto legislativo que se profiera en el curso de un estado de emergencia, según dispone el artículo 215 de la Constitución Política de 1991, al establecer

⁸⁸ Ley 550 de 1999, artículo 33 numeral 2; Ley 1116 de 2006, artículo 41 numeral 4.

Se trata de una aplicación del principio de renunciabilidad de los derechos prevista en el artículo 15 del Código Civil, y admitida, entre otros, sobre los salarios, prestaciones y mesadas causados a nivel laboral, por tratarse de obligaciones de carácter patrimonial.

⁸⁹ Cfr. los artículos 34 numeral 12 de la Ley 550 de 1999 y 41 de la Ley 1116 de 2006.

que *“El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”*.

Con base en ello, se viola el principio de no discriminación que debe regir en la expedición de los decretos que se profieren en el marco de un estado de emergencia, al vulnerar directamente los artículos 13 y 215 Superiores, así como los desarrollos previstos en el artículo 14 de la LEEE y sus desarrollos en la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional. En consecuencia, dichas normas deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

4.7.2. Los mecanismos de descarga de pasivos rompen el principio de igualdad, pues privan de votos a los acreedores perjudicados con la medida

Tal como ya se expresó en el punto 4.5 de este mismo escrito, a cuyos argumentos nos remitimos, la descarga de pasivos rompe el principio de igualdad de todos los acreedores de la reorganización, al importar criterios propios de la liquidación, como el voto por acreedores con vocación de pago, privando con ello de cualquier derecho de voz y voto a los acreedores afectados con la medida. Se trata de una auténtica expropiación de derechos, que evidentemente carece de cualquier equilibrio en su implementación, y que repercute en la pérdida de los derechos de los acreedores, socios o accionistas que verán cancelados sus derechos sin contrapartida alguna.

4.7.3. Los pactos de deuda sostenible rompen con el principio de igualdad pues, al excluir a los acreedores financieros del acuerdo, permiten su pago sobre el resto de los créditos privilegiados

El numeral tercero del artículo prevén la figura de los pactos de deuda sostenible, a través de los cuales los acreedores financieros pueden decidir dar por cumplidos, para los solos efectos del acuerdo de reorganización, el crédito a su cargo, a través de la reestructuración de las condiciones de su pago, que se cumplirán de manera independiente. Sin embargo, el mismo artículo permite que tales créditos (anteriores al concurso) sean pagados por fuera del concurso, con independencia de los términos que se hayan pactado en él, casi como si se tratase de gastos de administración u obligaciones posteriores al concurso.

Ello permite que los acreedores financieros que se acojan a esta solución puedan establecer cronogramas de pago que se sobrepongan o incluso se anticipen al pago de las obligaciones de naturaleza pensional, laboral o fiscal. También permite que los créditos quirografarios a favor de los acreedores financieros se paguen por encima de los proveedores de cuarta clase. Se trata de una ruptura abrupta de las reglas de la prelación legal de créditos que, según se vio, son una expresión del derecho de igualdad en los procedimientos concursales, y que conllevan una

vulneración del principio de no discriminación que debe regir el ejercicio de la potestad presidencial de expedir decretos legislativos, conforma a la LEEE y a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

4.7.4. Los pactos de deuda sostenible rompen con el principio de igualdad, pues privan de votos a los acreedores perjudicados con la medida

La situación descrita en el punto anterior se hace aún más gravosa si se tiene en cuenta que este tipo de acuerdos escapan a la decisión de la totalidad de los acreedores afectados, y se somete al voto exclusivo y excluyente de una mayoría cualificada de los mismos acreedores financieros, de los que ni siquiera se exige pluralidad. En esta medida, un solo acreedor financiero que detente más del 60% de los votos de dicha categoría de acreedores podría decidir válidamente poner su pago por encima de los pensionados, de los trabajadores, del fisco o de los demás acreedores de las demás clases de la prelación legal de créditos.

Ello constituye una ruptura aún mayor del principio de igualdad, y establece una disposición discriminatoria que perjudica a los acreedores que no tienen voz ni voto en este tipo de pactos.

4.8. Carencia de motivación de incompatibilidad. La norma suspende la vigencia de varias disposiciones de la Ley 1116 de 2006 sin justificación real ni aparente.

El artículo 41 de la Ley 1116 de 2006 dispone:

“Artículo 41. Prelación de créditos y ventajas. En el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos, siempre que sean cumplidas las siguientes condiciones:

- 1. La decisión sea adoptada con una mayoría superior al sesenta por ciento (60%) de los votos admisibles.*
- 2. Tenga como propósito facilitar la finalidad del acuerdo de reorganización.*
- 3. No degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor.*
- 4. No afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciante, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito (...).”*

Esta disposición de naturaleza ordinaria vino a ser suspendida en la práctica por el artículo 4 del Decreto 560 de 2020, en la medida en que éste dispuso, sin condicionamientos ni limitaciones de ninguna especie, que “*En los acuerdos de reorganización (...) se podrán incluir (...) pagos a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva (...)*”.

Analizada la motivación del Decreto Legislativo y los términos específicos en que éste se ha redactado, no se encuentra ninguna explicación que directa o indirectamente justifique la suspensión de las reglas ordinarias previstas en el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, ni que demuestre siquiera remotamente la incompatibilidad de éstas con el estado de excepción.

En esta medida, debe declararse inexecutable el permiso para pactar pagos concurrentes de distintas clases de acreedores, por constituir una vulneración a lo prescrito en el artículo 12 de la LEEE así como a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que ha desarrollado dicha regla.

5. Estudio del Artículo 5. Estímulos a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización.

5.1. Síntesis de la norma

La disposición en estudio establece que el deudor en concurso puede buscar crédito para financiar su operación durante la etapa de negociación del acuerdo, sin necesidad de obtener autorización del juez del concurso, y que dichos créditos se pagarán como gastos de administración.

Adicionalmente, si el deudor no logra obtener crédito de esta forma, puede solicitar la autorización del juez del concurso para constituir distintas modalidades de garantías sobre sus activos.

Entre otras, el juez del concurso puede autorizar la constitución de garantías que desplacen la preferencia de la que habría gozado un acreedor garantizado del concurso, incluso sin contar con el consentimiento de éste, siempre y cuando a pesar del desplazamiento se otorgue una protección razonable al acreedor desplazado.

La norma permite que, previo traslado de la solicitud y un eventual decreto y práctica de pruebas, los demás acreedores presenten otras propuestas para la financiación del deudor, que si el juez considera menos gravosas, deben ser aceptadas por éste, so pena de que la solicitud de autorización se rechace de plano.

En todo caso, se condicionan todas las operaciones establecidas en el artículo a que los activos no comprometidos en las operaciones de crédito sean suficientes para asegurar el pago de obligaciones alimentarias, pensionales y laborales.

Finalmente, la norma establece que, sin perjuicio de las rebajas que realicen sus titulares, los créditos fiscales quedarán subordinados en el pago a la cancelación de los créditos otorgados para financiar la operación de la empresa.

5.2. Contextualización. Financiación de las operaciones del deudor durante el trámite de un proceso de reorganización.

La financiación de la empresa durante el trámite de la reorganización es un asunto vital para su subsistencia y el buen suceso de la reorganización, especialmente en aquellos casos en los que el problema fundamental de la crisis radica en la liquidez de la compañía y no en su insolvencia.

La Ley 1116 de 2006, siguiendo de cerca el modelo que había sido propuesto por la Ley 550 de 1999 sobre el punto⁹⁰, abordó la necesidad de las empresas de obtener recursos frescos para su operación y generó estímulos a aquellos acreedores que los otorgasen, quienes verían mejoradas las condiciones de pago de sus créditos en el acuerdo⁹¹.

La legislación ordinaria de la Ley 1116 de 2006 no trae disposiciones expresas sobre financiación del deudor durante la negociación del acuerdo de reorganización. Sin embargo, en caso de que éstos lleguen a otorgarse, requerirían de la autorización expresa, precisa y explícita del juez del concurso⁹², y las cuotas de estos créditos se pagan como gastos de administración, cuando se trate de obligaciones posteriores al inicio del proceso⁹³.

Con todo, la legislación ordinaria deja a salvo la prelación en el pago de las obligaciones a favor de sujetos de especial protección constitucional y legal, entre los cuales se mencionan expresamente las mesadas pensionales y los créditos parafiscales de origen laboral⁹⁴.

5.3. Falta de necesidad de la norma. La legislación ordinaria prevé mecanismos adecuados y menos gravosos para que el deudor obtenga autorizaciones del juez del concurso

⁹⁰ Ley 550 de 1999, artículos 33 numeral 2 y 34 numeral 13, entre otros.

⁹¹ Ley 1116 de 2006, artículos 41 numeral 3 e incisos segundo, tercero y cuarto; y 69 numeral 1 y párrafo 3.

⁹² Ley 1116 de 2006, artículo 17.

⁹³ *Ibidem*, artículo 71.

⁹⁴ *Ibidem*, artículo 71.

Tal como ya se tuvo la oportunidad de explicar más arriba en este mismo escrito, el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 establece mecanismos adecuados para que el deudor, sin que para ello la ley haya establecido mayores requisitos. Basta con que, a partir de la argumentación presentada por el deudor y de los elementos que el juez haya necesitado para decidir sobre ella, se haya considerado suficiente y razonable la solicitud formulada.

El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, en esta medida, resulta adecuado para formular solicitudes de cualquier tipo, dirigidas al juez del concurso, incluidas aquellas que busquen la “*constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor*”. En esta medida, el inciso segundo y los numerales de la norma analizada estarían comprendidos en su mayor parte dentro de la legislación existente. En esta medida, carece de sentido establecer nuevamente en una norma de estado de excepción situaciones que ya cuentan con una regulación adecuada en la ley ordinaria.

Pero además de no ser necesaria, la disposición resulta más grave si se confronta con la mayor flexibilidad sustancial y procesal que traía el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. En efecto, la legislación ordinaria no exige ningún tipo de requisito para el estudio y procedencia de las solicitudes de autorización, que además son resueltas de plano por el juez, sin necesidad de trámites previos de ningún tipo. Muy por el contrario, el artículo 5 del Decreto 560 de 2020 establece un requisito de fondo y otro de trámite que hacen que lo allí establecido resulte mucho más gravoso para el deudor, y, en general, para el concurso. Por un lado, el deudor no sólo debe formular la solicitud de autorización y presentar al juez los argumentos de razonabilidad, urgencia, necesidad, oportunidad, conveniencia, o los que, según sea el caso, puedan llegar a requerirse para obtener la autorización del juez, **sino que además le impone la necesidad de demostrar al juez del concurso que no se logró obtener una nueva financiación para el desarrollo del giro ordinario de sus negocios**. Por otro lado, el parágrafo 2 de la disposición **estableció un procedimiento previo a la toma de una decisión que complicó, en lugar de simplificar, el trámite requerido para obtención la autorización del juez**, abriendo la puerta a nuevos términos, traslados, contradicciones y actuaciones judiciales que sólo contribuyen a generar nuevos costos de transacción. Pero además, y por si lo anterior fuera poco, la regulación procesal del referido trámite incurrió en varias reiteraciones de normas existentes en la legislación ordinaria, como la potestad de requerir información adicional prevista en el régimen de insolvencia empresarial⁹⁵ o la posibilidad de proferir autos por escrito o en audiencia, permitida en el Código General del Proceso⁹⁶, además de incurrir en una enorme imprecisión

⁹⁵ Ley 1116 de 2006, artículo 5 numeral 1.

⁹⁶ Código General del Proceso, artículo 279.

técnica al indicar que, luego de haberse surtido la etapa de traslados, observaciones y propuestas, el juez debe resolver “de plano” (es decir, sin necesidad de trámite previo).

En suma, la disposición no solo no es necesaria, sino que además torna más gravosa una situación que de acuerdo con la legislación anterior era mucho más simple para el deudor y, en general, para el proceso de reorganización.

5.4. Contradicción de la norma con disposiciones específicas de la Constitución Política. Desconocimiento de los derechos de los acreedores garantizados anteriores al concurso

La disposición en comento establece la posibilidad de que el juez del concurso prive de la prelación de primer grado que correspondía al acreedor garantizado que había constituido su garantía con anterioridad al concurso. Para ello, la disposición sólo exige que el juez encuentre acreditados una serie de criterios de razonabilidad que no resultan del todo claros en la práctica, y que podrían no corresponder a la realidad de las cosas.

Ello desconoce las prerrogativas de preferencia y persecución que se derivan de un derecho real de garantía, y con ello desconoce la protección constitucional que se otorga al derecho de propiedad y a los demás derechos civiles, conforme al artículo 58 de la Carta Política. En la práctica, la medida prevista en el numeral tercero de la norma puede confundirse con una expropiación sin indemnización previa, sin atender criterios de interés general y sin la posibilidad de asegurar el derecho de defensa y de contradicción del acreedor garantizado perjudicado.

6. Estudio del Artículo 6. Salvamento de empresas en estado de liquidación inminente.

6.1. Síntesis de la norma

La norma dispone un mecanismo para que las empresas con patrimonio negativo a las que se inicie un proceso de liquidación judicial puedan evitar la totalidad de las consecuencias de este proceso (la venta y adjudicación en especie de los activos) a través de una oferta de compra por parte de cualquier acreedor.

El acreedor interesado debe manifestar su interés al momento de decretarse la liquidación judicial, presentar su oferta económica una vez resueltas en firme la calificación y graduación de créditos, y consignar el valor total de la oferta a continuación; valor que comprende los créditos de primera clase, las indemnizaciones laborales por terminación anticipada sin justa causa, la normalización de los pasivos pensionales, los gastos de administración de la reorganización, los créditos a favor de los acreedores garantizados y los demás créditos con vocación de pago.

6.2. Falta de conexidad material

La medida prevista en el artículo 6 se refiere, en su título, a las sociedades en estado de liquidación judicial inminente. Sin embargo, en realidad el trámite previsto para su “rescate” consiste en adelantar una liquidación judicial ya declarada (y por lo tanto, una que ya dejó de ser inminente y se materializó en la práctica), hasta una fase avanzada, donde el juez del concurso se pronunciará sobre la oferta económica presentada.

Se trata de una medida que carece de conexidad material con los fines del Decreto, pues lejos de salvar una empresa, dispone que ésta debe adelantar un proceso de liquidación judicial, y consolidar múltiples efectos de esta medida. Así las cosas, no es una medida de prevención ni salvamento, sino un mecanismo tardío para la resurrección de una sociedad en un estado avanzado de liquidación.

6.3. Falta de necesidad

Los mecanismos dispuestos en el artículo 6 del Decreto 560 de 2020 son innecesarios para lograr consolidar las finalidades propuestas, ya que existen normas en la legislación ordinaria que permiten alcanzar los mismos objetivos, sin necesidad de poner en marcha las potestades de emergencia del Presidente de la República.

Entre otras, se destaca que la legislación actual permite suspender algunos efectos de la apertura de la liquidación judicial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 numeral 2 de la Ley 1116 de 2006 y su reglamentación en el artículo 2.2.2.9.5.1. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, que dispone:

“Artículo 2.2.2.9.5.1. Suspensión de algunos efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. Cuando el juez del concurso advierta que la venta de la empresa en marcha es posible y conveniente para maximizar el valor de los activos de la liquidación, podrá ordenar como medida cautelar la suspensión de algunos de los efectos que por ley se derivan de la providencia de apertura de la liquidación judicial.

En estos casos, para efectos de determinar los alcances, la efectividad y la proporcionalidad de la medida cautelar, el juez del concurso podrá adoptar cualquiera de las siguientes decisiones:

1. La fijación de límites temporales a la medida decretada;

2. *La limitación de la operación de la empresa a ciertas actividades, establecimientos, zonas geográficas o nichos de mercado;*
3. *La autorización para celebrar contratos de maquila, arrendamiento, fiducia, prestación de servicios o semejantes, así como las condiciones en que dichos contratos deben celebrarse;*
4. *La orden para que el liquidador rinda informes periódicos sobre las operaciones o sobre sus costos y su relación con el aumento en el valor de la empresa;*
5. *Las demás que el juez considere adecuadas, en su función de director del proceso”.*

Por su parte, la adquisición de la empresa en marcha o de los activos operantes puede lograrse a través de un acuerdo de reorganización durante la liquidación judicial⁹⁷, o a través de la enajenación de los activos del deudor en liquidación como empresa en marcha, en estado de funcionamiento o en bloque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 numerales 4 y 7, así como los artículos 2.2.2.13.1.6. y 2.2.2.13.1.7. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

Este tipo de mecanismos pueden ser adoptados dentro del proceso de liquidación judicial sin necesidad de acudir a procedimientos especiales, reglas obligatorias para las partes, y con mayor gestión gerencial y gobernabilidad económica por parte del liquidador, quien además es responsable ante las partes por su adecuada gestión.

6.4. Falta de proporcionalidad

Las medidas previstas en la norma resultan exageradas y desproporcionadas para efectos de la eficacia de la norma, y que desdican de su constitucionalidad, en los términos indicados por la LEEE.

Así las cosas, en primer término debe destacarse que la exigencia de un patrimonio negativo es exagerada y desproporcionada, y sólo permitiría la aplicación de las medidas en circunstancias extremas, cuando las sociedades se han consolidado en un auténtico estado de insolvencia, en que sus activos no serán suficientes para responder por la totalidad de su pasivo. La norma desconoce que hay muchas causas de liquidación judicial, que no tienen ningún nexo con la relación activo-pasivo, y reducir la aplicación de un mecanismo de salvamento al más extremo de los casos es exagerado, desproporcionado y en la mayor parte de los casos inútil. Recuperar una empresa en situación de insolvencia supone en muchos casos un esfuerzo pírrico que no necesariamente

⁹⁷ Ley 1116 de 2006, artículo 66.

logrará salvar la generación de empleo y riqueza que pretende rescatar el Decreto 560 de 2020. Por otro lado, llama la atención que se acuda a este tipo de mecanismos, en donde se exige una insolvencia consolidada, como mecanismo para sobrellevar una “crisis de liquidez”, como la que menciona la parte motiva del Decreto Legislativo examinado.

Por otro lado, no parece proporcionado establecer que la oferta deba presentarse en una ventada de oportunidad tan restrictiva como lo plantea el Decreto, máxime cuando las medidas existentes en la legislación ordinaria permiten acudir a varios de estos mecanismos en varias etapas de la liquidación (como lo prevé en artículo 66 de la Ley 1116 de 2006).

Tampoco parece atinada la exigencia de que el oferente realice el depósito del valor de los créditos antes de la aprobación judicial. Se trata de un requisito desmedido que restará toda operatividad práctica a la medida, ya que difícilmente un oferente cuenta con la liquidez que exige el Decreto, en los términos premurosos que allí se disponen, ni mucho menos tiene la posibilidad de realizar un depósito a órdenes del juez del concurso de tal envergadura sin la certeza de que se le aprobará la operación, máxime con el riesgo de que existan varios oferentes que concurran al proceso, tal como lo dispone el inciso final de la norma.

También resulta desproporcionada la protección a los acreedores garantizados, a quienes se sobreasegura su pago, a pesar de que no existe ninguna relación entre el riesgo que éstos asumen y el riesgo que asumen los demás acreedores del concurso, de las demás clases, y grados de la prelación legal de créditos.

7. Estudio del Artículo 7. Preservación de la empresa, el empleo y el acuerdo de reorganización.

7.1. Síntesis de la norma

La norma establece medidas de excepción para evitar que los acuerdos que no se hayan ejecutado en los meses de abril mayo y junio de 2020 y los que se encuentren en mora por un lapso inferior a tres meses se consideren incumplidos.

7.1. Falta de conexidad material. La norma se refiere a acuerdos en ejecución de deudores cuya insolvencia fue originada por las mismas causas de la emergencia

La disposición carece de un nexo claro con las causas que pretende enervar, en la medida en que en el ámbito temporal que allí se indica no puede corresponder, ni lógica, ni cronológicamente, a la ejecución de acuerdos de sociedades cuya crisis tuvo origen en las mismas causas de la Emergencia Económica, Social y Ecológica. En esta medida, debe entenderse que dicha norma se

refiere a los acuerdos en ejecución para la época de la crisis, independientemente de la causa que originó, en un principio, la insolvencia del deudor.

7.2. Inconstitucionalidad por violación al principio de no discriminación. El Decreto se circunscribe a los deudores cuya crisis se ocasionó por las causas del Decreto de la Emergencia.

El Decreto 560 de 2020 insiste, al igual que lo ha hecho en otras disposiciones que se han comentado a lo largo de este escrito, en restringir la aplicación de sus normas a aquellos deudores afectados “*por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, descartando con ello su aplicación a otros deudores que no se encuentran en ese preciso grupo pero que podrían haberse visto afectados por la paralización de la economía generada con ocasión de la pandemia de la COVID-19.

8. Estudio del Artículo 8. Negociación de emergencia de acuerdos de reorganización.

8.1. Síntesis de la norma

Esta disposición establece un trámite de negociación de deudas que concentra, en un plazo común de tres meses, las fases de contradicción de la información presentada por el deudor y de la negociación del acuerdo de reorganización.

8.2. Inconstitucionalidad por contradicción específica con disposiciones constitucionales

8.2.1. La disposición analizada infringe las normas superiores sobre independencia y autonomía de las autoridades jurisdiccionales

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia⁹⁸ la Superintendencia de Sociedades desempeña funciones jurisdiccionales para conocer de los procedimientos de insolvencia empresarial regidos por la Ley 1116 de 2006. Dichas funciones son adelantadas a través de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia⁹⁹.

⁹⁸ En su inciso tercero dispone la citada norma que “*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos*”.

⁹⁹ Artículo 17 del Decreto 1023 de 2012, por medio del cual se establece la actual estructura y funciones de la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 6 de la Ley 1116 de 2006 establece que la Superintendencia de Sociedades conoce, en única instancia, de los procesos de insolvencia de *“todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención [con el juez civil del circuito del domicilio del deudor], tratándose de deudores personas naturales comerciantes”*.

En el ejercicio de dichas funciones jurisdiccionales, la Superintendencia de Sociedades debe cumplir con la totalidad de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para el desempeño de esta tarea. En esta medida, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de dicha Superintendencia debe garantizar que los procesos seguirán las mismas instancias¹⁰⁰, procedimientos y vías procesales¹⁰¹ dispuestos en la ley para los jueces ordinarios.

Del mismo modo, los funcionarios encargados de conocer de los procesos de insolvencia deben cumplir con los requisitos de autonomía e independencia que se predicán de todos los servidores judiciales; en consecuencia, los funcionarios pertenecientes a la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia son distintos de aquellos encargados de ejercer las labores administrativas de inspección, vigilancia o control sobre las sociedades sujetas a supervisión de la Superintendencia de Sociedades, y en la decisión de los asuntos sujetos a su conocimiento, éstos no pueden dar instrucciones, ni tener ningún tipo de injerencia jerárquica o funcional sobre aquéllos¹⁰²: las funciones jurisdiccionales *“deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, entre los cuales no medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento”*¹⁰³

Descendiendo al contenido del Decreto 560 de 2020, éste define el desarrollo de los requisitos y trámite de la solicitud de admisión al proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización a la *“los términos que establezca dicha entidad”*. Si bien la redacción de la norma es confusa, pues no especifica la entidad a la que se hace referencia, dado el origen de la norma y los antecedentes que ya obran en el expediente, es dable entender que el legislador excepcional buscara asignar dichas funciones a la Superintendencia de Sociedades.

Ahora bien, la norma tampoco expresa a través de qué instrumento regulatorio la Superintendencia de Sociedades podría dictar los términos que se omitieron en la disposición del decreto legislativo; sin embargo, podrían considerarse varias hipótesis:

¹⁰⁰ Artículo 24 párrafo tercero, inciso cuarto, del Código General del Proceso.

¹⁰¹ Artículo 24 párrafo tercero, inciso primero, del Código General del Proceso.

¹⁰² Corte Constitucional, sentencias C-1641 de 2000, C-649 de 2001 y C-1071 de 2002, entre otras.

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2001.

- (i) En primer lugar, podría plantearse que los términos de la presentación y trámite de la solicitud de negociación de emergencia se deben proferir a través de una resolución.

Sin embargo, dicha hipótesis debe descartarse de tajo, pues se trataría de un acto administrativo proferido por el Superintendente de Sociedades, en ejercicio de funciones administrativas, quien ejercería injerencia indebida en la forma en que han de tramitarse los procesos jurisdiccionales que se encuentran a cargo de la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia.

Debemos recordar sobre el punto que las funciones jurisdiccionales no admiten interferencia, consejo, órdenes o injerencia de ningún tipo por parte de quienes ejercen funciones administrativas al interior de la misma entidad, mucho menos por quien actúa como la cabeza administrativa de la Entidad. Ello supondría una violación de los artículos 116 y 228 de la Carta Política, además de los desarrollos de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que han condicionado el ejercicio de funciones jurisdiccionales a la separación plena de quienes se dedican a ellas y de los funcionarios administrativos.

- (ii) En segundo lugar, podría considerarse que dichos desarrollos pueden darse a través de una circular expedida por el Superintendente de Sociedades, y con destino a ser aplicada en los procedimientos de naturaleza jurisdiccional.

Sin embargo, dicha solución no sólo caería en los mismos vicios de la hipótesis anterior, sino que además lo haría a través de un mecanismo de regulación “blando”, como son las circulares, que adicionalmente no resultarían vinculantes frente a las autoridades jurisdiccionales ni frente a las partes de los procesos. No puede olvidarse que las circulares no hacen parte del sistema de fuentes del derecho aplicables al ejercicio de la función jurisdiccional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 230 Superior.

- (iii) Una tercera alternativa podría darse a través de la promoción de un Decreto reglamentario para firma del Presidente de la República, en ejercicio de la potestad contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

No obstante, esta posibilidad también debe ser rápidamente descartada, por violar el artículo 257 numeral 3 de la Carta Política, pues además de los problemas que se derivan de la reserva legal, y que se tratarán en el punto que sigue, el Presidente de la República carece de competencias para reglamentar las normas relacionadas con la administración de justicia, tal como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional al

disponer que *“pese a la existencia de un régimen general que confiere al presidente de la República la facultad reglamentaria de la Ley y a los ministerios, una facultad residual de los que los habilita para incluir regulaciones de segundo orden en los ámbitos propios de su especialidad, en el campo de la administración de justicia, tanto en los trámites judiciales como en los administrativos que se desarrollen en los despachos judiciales, el organismo que tiene esa reserva exclusiva es el Consejo Superior de la Judicatura”*¹⁰⁴.

Así las cosas, la disposición analizada vulnera las normas constitucionales sobre separación de las ramas del poder público, independencia y autonomía de los funcionarios que desempeñan jurisdicción, así como las funciones reglamentarias del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, dicha norma debe ser excluida del ordenamiento jurídico por inexecutable.

8.2.2. La disposición analizada infringe las normas superiores sobre reserva legal para la regulación de procedimientos jurisdiccionales

Además de las consideraciones expuestas en el punto inmediatamente anterior, debe indicarse que existe reserva legal para regular el asunto que el Decreto 560 de 2020 defiere el desarrollo de los requisitos y trámite de la solicitud de admisión al proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización a la *“los términos que establezca dicha entidad”* (la Superintendencia de Sociedades).

En efecto, el procedimiento de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización es una variante de un procedimiento típicamente jurisdiccional, como lo es el trámite recuperatorio previsto en la Ley 1116 de 2006. Si bien la estructura planteada por la norma en comento fortalece las cargas de las partes en la negociación temprana del acuerdo, lo cierto es que dicha norma se construye sobre las mismas bases que cimientan los procesos jurisdiccionales previstos en el régimen de insolvencia empresarial, al punto que el mismo Decreto 560 de 2020 se remite a dicha norma en lo no previsto allí expresamente¹⁰⁵.

Como procedimiento jurisdiccional, su regulación se encuentra sujeta a precisos y estrictos límites; el más importante de ellos consiste precisamente en la reserva de ley que la Carta Política asignó a dichos procedimientos. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado con enorme claridad que *“Desconoce el Legislador la cláusula de reserva de ley consagrada en la Constitución Política, para la expedición y la modificación de los códigos de los diversos ramos*

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2002.

¹⁰⁵ Decreto 560 de 2020, artículo 11.

*de la legislación, cuando a través de una disposición del Código, se faculta a una autoridad distinta al legislador, para modificar sus contenidos, los cuales impactan en forma significativa la estructura de los mismos*¹⁰⁶.

En el presente caso, si bien en la actualidad el Régimen de Insolvencia Empresarial no se encuentra recogido en un código, se trata de una materia que cuenta con reserva legal para la determinación de sus procedimientos, condición ésta que no puede ser desconocida por el Presidente de la República como Legislador de Emergencia, ni por la Superintendencia de Sociedades como entidad designada para completar los vacíos legales en los que haya incurrido aquél.

En consecuencia, la disposición en estudio vulnera lo dispuesto en el artículo 150 constitucional y en dicha medida debe ser excluida del ordenamiento jurídico, mediante la declaratoria de su inexecutableidad.

8.3. Inconstitucionalidad por violación al principio de no discriminación

8.3.1. El Decreto se circunscribe a los deudores cuya crisis se ocasionó por las causas del Decreto de la Emergencia.

El Decreto 560 de 2020 insiste, al igual que lo hizo en otras disposiciones que se han comentado con anterioridad, en restringir la aplicación de sus normas a “*Los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, descartando con ello su aplicación a otros deudores que no se encuentran en ese preciso grupo pero que podrían haberse visto afectados por la paralización de la economía generada con ocasión de la pandemia de la COVID-19.

8.4. Vulneración del principio de proporcionalidad

8.4.1. Ausencia de proporcionalidad en la determinación de las consecuencias de no asistir a la audiencia o de no sustentar las objeciones en ella

La disposición en comento entiende desistidas las objeciones y observaciones presentadas por los acreedores en caso de que no asistan a la audiencia o no las sustenten en audiencia. Esta norma es una transposición de una regla concebida en el Código General del Proceso para la sustentación de los recursos de apelación, que en el contexto de la insolvencia implica una evidente falta de

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2014.

proporcionalidad con la situación de los acreedores objetantes. En efecto, no tiene en cuenta varias circunstancias que rodean a este tipo de acreedores, como las siguientes:

- (i) En los procedimientos de insolvencia no se requiere de defensa técnica, ni actuar por intermedio de un abogado. El párrafo del artículo 11 de la Ley 1116 de 2006, aplicable a los procedimientos de negociación de emergencia por remisión expresa del Decreto 560 de 2020, disponen que “*La solicitud de inicio del proceso de reorganización y la intervención de los acreedores en el mismo, podrá hacerse directamente o a través de abogado*”. En virtud de lo anterior, carece de razonabilidad establecer para este tipo de trámites una carga pensada para procesos que por regla general están sujetos al derecho de postulación y que requieren defensa técnica. No es proporcionado ni razonable aplicar a los acreedores laborales, pensionales o quirografarios las mismas exigencias que se requieren de los profesionales del derecho, y castigar sus eventuales fallas técnicas (como la no sustentación en audiencia) como si se tratara de expertos en la profesión jurídica y en técnicas de oralidad.
- (ii) El Decreto 560 de 2020 mantiene las mismas reglas de competencia generales de la Ley 1116 de 2006. Ello implica que la Superintendencia de Sociedades es la única autoridad competente para conocer de los procesos recuperatorios de personas jurídicas, que además son la mayoría de los procesos de reorganización empresarial, y se espera que mantengan esa misma tendencia en los procesos de negociación de emergencia.

Ahora bien, en condiciones de normalidad, la Superintendencia de Sociedades no cuenta, ni siquiera remotamente, con la misma cobertura geográfica a nivel nacional con la que cuentan los jueces civiles. Mientras que la Rama Judicial está obligada a tener un juez en cada municipio, y cuenta con un número importante de circuitos judiciales relativamente cercanos a la mayor parte de la población, la Superintendencia de Sociedades carece de dicha estructura, y tan sólo cuenta con una sede central en la ciudad de Bogotá y seis intendencias regionales en las ciudades de Barranquilla, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Manizales y Medellín. Por demás, las competencias de las intendencias regionales son restringidas y en la actualidad dependen de decisiones que tome el Superintendente de Sociedades relacionada con la distribución de los negocios a nivel nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.9.1.2. del Decreto único Reglamentario 1074 de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 65 de 2020.

Por tanto, es bastante probable que un número considerable de procesos se adelante en la ciudad de Bogotá, independientemente del domicilio social de las compañías en reorganización de emergencia, y que la norma en comento acentúe una barrera geográfica de acceso a la justicia que ya existía.

- (iii) Adicionalmente, deben tenerse en cuenta las condiciones en las que se profirió el Decreto 560 de 2020, es decir, las condiciones de distanciamiento social y prevención del contagio de la COVID-19, que han llevado en muchas ocasiones a requerir de las partes la existencia de mecanismos tecnológicos para asistir a las audiencias y diligencias que se lleven a cabo en los procesos de insolvencia empresarial. En este contexto, la norma en estudio carece de toda proporcionalidad, pues representa una barrera económica y tecnológica de acceso a la justicia en tiempos de pandemia; situación que resulta aún menos concebible en las condiciones que rodearon la expedición del Decreto 560 de 2020, que en teoría tenía como finalidad ofrecer soluciones a una emergencia ocasionada por la rápida propagación del Coronavirus COVID-19.

Lo adecuado en este tipo de procesos consiste en que el juez del concurso, en ejercicio de su labor de garante de la legalidad, y en desarrollo del principio de oficiosidad que se deriva de los procedimientos concursales, dé solución a las solicitudes, objeciones u observaciones presentadas por los acreedores con independencia de que se encuentren presentes o representados en la audiencia, o que realicen sustentación oral de lo actuado en dicho escenario.

8.4.2. Ausencia de proporcionalidad por la imposibilidad de decretar el levantamiento de medidas cautelares, ni siquiera en los casos de urgencia necesidad o conveniencia

El párrafo 1 establece que en este tipo de procedimientos el juez del concurso se abstenga de levantar medidas cautelares. Esta disposición resulta particularmente grave para los deudores que ingresen a una reorganización de emergencia con medidas cautelares decretadas sobre créditos, activos circulantes, depósitos de dinero en cuentas bancarias o dividendos y utilidades de sociedades en las que tengan inversiones. En todos estos casos, el flujo de efectivo que las medidas cautelares han congelado representa un requisito de liquidez necesario para la subsistencia de la empresa durante el trámite del proceso de negociación. Privar al deudor de la posibilidad de solicitar el levantamiento de medidas cautelares en estos casos, lejos de contribuir a la recuperación del deudor (que es el propósito principal del Decreto 560 de 2020), lo condena al fracaso del proceso, en los términos del artículo 10.

Adicionalmente, la disposición también deja desprotegidos a los terceros sobre los cuales se decretaron indebidamente medidas cautelares, que requieren el desembargo de sus activos, y que también carecerían de mecanismos para recuperar la tenencia o los demás derechos sobre sus activos.

8.4.3. Ausencia de proporcionalidad por las consecuencias previstas para los casos en que el deudor no complete los documentos de la solicitud de negociación de emergencia.

El párrafo 2 del artículo en estudio establece un trámite que resulta desproporcionado y que genera una consecuencia muchísimo más gravosa para el deudor en crisis que la existente en la legislación ordinaria, para aquellos eventos en que el deudor no satisfaga los requerimientos del juez del concurso y no complete los documentos exigidos para tramitar su solicitud de negociación de emergencia.

La legislación ordinaria prevé que la falta de atención al requerimiento del juez del concurso para completar los documentos e información requerida para dar vía al proceso de reorganización empresarial llevan al rechazo de la solicitud¹⁰⁷. Ello quiere decir que, una vez en firme la providencia, el deudor es libre de presentar una nueva solicitud de insolvencia empresarial, para resolver su situación de crisis. Esta sería la disposición aplicable a la negociación de emergencia en caso de no existir una regla especial en el Decreto 560 de 2020, en virtud de lo previsto en el artículo 10 de este último cuerpo normativo.

Sin embargo, en lugar de mantener la legislación ordinaria, que resultaba adecuada y proporcionada para el efecto, el Decreto 560 de 2020 estableció una regla especial, de acuerdo con la cual *“En el evento en que el deudor no responda el requerimiento o no complete la documentación en el tiempo indicado, se dará aplicación a las consecuencias del fracaso de la negociación”*. En consecuencia, la simple falta de un documento, o la imposibilidad de aportarlo dentro del exiguo término de cinco días que establece el Decreto 560 de 2020, puede conducir a que el deudor no pueda intentar nuevamente la negociación de emergencia dentro del año siguiente a la terminación del trámite por dicha causa¹⁰⁸.

En esta medida, la disposición resulta desproporcionada frente a los fines que se proponía el Decreto Legislativo y frente a las causas de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en

¹⁰⁷ Ley 1116 de 2006, artículo 14 inciso tercero.

¹⁰⁸ Decreto 560 de 2020, artículo 10.

lugar de facilitar la recuperación de empresas, se puede convertir en un escollo infranqueable para el acceso a los mecanismos de recuperación allí establecidos.

9. Estudio del Artículo 9. Procedimientos de recuperación empresarial en las cámaras de comercio.

9.1. Síntesis de la norma

La disposición establece la posibilidad de que el deudor acuda a las cámaras de comercio a desarrollar un procedimiento de recuperación, que se regirá por un reglamento expedido por Confecámaras, y que presidirá un mediador. Los acuerdos a los que allí se lleguen deben ser materia de validación por parte del juez del concurso; las objeciones y observaciones que presenten los acreedores, pueden ser resueltas por el juez del concurso o a través de alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).

9.2. Ausencia de proporcionalidad de la norma. La disposición permite que el deudor imponga a los acreedores su voluntad de adherir al régimen previsto en el reglamento de la Cámara de Comercio, o al arbitramento para la solución de objeciones y observaciones.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, el recurso a mecanismos alternativos a la jurisdicción para la solución de controversias, en la medida en que supone procedimientos y costos de operación distintos de los que funcionan para los mecanismos ordinarios de justicia, deben contar con mecanismos que permitan asegurar la voluntad de la parte que se encuentra en mayor riesgo de que se le impongan las condiciones dispuestas por quien cuenta con el poder de negociación. Así, por ejemplo, en la sentencia C-1140 de 2000 indicó que *“El artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la “habilitación” por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto. Y, con base en el principio que obliga al juez -con mayor razón al de constitucionalidad- a velar por la prevalencia del Derecho sustancial (art. 228 C.P.), esta Corte no puede pasar inadvertida la circunstancia del desequilibrio efectivo entre los contratantes en los préstamos hipotecarios, ni la falta de reglas claras en la normatividad objeto de examen, que permitieran llegar a genuinos y reales acuerdos en un plano de igualdad”*.

En el mismo sentido, en el diseño del trámite del Decreto 560 de 2020, se advierte que las partes del proceso (incluidos los acreedores en situación de debilidad) pueden estar enfrentadas a situaciones de desequilibrio semejante, en caso de que se les llegue a imponer, sin contar con su

consentimiento, un mecanismo alternativo de solución de controversias como los planteados en el artículo 9.

El recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias supone una excepción a la regla general, que prevé que el curso general de las cosas se tramite ante los jueces de la República; por ello es fundamental, desde una perspectiva constitucional, que se cuente con el consentimiento de todas las partes del proceso, de manera que se salvaguarden sus prerrogativas iusfundamentales, y se eviten de paso abusos del derecho y de posición dominante, y que el deudor y los acreedores más fuertes en el curso de una insolvencia recuperatoria terminen por abusar de su posición de dominio e impongan su criterio en las circunstancias de negociación del acuerdo. Esto puede hacer, sin duda, más complejo el recurso a los MASC en los concursos generales; pero en aquella modalidad de concursos por categorías de acreedores prevista en el artículo 8 del Decreto 560 de 2020 puede llegar a constituir una alternativa viable para satisfacer las controversias del deudor sin imponer cargas excesivas a los demás acreedores.

Iguales consideraciones deben hacerse para el recurso al arbitraje o a las demás especies de MASC para la resolución de objeciones y observaciones del concurso.

En esta medida, la constitucionalidad de la norma debe quedar condicionada a que la adhesión al reglamento de la cámara de comercio sea un hecho voluntario del deudor y de la totalidad de los acreedores involucrados en la negociación.

10. Estudio del Artículo 10. Fracaso del trámite o procedimiento.

10.1. Síntesis de la norma

La disposición establece que el fracaso de los procedimientos establecidos en los artículos 8 y 9 del Decreto 560 de 2020 conlleva la terminación del trámite y la imposibilidad para iniciar uno nuevo dentro del año siguiente; sin perjuicio de que el deudor pueda solicitar a continuación la apertura de un proceso de insolvencia empresarial en los términos de la Ley 1116 de 2006.

10.2. Concepto sobre la norma. Remisión a lo expuesto sobre el artículo 8 parágrafo 2 del Decreto 560 de 2020.

Si bien la disposición en sí misma no merece mayores comentarios, basta reiterar lo indicado respecto de la falta de proporcionalidad de las consecuencias previstas en el artículo en los casos que deberían consistir en un simple rechazo de la solicitud por no haberse atendido el requerimiento de información del juez del concurso.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que el límite temporal impuesto para acudir nuevamente a este tipo de procedimientos puede constituir una barrera a la recuperación de las empresas, y dificultar los propósitos de salvaguarda de la empresa que el legislador excepcional buscaba con la norma.

11. Estudio del Artículo 11. Aplicación subsidiaria de la Ley 1116 de 2006.

La norma se limita a establecer que la Ley 1116 de 2006 es norma de aplicación subsidiaria en todos aquellos aspectos en los que resulte compatible con la naturaleza de los procedimientos de negociación de emergencia y de recuperación empresarial dispuestos en el Decreto 560 de 2020.

Se destaca que los “procedimientos de recuperación empresarial” a los que hace referencia la norma son aquellos que, de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 590 de 2020, corresponde conocer a las cámaras de comercio, y sobre cuya inconstitucionalidad ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos en el aparte respectivo de este escrito.

Sin perjuicio de lo anterior, y en el evento en que la Corte decida que el artículo 9 del Decreto es exequible, debe tenerse en cuenta que la Ley 1116 de 2006 establece *un procedimiento jurisdiccional* para la gestión de la insolvencia empresarial, y que en esa medida no es posible aplicar, ni principal ni subsidiariamente, las reglas procesales allí establecidas a un trámite privado que se realizaría ante las cámaras de comercio.

Así las cosas, sólo sería posible aplicar *las normas sustanciales de la Ley 1116 de 2006* a los trámites que lleguen a adelantarse ante las cámaras de comercio, pues sería contrario a la Constitución permitir que un órgano de naturaleza privada distinto de los autorizados por el artículo 116 de la Carta se arroguen (así sea de forma subsidiaria) atribuciones que la Norma Fundamental reservó a los jueces de la República.

Teniendo en cuenta lo dicho, la disposición resulta ajustada a la Carta y debe ser declarada exequible por la H. Corte Constitucional bajo el entendido de que las normas procesales de la Ley 1116 de 2006 no son aplicables a los trámites que se adelanten ante las cámaras de comercio.

12. Estudio de los artículos 12, 13 y 14. Disposiciones tributarias

En la medida en que las disposiciones presentan estímulos tributarios para los deudores en insolvencia y mecanismos de alivio de algunas obligaciones fiscales, no se encuentra reparo alguno de constitucionalidad que vicie o condicione la constitucionalidad de las disposiciones.

13. Estudio del Artículo 15. Suspensión temporal.

13.1.Suspensión de la causal de incapacidad de pago inminente (artículo 9 parcial de la Ley 1116 de 2006)

13.1.1. Síntesis de la norma

La disposición analizada prevé la suspensión por 24 meses del supuesto de “incapacidad de pago inminente” para solicitar el inicio del proceso de reorganización; supuesto que sólo dejó operante para los procesos de negociación de emergencia creados por el Decreto Legislativo.

13.2.Ausencia de conexidad material. La norma persigue fines distintos de los que motivaron la declaratoria de emergencia.

Tal como lo ha observado la doctrina desde hace décadas, en muchos casos, *“cuando se llega al concurso es probable que en lugar de una empresa a salvar nos encontremos con los restos del naufragio. / La protección, para que sea operante, debe ser pre-concursal; de ser posible, cuando la insolvencia no hizo aún estragos irreversibles”*¹⁰⁹.

En esta medida, resulta imprescindible que los mecanismos concursales planteen escenarios que prevengan la insolvencia y contengan sus efectos nocivos para el deudor y los acreedores. Recurrir tardíamente a los mecanismos de insolvencia, cuando ya se ha entrado en la imposibilidad de cumplir las obligaciones, puede hacer inane cualquier mecanismo de salvamento de la empresa.

Si lo que se proponía el Decreto Reglamentario es fortalecer la empresa, flaco favor le hace al suspender la aplicabilidad de una causal de recuperación empresarial que busca ofrecerle, precisamente, un mecanismo de prevención de los estragos que supondría una insolvencia más grave, en la que ya se haya llegado al estadio de cesación de pagos.

Puede entreverse, sin embargo, que la verdadera finalidad de la norma no está en la superación de la crisis producida por la COVID-19, sino en la descongestión de la Superintendencia de Sociedades. Sin embargo, el represamiento de procesos en dicha autoridad administrativa no es la causa de la emergencia.

¹⁰⁹ Maffía, Osvaldo J.; de Maffía, María Ofelia, Legislación concursal. Introducción histórico crítica. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1979, p. 143.

Podría considerarse que la descongestión de la Superintendencia de Sociedades podría ayudar a mejorar el rendimiento del juez del concurso para afrontar la crisis; sin embargo, ello no es una excusa para cercenar a ciegas los derechos de las empresas y de sus acreedores, y privarlos de entrada de la posibilidad de acudir a los procedimientos de insolvencia empresarial previstos en la Ley 1116 con un propósito preventivo.

Podría asimismo alegarse que la incapacidad de pago inminente subsiste como causal para acceder a los procedimientos de negociación de emergencia. Sin embargo, ello no necesariamente es atinado.

13.2.1. Ausencia de motivación de incompatibilidad. La norma suspendió la vigencia de una disposición ordinaria sin haber demostrado si ésta resulta incompatible con el estado de excepción.

El Decreto Legislativo 560 de 2020 no plantea ninguna clase de explicación que explique por qué la causal de reorganización por incapacidad de pago inminente resulta incompatible con los supuestos que motivaron la declaratoria de Estado de Emergencia. Por ello es evidente que la disposición contraría los mandatos del artículo 12 de la LEEE y debe ser retirada del ordenamiento por la H. Corte Constitucional, también con fundamento en esta situación.

13.3. Suspensión del trámite de liquidación por adjudicación (artículos 37 y 38 de la Ley 1116 de 2006)

En la medida en que esta disposición suspende reglas aplicables para los casos de fracaso de la negociación de un acuerdo de reorganización, y que establecía consecuencias mucho más gravosas que las previstas para la liquidación judicial (pues no preveían la posibilidad de venta de activos¹¹⁰ ni la posibilidad de celebrar una reorganización dentro de la liquidación¹¹¹), no se advierte vicio alguno que ponga en entredicho la constitucionalidad de la disposición.

Con todo, debe advertirse que el Decreto 560 de 2020 no advirtió cuál sería la consecuencia del fracaso de la negociación de los acuerdos de reorganización, y que las normas que se dejaron subsistentes de la Ley 1116 de 2006 hacen referencia a dicho trámite.

Así, por ejemplo, el artículo 31 dispone que *“Si el acuerdo de reorganización debidamente aprobado no es presentado en el término previsto en este artículo, comenzará a correr de*

¹¹⁰ Ley 1116 de 2006, artículo 57.

¹¹¹ Ley 1116 de 2006, artículo 66.

inmediato el término para celebrar el acuerdo de adjudicación”; y el artículo 35 expresa que “Si el juez niega la confirmación, expresará las razones que tuvo para ello, y suspenderá la audiencia, por una sola vez y por un término máximo durante ocho (8) días, para que el acuerdo sea corregido y aprobado por los acreedores, de conformidad con lo ordenado, so pena del inicio del término para celebrar acuerdo de adjudicación”.

En esta medida, corresponde a la Corte Constitucional determinar que ante la suspensión de la vigencia de los artículos 37 y 38 de la Ley 1116 de 2006 deben aplicarse, para tales efectos, las reglas de la liquidación judicial.

13.4.Suspensión de la causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y de las sociedades por acciones simplificadas (artículos 457 del Código de Comercio y 35 de la Ley 1258 de 2008)

13.4.1. Síntesis de la norma

La disposición analizada prevé la suspensión por 24 meses de las causales legales de disolución por pérdidas de las sociedades por acciones (anónima y por acciones simplificada).

13.4.2. Contextualización de la norma revisada

La causal de disolución por pérdidas de las sociedades mercantiles tiene por objeto preservar la sanidad patrimonial de dichas compañías, y evitar la expansión desmesurada del estado de insolvencia, que resulte en perjuicio de los acreedores externos y de los accionistas.

13.4.3. Ausencia de conexidad material, finalidad y necesidad

En la medida en que en el punto siguiente se realizan diversas consideraciones respecto de otros aspectos relacionados con la prevención de la insolvencia, nos remitimos a lo que se expondrá más adelante, en lo que resulte compatible con la causal de disolución por pérdidas.

13.4.4. Vulneración al principio de igualdad

Sin perjuicio de las demás consideraciones sobre la norma, se destaca que las medidas de suspensión solo abarcan a las sociedades anónima y por acciones simplificada, y no comprenden otros tipos societarios (como la colectiva, las comanditas simple y por acciones y la limitada), a pesar de que dichas figuras también cuentan con reglas que establecen causales de disolución por pérdidas.

Así las cosas, en caso de que la Corte Constitucional decida que la suspensión es ajustada a la Carta, debe extenderla a las demás figuras societarias.

13.4.5. Ausencia de motivación de incompatibilidad. La norma suspendió la vigencia de una disposición ordinaria sin haber demostrado si ésta resulta incompatible con el estado de excepción.

El Decreto Legislativo 560 de 2020 no plantea ninguna clase de explicación que explique por qué la causal de disolución por pérdidas de las sociedades por acciones resulta incompatible con los supuestos que motivaron la declaratoria de Estado de Emergencia. Por ello es evidente que la disposición contraría los mandatos del artículo 12 de la LEEE y debe ser retirada del ordenamiento por la H. Corte Constitucional, también con fundamento en esta situación.

13.5. Suspensión de la obligación de denunciar la cesación de pagos cuando ésta comparta las causas que motivaron la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica (artículo 19.5 del Código de Comercio)

13.5.1. Síntesis de la norma

La disposición analizada prevé la suspensión por 24 meses de la obligación de denunciar la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, prevista en el artículo 19 numeral 5 del Código de Comercio, cuando el sobreseimiento haya sido ocasionado por las mismas causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia.

13.5.2. Contextualización de la norma revisada

La disposición en comento se refiere a la obligación de todo comerciante de dar a conocer sus dificultades al juez del concurso, para dar inicio oportuno a un procedimiento de insolvencia y proteger de la mejor manera el interés general involucrado en los trámites de insolvencia. Este deber busca preservar el orden público económico de la Nación, proteger la situación de los acreedores interesados, y mitigar o contener las consecuencias nocivas que puede desplegar la crisis del comerciante en todo el sistema:

“La conducta del comerciante ante dificultades económicas ha sido tradicionalmente una preocupación del ordenamiento comercial, puesto que del manejo prudente en estas situaciones

*depende en gran medida la seguridad del comercio y la protección del crédito, aspectos fundamentales en una economía de mercado*¹¹².

El deber del comerciante de denunciar la cesación en el pago de sus obligaciones corrientes es, además, una derivación básica del principio constitucional de buena fe, contenido en el artículo 83 Superior. La buena fe en las relaciones de crédito impone a las partes una serie de deberes secundarios, entre los cuales tiene especial protagonismo el deber de información, que debe ser observado por deudor y acreedores a lo largo de todas las fases de sus relaciones jurídicas: antes, durante y después de la ejecución del contrato¹¹³: “*Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato*”¹¹⁴. No sobra advertir que el deber de información tiene expresa consagración constitucional en los artículos 20 y 78 de la Carta, bajo la forma de un derecho a ser informado por parte de las demás partes de la relación jurídica de que se trate.

En esta medida, “*el comerciante que obra de buena fe en el manejo de su patrimonio y en sus relaciones con los acreedores debe colaborar con estos y con el juez de la quiebra, para evitar o por lo menos reducir los perjuicios que se les puedan causar por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones. La confianza depositada en él por los acreedores impone esta obligación de lealtad con quienes han colaborado en sus negocios como un elemento tan valioso en la vida comercial como es el crédito*”¹¹⁵.

Por otro lado, tal como lo ha sostenido la doctrina en tiempos recientes, la falta de acceso oportuno al concurso y el agravamiento de las condiciones de los acreedores como consecuencia de ello puede derivar en causas de responsabilidad por parte de los administradores sociales; consideración ésta que viene a reforzar la necesidad de denunciar a tiempo el estado de cesación de pagos.

13.5.3. Ausencia de conexidad material. La suspensión del deber de denunciar la cesación de pagos no se relaciona con la Emergencia ni con los fines del Decreto; por el contrario, los enmascara

¹¹² Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho comercial. Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá, Temis / Uniandes, 2010, p. 219.

¹¹³ Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículo 871.

¹¹⁴ Solarte Rodríguez, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. En *Vniversitas*, 53(108), p. 308. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>

¹¹⁵ Pinzón, Gabino. Introducción al derecho comercial. Bogotá, Temis, 1985, p. 266.

Suspender el deber de denunciar la cesación de créditos no guarda ninguna relación con la superación de las causas de la crisis que motivaron a la expedición de la norma.

La parte considerativa del Decreto Legislativo 560 de 2020 señala de forma vehemente que “los procesos de insolvencia son instrumentos legales que permiten a los deudores en dificultades renegociar sus obligaciones con sus acreedores, con el fin de celebrar acuerdos de pago que les permitan continuar operando como empresa, preservar el empleo y atender el pago de sus créditos”.

Según se explicó, uno de los propósitos fundamentales de la obligación prevista en el artículo 19 numeral 5 del Código de Comercio consiste en que los comerciantes en situación de insolvencia acudan de manera oportuna a los instrumentos jurídicos para superarla. Se trata de una norma cuya vigencia es clave para lograr que los comerciantes soliciten a tiempo el inicio de un proceso concursal, y que se alinea de manera exacta con las consideraciones que motivaron el Decreto Legislativo.

En este contexto, resulta contradictorio y hasta exótico que el mismo Decreto Legislativo resuelva suspender esta obligación. Ello no sólo contradice el propósito del Decreto, sino que incentiva a que los comerciantes en crisis dejen de acudir a los mecanismos de insolvencia, y mantengan oculta, bajo una máscara de normalidad, el verdadero estado de su situación económica y financiera.

Adicionalmente, ello pone en grave riesgo el orden público económico y la eficacia y eficiencia de las políticas públicas que dependen de ello, como ocurre con la supervisión de los órganos de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales.

Por último, debe destacarse que la norma en realidad persigue un propósito distinto de aquél que motivó la declaratoria del Estado de Excepción, pues resulta evidente que con ello se busca descongestionar a la Superintendencia de Sociedades. Tal como ya se mencionó más arriba, la congestión del juez del concurso no es la causa del Estado de Emergencia; por lo tanto, las medidas de un Decreto Legislativo no pueden enfocarse en evitar que nuevos procesos lleguen a él.

En esta medida, es evidente que la norma en comento no satisface la conexidad material exigida por los artículos 215 Constitucional y 47 de la LEEE, desarrollados en abundante jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, pues no sólo no persigue la finalidad del Estado de Emergencia, sino que busca realizar propósitos diferentes. En esta medida, debe ser declarada inexecutable y excluirse del ordenamiento jurídico.

13.5.4. Ausencia de finalidad. La norma no busca conjurar las causas de la crisis, sino a ocultarlas

La suspensión del deber de denunciar la cesación de pagos no es una medida que se encuentre directa y específicamente dirigida a conjurar las causas de la crisis. Los móviles expuestos en la parte considerativa del Decreto 560 de 2020 son, como ya se indicó, los de fortalecer el papel de los procesos de insolvencia, por tratarse de herramientas adecuadas para la gestión de la crisis de las empresas.

Sin embargo, la suspensión del deber de denunciar el estado de crisis, no busca contribuir a este propósito. Por el contrario, el propósito de la norma parece ser el de evitar que los empresarios acudan al juez del concurso y a los procesos de insolvencia. Lejos de fortalecer la insolvencia, manteniéndola como un trámite obligatorio para resguardar el orden público económico, la norma en comento busca debilitarla, al permitir que los deudores oculten lícitamente su estado de crisis y posterguen la búsqueda de soluciones hasta el momento en que la insolvencia se vuelva insostenible y la empresa carezca de toda esperanza de salvación.

Así las cosas, la disposición revisada tampoco cumple con el criterio de finalidad establecido en el artículo 10 de la LEEE y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, pues la suspensión allí dispuesta no es un medio que conjure directa ni específicamente las causas de la crisis, y debe excluirse del ordenamiento jurídico por la H. Corte Constitucional.

13.5.5. Ausencia de necesidad. Suspender la obligación de denunciar la cesación de pagos no contribuye a superar las causas de la crisis; por el contrario, las agrava

En línea con lo expuesto con anterioridad, la suspensión de los efectos de la obligación contenida en el artículo 19 numeral 5 del Código de Comercio tampoco es un medio indispensable para conjurar las causas de la crisis.

El curso lógico de acciones para enfrentar los efectos nocivos de la pandemia de la COVID-19 en la economía, debería dirigirse a fortalecer los procesos de insolvencia y los mecanismos de acceso a ellos. En este contexto, no existe ninguna explicación racional que explique cómo suspender el deber de acudir al juez de insolvencia resulte indispensable para dicho fortalecimiento.

Todo lo contrario: la suspensión planteada en la norma debilita el rango de acción de los procesos concursales, en la medida en que permite a los deudores posponer indefinidamente el recurso al juez de insolvencia, e incentiva el agravamiento de la crisis hasta cuando sea, quizás, demasiado tarde para hacerles frente.

Por tanto, la norma en cuestión no satisface los requisitos previstos en el artículo 11 de la LEEE ni en los desarrollos jurisprudenciales; razón por la cual debe ser declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional.

13.5.6. Ausencia de motivación de incompatibilidad. La norma suspendió la vigencia de una disposición ordinaria sin haber demostrado si ésta resulta incompatible con el estado de excepción.

El Decreto Legislativo 560 de 2020 no plantea en su parte considerativa, ni directa, ni indirectamente, motivación alguna que justifique la suspensión del deber de denunciar al juez del concurso el estado de insolvencia, ni la más mínima explicación que responda por qué el artículo 19 numeral 5 del Código de Comercio no resulta compatible con las condiciones del Estado de Emergencia.

Así las cosas, es evidente que la disposición vulnera los mandatos del artículo 12 de la LEEE y debe ser excluida del ordenamiento por la H. Corte Constitucional, también a raíz de esta causal.

14. Estudio del Artículo 16. Vigencia.

En la medida en que el artículo se limita a expresar que el Decreto rige a partir de su publicación, no se encuentra objeción alguna que vicie su constitucionalidad; razón por la cual nada obsta para que la Corte Constitucional lo declare executable.

IV. SOLICITUD

Con fundamento en las anteriores consideraciones, respetuosamente solicitamos a la H. Corte Constitucional:

1. Sobre el artículo 1

Declarar la constitucionalidad condicionada de la norma en el sentido de que éstas también deben buscar como finalidad la protección del derecho de crédito.

2. Sobre el artículo 2

Declarar la inexecutable del artículo 2 del Decreto 560 de 2020 por falta de necesidad y motivación suficiente.

En subsidio, declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*por deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

3. Sobre el artículo 3

Declarar la inexecutable del artículo 3 del Decreto 560 de 2020 por falta de necesidad y de proporcionalidad.

En subsidio, declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*por un deudor afectado por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

4. Sobre el artículo 4

4.1. Inciso inicial.

Declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*por un deudor afectado por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

Declarar la inexecutable de la expresión “*pagos a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva*” contenida en el inciso primero del artículo 4 del Decreto 560 de 2020, por vulneración al derecho de igualdad (artículo 13 constitucional), vulneración al principio de no discriminación y carencia de motivación de incompatibilidad de la legislación ordinaria existente.

En subsidio, declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión anterior, en el sentido de que no pueden pactarse pagos simultáneos que desmejoren la prelación constitucional,

supraconstitucional y legal correspondiente a los créditos alimentarios, pensionales, laborales y de la seguridad social.

4.2. Numeral 1. Capitalización de pasivos.

Declarar la inexecutable del artículo 4 numeral 1 del Decreto 560 de 2020, por falta de necesidad y motivación suficiente.

En subsidio, declarar la inexecutable del penúltimo inciso del artículo 4 numeral 1 del Decreto 560 de 2020, que dispone “*Para efectos de la aplicación de estas disposiciones, se deberá entender que se refiere a todos los tipos societarios y, por ello, cuando se hace referencia a las acciones, esto resulta aplicable a los demás tipos de participación que corresponda según el tipo societario*” por ausencia de conexidad material con las causas del estado de excepción y con los móviles del Decreto Legislativo.

4.3. Numeral 2. Descarga de pasivos.

Declarar la inexecutable del artículo 4 numeral 2 del Decreto 560 de 2020, por falta de necesidad, proporcionalidad, motivación suficiente, y vulneración al derecho de igualdad y al principio de no discriminación.

En subsidio, declarar la inexecutable de la expresión “*o acreedores garantizados, en los términos de la Ley 1676 de 2013*”, contenida en el numeral 2.3. del artículo 4 del Decreto 560 de 2020, por vulneración a los principios de necesidad y proporcionalidad, así como al derecho de igualdad y al principio de no discriminación.

4.4. Numeral 3. Pactos de deuda sostenible.

Declarar la inexecutable del artículo 4 numeral 3 del Decreto 560 de 2020, por falta de proporcionalidad, motivación suficiente, y vulneración al derecho de igualdad y al principio de no discriminación.

En subsidio, declarar la inexecutable de las expresiones “*de la categoría*” y “*financieros*” contenida en el artículo 4 numeral 3 del Decreto 560 de 2020, por vulneración al derecho de igualdad y al principio de no discriminación.

En subsidio de las dos solicitudes anteriores, declarar la exequibilidad condicionada de la norma, en el sentido de que los pactos de deuda sostenible no puede conducir a que el pago de los acreedores financieros beneficiarios de dichos pactos desmejore la prelación constitucional,

supraconstitucional y legal correspondiente a los créditos alimentarios, pensionales, laborales y de la seguridad social, y que en consecuencia, éstas obligaciones deben satisfacerse con anterioridad a la satisfacción de las obligaciones contraídas en los pactos de deuda sostenible.

5. Sobre el artículo 5

Declarar la inexecutable del artículo 5 del Decreto 560 de 2020, por falta de necesidad de la norma y e infracción de normas específicas por desconocimiento de los derechos adquiridos de los acreedores garantizados con garantías inscritas con anterioridad al inicio del concurso.

En subsidio de lo anterior, realizar las siguientes declaraciones:

Declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*de los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

Declarar la inexecutable de la expresión “*En ausencia del consentimiento de dicho acreedor, el juez podrá autorizar la creación de la garantía de primer grado siempre que el deudor concursado demuestre que, a pesar del nuevo gravamen, el acreedor originalmente garantizado gozará de protección razonable. La protección razonable supone establecer o implementar medidas para proteger la posición del acreedor garantizado, tales como la realización de un pago anticipado total o parcial de las obligaciones garantizadas, la sustitución del activo objeto de la garantía por uno equivalente, la realización de pagos periódicos, entre otras*”, contenida en el artículo 3 numeral 3 del Decreto 560 de 2020, por infracción de normas específicas de la Carta, al desconocer los derechos adquiridos de los acreedores garantizados con garantías inscritas con anterioridad al inicio del concurso.

6. Sobre el artículo 6

Declarar la inexecutable del artículo 5 del Decreto 560 de 2020, por falta de conexidad material, falta de necesidad y proporcionalidad.

En subsidio de lo anterior, realizar las siguientes declaraciones:

Declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*de un deudor afectado por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”

de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

Declarar la inexecutable de las expresiones “*siempre y cuando se evidencie con la información que reposa en el expediente que el patrimonio de la concursada es negativo*” y “*Que el patrimonio del deudor sea negativo*” contenidas en el inciso primero y el numeral 1 del inciso séptimo del artículo 6 del Decreto 560 de 2020, por falta de proporcionalidad; o en subsidio declarar la constitucionalidad condicionada de tales expresiones en el entendido de que las mismas no excluyen la aplicación de las medidas a otras causales de liquidación judicial.

Declarar la inexecutable de la expresión “*en el término para presentar recursos durante la audiencia o durante la ejecutoria del auto escrito que decreta la liquidación por no presentación del acuerdo de reorganización*”, por falta de conexidad material y proporcionalidad de dicha restricción con los fines del Decreto y de la declaratoria de emergencia.

7. Sobre el artículo 7

Declarar la constitucionalidad condicionada de las expresiones “*de los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*” contenidas con idéntica redacción en ambos incisos del artículo 7 del Decreto 560 de 2020, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que a la fecha de su entrada en vigencia se encontrasen en ejecución de un acuerdo de reorganización, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre la crisis y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

8. Sobre el artículo 8

Declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

Declarar la inexecutable de la expresión “*y en los términos que establezca dicha entidad*” contenida en el inciso primero del artículo 8 del Decreto 560 de 2020, por contradicción

específica con disposiciones constitucionales, en particular con los artículos 116, 150, 228 y 257 numeral 3 de la Carta Política.

Declarar la inexecutable de la expresión “*De no asistir a la audiencia o no presentar la sustentación durante la misma, la inconformidad se entenderá desistida*” contenida en el artículo 8 inciso tercero del Decreto 560 de 2020, por falta de proporcionalidad.

Declarar la inexecutable de la expresión “*no podrá ordenar el levantamiento de medidas cautelares decretadas y practicadas en procesos ejecutivos o de cobro coactivo*” del artículo 8 párrafo 1 del Decreto 560 de 2020 por falta de proporcionalidad.

Declarar la inexecutable de la expresión “*En el evento en que el deudor no responda el requerimiento o no complete la documentación en el tiempo indicado, se dará aplicación a las consecuencias del fracaso de la negociación*” contenida en el artículo 8 párrafo 2 del Decreto 560 de 2020, por falta de proporcionalidad.

9. Sobre el artículo 9

Declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “*los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*”, en el sentido de que los mecanismos allí dispuestos pueden ser accesibles por todos los deudores que busquen tramitar procedimientos de insolvencia, sin que se requiera que demuestren la causalidad entre su situación y las causas que motivaron la declaración de emergencia económica.

Declarar la executable condicionada de la expresión “*Los deudores que opten por el uso de este procedimiento, se adherirán al reglamento que para el efecto establezca la cámara de comercio*”, contenida en el inciso segundo del artículo 9 del Decreto 560 de 2020, en el sentido de que la adhesión al reglamento debe provenir de la totalidad de las partes del procedimiento de recuperación empresarial de que trata dicha norma.

10. Sobre el artículo 15

Declarar la inexecutable del artículo 15 numeral 1 del Decreto 560 de 2020 por ausencia de conexidad material y ausencia de motivación de incompatibilidad.

Declarar la inexecutable del artículo 15 numeral 3 del Decreto 560 de 2020 por ausencia de conexidad material, necesidad, violación al principio de igualdad y ausencia de motivación de incompatibilidad.

Declarar la inexecutable del artículo 15 numeral 4 del Decreto 560 de 2020 por ausencia de conexidad material, finalidad, necesidad y motivación de incompatibilidad.

11. Sobre el resto del articulado del Decreto

Declarar la executable de las demás disposiciones del Decreto 560 de 2020.

V. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Secretaría de la H. Corte Constitucional, así como en las direcciones de correo electrónico *jose.gaitan@urosario.edu.co* y *nicolas.pajaro@urosario.edu.co*, que expresamente autorizamos para recibir notificaciones en el curso del presente trámite de constitucionalidad.

De la H. Corte Constitucional,

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ

Decano
Facultad de Jurisprudencia
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

NICOLÁS PÁJARO MORENO

Profesor Adjunto
Facultad de Jurisprudencia
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO