

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Referencia: Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020
Expediente: RE-000318
Magistrado sustanciador: Diana Constanza Fajardo Rivera
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 772 de 3 de junio de 2020, expedido por el Presidente de la República a partir de las facultades derivadas del Decreto 637 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 772 DE 2020

III. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO 772 DE 3 DE JUNIO DE 2020

1. *Observaciones generales sobre el Decreto 772 de 3 de junio de 2020.*
 - 1.1. Primera observación. El Decreto 772 de 2020 depende de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 637 de 2020 y de lo que resuelva la Corte Constitucional sobre éste.
 - 1.2. Segunda observación. El Decreto 772 de 2020 depende en buena medida de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 560 de 2020 y de lo que resuelva la Corte Constitucional sobre éste.
 - 1.3. Circunstancias generales que afectan la constitucionalidad del Decreto 772 de 2020
2. *Estudio del Artículo 1. Finalidad y ámbito de aplicación de mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación.*
 - 2.1. Síntesis de la norma
 - 2.2. Contextualización.
 - 2.3. Diferencias entre la norma de excepción y la legislación ordinaria
 - 2.4. Falta de conexidad material de la exclusión del derecho de crédito como objeto de protección del Decreto



- 2.5. Falta de motivación suficiente de la exclusión del derecho de crédito como objeto de protección del Decreto
3. *Estudio del Artículo 2. Acceso expedito a los mecanismos de reorganización y liquidación.*
- 3.1. Síntesis de la norma
- 3.2. Contextualización de la norma revisada
- 3.3. Falta de necesidad de la disposición. La legislación ordinaria contiene normas semejantes a las previstas en el artículo 2 del Decreto 772 de 2020.
- 3.4. 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.
4. *Estudio del Artículo 3. Uso de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial.*
- 4.1. Síntesis de la norma
- 4.2. Falta de necesidad. La legislación ordinaria prevé la posibilidad de emplear sistemas y soluciones tecnológicos en los procesos jurisdiccionales
- 4.3. Falta de conexidad material, necesidad y finalidad justificada. La implementación de formatos e inteligencia artificial no cumple los propósitos del decreto legislativo, sino finalidades distintas: la modernización de la Superintendencia de Sociedades.
- 4.4. Falta de motivación suficiente
- 4.5. Vulneración al principio de igualdad y no discriminación. La norma y sus excepciones se estructuraron en función exclusiva del deudor, sin tener en cuenta que se trata de un proceso universal.
- 4.6. Vulneración del principio de reserva legal de los procedimientos judiciales. La norma dejó la estructuración del procedimiento en manos de una autoridad administrativa (la Superintendencia de Sociedades o la “entidad competente”).
5. *Estudio del Artículo 4. Mecanismos de protección de la empresa y el empleo.*
- 5.1. Síntesis de la norma
- 5.2. Violación de normas constitucionales. El Decreto 772 de 2020 desconoce los derechos adquiridos de los acreedores garantizados de acuerdo con la Ley 1676 de 2013.
6. *Estudio del Artículo 5. Mecanismos de protección durante los procesos de reorganización empresarial para los compradores de inmuebles destinados vivienda.*
- 6.1. Síntesis de la norma
- 6.2. Ausencia de proporcionalidad, vulneración de derechos a la personalidad jurídica, a la libre autodeterminación, a la libertad contractual y a la autonomía privada.
7. *Estudio del Artículo 6. Mecanismos de recuperación de valor en los procesos de liquidación.*
- 7.1. Síntesis de la norma
- 7.2. Falta de necesidad de la norma. La transferencia de activos en bloque o en estado de unidad productiva ya está prevista en el ordenamiento vigente. Las modalidades de adjudicación y pago previstas en la norma están permitidas y tienen aplicación en la práctica de los concursos.
- 7.3. Falta de necesidad de la norma. El ordenamiento vigente permite el decaimiento de los derechos de los acreedores que no reciban oportunamente los bienes adjudicados.
- 7.4. Ausencia de proporcionalidad, vulneración de derechos a la personalidad jurídica, a la libre autodeterminación, a la libertad contractual y a la autonomía privada. La norma deduce consentimiento del silencio de las partes.
- 7.5. Falta de conexidad material de la norma. La regulación sobre los precios base de postura no tiene por finalidad preservar el valor de los activos, sino depreciarlos.
8. *Estudio del Artículo 7. Fortalecimiento de la lista de auxiliares de justicia para los procesos de insolvencia.*
- 8.1. Síntesis de la norma
- 8.2. Concepto sobre la norma



9. *Estudio del Artículo 8. Aplazamiento razonable y justificado de los gastos de administración.*
 - 9.1. Síntesis de la norma
 - 9.2. Falta de necesidad y proporcionalidad. Se trata de una norma interpretativa de otro decreto legislativo, que reitera deberes constitucionales y legales, y que establece presunciones desproporcionadas.
10. *Estudio del Artículo 9. Cumplimiento de obligaciones derivadas de la financiación durante la negociación del acuerdo de reorganización.*
 - 10.1. Síntesis de la norma.
 - 10.2. Falta de necesidad. El incumplimiento de gastos de administración es materia de estudio para la confirmación del acuerdo.
 - 10.3. Falta de conexidad material y de proporcionalidad. La norma ya no busca proteger la empresa y el empleo en la crisis, sino proteger los créditos del sector financiero.
11. *Estudio del Artículo 10. Acuerdos de reorganización por categorías para los procedimientos de recuperación empresarial.*
 - 11.1. Síntesis de la norma
 - 11.2. Concepto sobre la norma
12. *Estudio del Artículo 11. Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias*
 - 12.1. Síntesis de la norma
 - 12.2. Violación al principio de igualdad y no discriminación. La norma limita las posibilidades recuperación de las pymes al limitar el acceso a los sistemas de insolvencia.
 - 12.3. Falta de conexidad material y violación a los requisitos constitucionales de finalidad del decreto legislativo. La norma no busca atender una problemática relacionada con la emergencia, sino diversificar el sistema de insolvencia.
 - 12.4. Falta de necesidad. Las normas insolvencia previstas en la Ley 1116 de 2006 y en el Decreto 560 son suficientes para atender la crisis de las pymes
 - 12.5. Falta de motivación de incompatibilidad. La norma no demuestra por qué el proceso de reorganización y la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización son incompatibles con la crisis de las pymes
 - 12.6. Violación de normas constitucionales por infracción al debido proceso. Las objeciones y observaciones carecen de traslado y contradicción.
 - 12.7. Vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de las consecuencias de no asistir a la audiencia o de no sustentar las objeciones en ella
 - 12.8. Violación de normas constitucionales por infracción de la reserva legal par ala fijación de los procedimientos judiciales.
13. *Estudio del Artículo 12. Proceso de liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias.*
 - 13.1. Síntesis de la norma.
 - 13.2. Falta de conexidad material. La norma no tiene por objeto atender una problemática relacionada con la emergencia economía, social y ecológica, sino diversificar el sistema de insolvencia
 - 13.3. Falta de necesidad. Las normas insolvencia previstas en la Ley 1116 de 2006 y en el Decreto 560 son suficientes para atender la crisis de las pymes
 - 13.4. Violación de normas constitucionales por infracción de la reserva legal par ala fijación de los procedimientos judiciales.
14. *Estudio del Artículo 13. Mecanismo para establecer y pagar los honorarios de los liquidadores en los procesos de liquidación judicial simplificada.*
 - 14.1. Síntesis de la norma.
 - 14.2. Falta de conexidad material. La norma no busca soluciones para atender el esperado aumento de procesos, sino para descargar de trabajo y ahorrar recursos de la Superintendencia de Sociedades.
 - 14.3. Violación de normas sobre finalidad de los decretos legislativos. El fin perseguido por la disposición no está encaminado a conjurar las causas de la emergencia ni a impedir la extensión de sus efectos.



- 14.4. Falta de motivación de incompatibilidad. No hay justificación para dejar de aplicar los subsidios de que trata el artículo 122 de la Ley 1116 de 2006.
- 14.5. Violación al derecho a la igualdad y no discriminación. No existe justificación alguna para excluir la liquidación de las pymes del régimen de subsidios del artículo 122 de la Ley 1116 de 2006.
- 14.6. Falta de proporcionalidad. Los términos dispuestos para el pago de los honorarios del liquidador y los gastos de archivo carecen de asidero en la realidad.
- 14.7. Violación de normas constitucionales. La disposición impone barreras económicas de acceso a la justicia para las pymes y sus acreedores.
15. *Estudio del Artículo 14. Aplicación subsidiaria de la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 560 del 15 de abril de 2020.*
16. *Estudio del Artículo 15. Tratamiento de algunas rentas de deudores en el régimen de la ley 1116 de 2006, el Decreto 560 de 2020 y este Decreto Legislativo.*
17. *Estudio del Artículo 16. Suspensión temporal.*
- 17.1. Síntesis de la norma
- 17.2. Contextualización de la norma revisada
- 17.3. Ausencia de conexidad material. La suspensión de la causal de disolución por pérdidas no se relaciona con la Emergencia ni con los fines del Decreto; por el contrario, los enmascara
- 17.4. Ausencia de finalidad. La norma no busca conjurar las causas de la crisis, sino a ocultarlas
- 17.5. Ausencia de necesidad. Suspender la causal de disolución por pérdidas no contribuye a superar las causas de la crisis; por el contrario, las agrava
- 17.6. 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.
18. *Estudio del Artículo 17. Vigencia.*

IV. SOLICITUD

1. *Sobre la generalidad del Decreto 772 de 2020*
2. *Sobre el artículo 1*
3. *Sobre el artículo 2*
4. *Sobre el artículo 3*
5. *Sobre el artículo 4*
6. *Sobre el artículo 5*
7. *Sobre el artículo 6*
8. *Sobre el artículo 7*
9. *Sobre el artículo 8*
10. *Sobre el artículo 9*
11. *Sobre el artículo 11*
12. *Sobre el artículo 12*
13. *Sobre el artículo 13.*
14. *Sobre el artículo 16.*
15. *Sobre el resto del articulado del Decreto*

V. NOTIFICACIONES

I. OPORTUNIDAD

El Decreto Legislativo 772 de 2020 “Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial” fue firmado por el Presidente de la República el 3 de junio de 2020, publicado en la edición del Diario Oficial número 51.334 de 3 de junio de 2020¹, y remitido a la Corte Constitucional el día 4 de junio de 2020².

Mediante auto de 16 de junio de 2020, al H. Corte Constitucional dispuso, entre otras órdenes:

“CUARTO.- FIJAR EN LISTA, para efectos de la intervención ciudadana, por el término de cinco (5) días, el presente proceso, a efectos de permitir que cualquier ciudadano pueda intervenir por escrito, con el fin de defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto legislativo 772 de 2020.

De manera simultánea a la fijación en lista, a través de la Secretaría General de la Corte, INVÍTESE a participar a la Superintendencia Financiera, Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, Fedesarrollo, Fenalco, ANDI, Camacol, Asofiduciarias, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a las universidades de los Andes, Javeriana, Rosario, de Antioquia, del Norte, Eafit, La Sabana, Libre, Nacional y Sergio Arboleda, con el objeto de que emitan concepto técnico sobre la norma objeto de control de constitucionalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.” (negrillas originales).

El día 1 de julio 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 7 de julio de 2020.

Como consecuencia de lo anterior, el término para intervenir vence el día 7 de julio 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 772 DE 2020

¹ Diario Oficial 51.334 de 3 de junio de 2020, recuperado el 6 de julio de 2020 en el vínculo <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/view/diariooficial/consultarDiarios.xhtml>

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?proceso=11&palabra=RE0000318%20%20%20&mostrar=ver> recuperado el 6 de julio de 2020.

El Decreto 772 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 637 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.

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 (...)”.

(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 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.

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”.

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

(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: (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 772 DE 3 DE JUNIO DE 2020

1. Observaciones generales sobre el Decreto 772 de 3 de junio de 2020.

A la hora de juzgar sobre su constitucionalidad, la Corte deberá tener en cuenta el contexto en el que el Decreto 772 de 3 de junio de 2020 fue proferido: por un lado, la emergencia económica, social y ecológica decretada por segunda vez por el Presidente de la República a través del Decreto 637 de 2020 (1.1); por el otro, dentro del escenario creado por el Decreto Legislativo 560 de 2020, del cual se pone como complemento (1.2). Cada una de estas observaciones serán materia de un comentario general en las líneas que siguen.

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, velará 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.

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.

Adicionalmente, debemos realizar un análisis general del Decreto 772 de 2020 en la medida en que éste puede adolecer de algunas circunstancias que pueden afectar su subsistencia como decreto legislativo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y que deben ser materia de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional (1.3).

1.1. Primera observación. El Decreto 772 de 2020 depende de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 637 de 2020 y de lo que resuelva la Corte Constitucional sobre éste.

La norma en estudio fue proferida en el marco de un estado de excepción decretado por el Presidente de la República mediante el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020.

A la fecha de la presente intervención, el examen de constitucionalidad posterior y automático del referido decreto (bajo el número de expediente RE-000305) se encuentra aun en trámite ante la Corte Constitucional, en término de fijación en lista para intervenciones¹⁶.

Las facultades extraordinarias del Presidente de la República para proferir decretos legislativos en el marco de un estado de excepción depende inexorablemente de la constitucionalidad del decreto que declaró su inicio; de manera que en aquellas ocasiones en que este último sea declarado inconstitucional por parte de la Corte Constitucional, todas las normas que lo tomaban como fundamento deben decaer, en virtud de lo que la propia jurisprudencia ha denominado *inconstitucionalidad por consecuencia*, o sea el “*decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe del Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución. / Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución. / En el fondo ocurre que, declarada la inexequibilidad del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley*”¹⁷.

Resulta obvio que la decisión que adopte la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del Decreto 637 de 2020 y las eventuales modulaciones que pueda adoptar frente a sus contenidos, en caso de encontrarlo conforme a la Carta, tendrán un impacto inmediato en el objeto, contenido y alcance de la norma que se revisa en el presente expediente.

¹⁶ La información proviene de la página web de la Secretaría de la Corte Constitucional, en el vínculo <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/fijaciones/FIJACION%20EN%20LISTA%2001%20DE%20JULIO%202020.pdf> recuperado el 6 de julio de 2020.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 1995.

En consecuencia, la sentencia que resuelva sobre la constitucionalidad del Decreto 772 de 2020 deberá necesariamente estarse a lo que se resuelva en el proceso de constitucionalidad RE-000305, sea que en dicho fallo se declare la inexecutable, la executable parcial, condicionada o modulada de alguna otra forma, o la constitucionalidad de dicha norma.

1.2. Segunda observación. El Decreto 772 de 2020 depende en buena medida de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 560 de 2020 y de lo que resuelva la Corte Constitucional sobre éste.

El Decreto 772 de 2020 comprende un segundo conjunto de disposiciones sobre insolvencia empresarial que, en el marco del nuevo estado de excepción decretado por el Gobierno Nacional, adicionaron, complementaron y modificaron las disposiciones que ya había promulgado a través del Decreto 560 de 15 de abril de 2020.

El examen de constitucionalidad posterior y automático del referido decreto (bajo el número de expediente RE-000286) se encuentra aun en trámite ante la Corte Constitucional, cuyo proyecto de fallo, para la fecha en que se radica el presente escrito, se encontraba en el orden del día para la sesión del próximo 8 de julio de 2020¹⁸.

Lo que la Corte Constitucional resuelva sobre el Decreto 560 de 2020 incide de manera directa sobre la suerte del Decreto 772 de 2020 y cada una de sus disposiciones. En efecto:

- (i) Los Decretos 560 y 772 de 2020 son, ambos, cuerpos normativos que regulan la forma de adelantar procedimientos de insolvencia empresarial, y comparten el mismo propósito y objeto.
- (ii) El Decreto 772 de 2020 contiene disposiciones que son una réplica más o menos fiel de otras normas establecidas en el Decreto 560 de 2020. Así, por ejemplo, los artículos 1 y 2 de aquél comparten una misma estructura, planteada en una redacción muy semejante a la utilizada por los artículos 1 y 2 de éste.
- (iii) El Decreto 772 de 2020 contiene varias disposiciones que desarrollan, complementan, modifican, interpretan o dan alcance a normas dispuestas en el Decreto 560 de 2020, de manera que las decisiones sobre este último repercutirán de manera directa en la sentencia que haya de proferirse sobre aquél. Así, por ejemplo:
 - El artículo 8 del Decreto 772 de 2020 no es más que un desarrollo del artículo 8 parágrafo 1 del Decreto 560 de 2020, al establecer algunas condiciones en las que

¹⁸ La información proviene de la página web de la Secretaría de la Corte Constitucional, en el vínculo <https://www.corteconstitucional.gov.co/ordendeldia/Orden%20del%20dia%2008-07-2020.pdf> recuperado el 6 de julio de 2020.

se debe cumplir con el aplazamiento del pago de los gastos de administración dispuesto en esta última norma.

- El artículo 9 del Decreto 772 de 2020 se limita a establecer consecuencias adicionales a la materia regulada en el artículo 5 del Decreto 560 de 2020, al indicar que los deudores que acudan a los mecanismos de financiación de esta norma, deben estar al día en el pago de tales créditos para poder decidirse sobre la confirmación del eventual acuerdo de reorganización al que lleguen sus acreedores.
- El artículo 10 del Decreto 772 de 2020 extiende los efectos de una norma del Decreto 560 de 2020 (el acuerdo de reorganización por categorías, contenido en el artículo 8) a un supuesto regulado en otra norma de ese mismo decreto (los procedimientos de recuperación empresarial ante cámaras de comercio, previstos en el artículo 9).
- El artículo 14 se remite a lo dispuesto en el Decreto 560 de 2020 como norma de aplicación subsidiaria a lo regulado en el Decreto 772 de 2020.
- La suspensión temporal de normas prevista en el artículo 16 del Decreto 772 de 2020 remeda la suspensión temporal prevista en el artículo 15 del Decreto 560 de 2020, que complementa con algunas disposiciones que éste había dejado por fuera, y que incluso ancla a la vigencia de este último decreto.

Dada la unidad temática entre uno y otro decreto, la similitud normativa y el vínculo estrecho entre lo decretado en uno y en otro cuerpo normativo, los argumentos que llegue a emplear la H. Corte Constitucional en el estudio del Decreto 560 de 2020 y que impacten su constitucionalidad deben replicarse en el estudio del Decreto 772 de 2020.

1.3. Circunstancias generales que afectan la constitucionalidad del Decreto 772 de 2020

Dispone el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia que durante los estados de emergencia económica, social o ecológica, *“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”*.

De igual manera, el artículo 9 de la LEEE dispone de manera expresa que *“Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley”*.



Así, la H. Corte Constitucional ha expuesto que durante el estado de excepción el ejercicio de las potestades del Presidente de la República debe entrañar una auténtica situación de crisis frente a la cual no era posible reaccionar a través de los mecanismos ordinarios. Este tipo de potestades no pueden ejercerse de manera omnímoda ni pueden conllevar una negación del principio democrático que funda nuestro Estado Social de Derecho:

“En este contexto un hecho puede parecer a una sociedad extraordinario y sorprenderla sin conocimientos o instrumentos adecuados para evitar, corregir o morigerar sus efectos perniciosos. Sin embargo, si en su interior su riqueza institucional le brinda mecanismos para captar y adaptarse a la novedad, ésta difícilmente podrá considerarse en sí misma extraordinaria (...).

Si no se descuenta el potencial de respuesta institucional que en cada momento de su historia ha logrado aquilatar una determinada sociedad, todo hecho tendría forzosamente que revestir el carácter de sobreviniente y extraordinario. El Estado colombiano, como fruto de su experiencia histórica nacional e internacional en el campo económico, ha forjado un conjunto de mecanismos que si bien no cubren todas las eventualidades que puedan presentarse, garantizan para muchas de ellas un esquema de acciones posibles tendentes a evitar que el país quede a merced de los acontecimientos sin ninguna posibilidad de canalizar o encauzar sus efectos en una dirección que no implique grave daño para sus habitantes y su bienestar.

Igualmente, en el plano constitucional, si se omite toda consideración sobre los poderes existentes para afrontar una determinada crisis, vale decir, si se ignora el concierto de órganos, facultades y mecanismos creados cuya intervención puede resultar decisiva con miras a su solución, la consecuencia no puede ser otra distinta que la de ampliar indebidamente los poderes del ejecutivo con grave detrimento del funcionamiento normal del Estado de Derecho.

La mera consideración de un hecho como extraordinario, desconociendo el entramado institucional que puede de manera directa y expedita contribuir sustancialmente a resolver la situación de crisis, revela una estrategia de expansión del poder que no se compadece con el principio democrático”¹⁹ (se resalta).

En el mismo sentido, indicó la H. Corte Constitucional en otra sentencia que ***“el Presidente de la República, quien no tiene ordinariamente a su cargo el ejercicio de la tarea legislativa, toma prestadas del Congreso las atribuciones inherentes a la misma pero sólo con la justificación de la crisis existente, por causa y con ocasión de ella, y con el exclusivo propósito de atender con la prontitud y eficiencia requeridas el imperativo urgente e ineludible dentro de su quehacer constitucional, de ofrecer solución inmediata y real a la circunstancia específica objeto de alarma, por lo cual apenas puede asumir facultades restringidas, circunscritas a ese definido y delimitado propósito, preservándose en lo demás el principio constitucional que confiere al Congreso la potestad de expedir las leyes. En todo aquello que exceda los linderos que el propio***

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-122 de 1997.



Gobierno se traza en el decreto declaratorio del Estado de Emergencia, si ejerce de hecho la función legislativa, desplazando ilegítimamente al Congreso Nacional, invade la órbita propia de éste y vulnera la Constitución”²⁰ (se resalta).

En el marco de lo que se acaba de exponer, el Decreto 772 de 2020 no satisface los requisitos exigidos por la Constitución y la LEEE, y por el contrario, excede el marco de lo permitido al Presidente de la República para proferir decretos con fuerza de ley, tal como se argumenta a continuación:

1.3.1. El Decreto 772 de 2020 tuvo como propósito ampliar la oferta de procedimientos judiciales de insolvencia, que no es ni debe ser un propósito de los decretos legislativos.

La Superintendencia de Sociedades pretendía, desde mucho antes del advenimiento de la pandemia de la COVID-19, adoptar un procedimiento de recuperación empresarial para las pequeñas empresas.

A lo largo del primer semestre de 2019, la Superintendencia de Sociedades había conformado mesas de trabajo para la reforma de los procedimientos de insolvencia, en el marco de los 80 años de la creación de la entidad²¹. Si bien los resultados de este ejercicio no han sido publicados, en septiembre de 2019, el Superintendente de Sociedades Juan Pablo Liévano, indicó en una ponencia llevada a cabo en la ciudad de Siena (Italia), y publicada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, las siguientes aseveraciones, dentro de los “*aspectos que se pretende reformar*” del régimen de insolvencia empresarial:

“Como ya se hizo mención anteriormente, desde mayo hasta julio del año en curso, la Superintendencia de Sociedades lideró y coordinó la labor académica, interdisciplinaria ya reseñada, con la participación de diferentes estamentos como: gremios, empresarios, contadores, abogados, academia; entre otros, con el propósito de adelantar además de una propuesta de reforma al régimen general de sociedades y el rol del supervisor, mencionado en la primera parte de este escrito, una propuesta de reforma parcial al Régimen de Insolvencia, con base en un articulado propuesto por la entidad y sometido a un debate académico, con rigor científico, que se adelantó mediante mesas de trabajo, con participación a nivel nacional, en donde por cinco (5) sesiones se analizó críticamente la problemática, se identificaron las zonas grises y se sugirieron propuestas para la consideración de la entidad.

Entre los aspectos que se pretenden reformar, se encuentran:

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-139 de 1999.

²¹ Ver por ejemplo la nota de prensa publicada en la página web de la Superintendencia de Sociedades https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2019/mesas_80_anios.aspx recuperada el 6 de julio de 2020.



1. Agilizar las admisiones a los procesos de insolvencia: se pretende simplificar la información solicitada, y que esta sea precisa y relevante para acreditar los supuestos de admisión, lo cual facilitará la admisión al proceso en un menor tiempo.

2. Régimen de auxiliares de la justicia: se pretende contribuir a la mayor inclusión y profesionalización de los auxiliares de la justicia, definiendo estándares que permitan la colaboración eficiente entre el juez y su auxiliar, asumiendo un rol más preponderante dentro del proceso. Tanto promotores como liquidadores, tendrán una participación más activa dentro del proceso -ya sea como personas naturales o jurídicas- desarrollando actividades, entre las cuales se encuentran, el análisis financiero de la sociedad y la responsabilidad de ser gestores de los planes de los negocios de las compañías en insolvencia, para fomentar la viabilidad de la empresa, o gestores de negocios para maximizar el activo en el caso de los procesos de liquidación, con una remuneración mediante un porcentaje de éxito, como resultado de su gestión. Específicamente en las reorganizaciones, la regla general debe ser que el promotor sea un tercero y no el representante legal, y que éste asuma un mayor rol en cuanto al plan de negocios y al control de deudor, relacionado con la información y ciertas actividades para evitar la realización de gestiones indebidas por parte de los administradores en la reorganización.

3. Creación de un trámite especial para la insolvencia de pequeñas empresas: la Superintendencia de Sociedades no es ajena a las discusiones internacionales sobre la optimización de los trámites de insolvencia según el tipo y tamaño de las sociedades. La CNUDMI, ha planteado la necesidad de separar los trámites de insolvencia de las grandes empresas, de aquellas que pueden ser consideradas como pequeñas y microempresas.

A la fecha, de los 2.535 procesos de reorganización que se adelantan por parte de la Superintendencia, 1.637, correspondiente a un 64,6%, son micro y pequeñas empresas de categoría C66. Por esto, se tiene propuesto la creación de un procedimiento exprés para adelantar las insolvencias de las micro y pequeñas empresas, contemplando menores exigencias y etapas más rápidas.

4. Unificación del proceso de liquidación (Liquidación judicial y liquidación por adjudicación): es necesario que exista un solo proceso liquidatario que facilite la gestión y maximice la materialización del activo en efectivo, incluyendo la posibilidad de enajenación de los activos en cualquier tiempo por parte del liquidador e, incluso, que éste pueda realizarlos por debajo del avalúo en sede de la Superintendencia de Sociedades.

5. Planes de negocio: los planes de negocio, actualmente, aun cuando son un requisito de admisibilidad, han sido subutilizados, perdiendo su importancia como una verdadera herramienta y hoja de ruta en el rescate de empresas y la toma de decisiones de los interesados.

Por lo anterior, el plan de negocios debe ser una de las piezas fundamentales del proceso de reorganización, donde la incidencia del promotor como un gestor de negocios, resulta indispensable.

6. Nuevos recursos: *una de las restricciones notorias con la admisión a un proceso de reorganización es la pérdida de acceso a fuentes de nuevo financiamiento, para capital de trabajo o para inversión, por parte de las entidades financieras, de los proveedores, de terceros o de los accionistas.*

La concepción de la empresa, como patrimonio de los socios y no como una unidad productiva y de generación de valor, impide la consolidación de un ecosistema de confianza para empresas productivas, competitivas y perdurables, y limita la innovación en los mecanismos de financiación para estas sociedades.

Es por esto que resultan necesarios esquemas que permitan irrigar capital y crédito para la financiación de los planes de negocio de las sociedades en reorganización. Se requiere crear un ecosistema a través de fondos de capital, emisiones de pequeñas y medianas empresas, bancos de segundo piso, entre otros, otorgando beneficios a aquellos acreedores o inversionistas que provean dicha financiación, incluso con el aumento del número de votos dentro del proceso y mayores beneficios económicos.

7. Personas naturales comerciantes y no comerciantes: *de los procesos de insolvencia que se adelantan en la Superintendencia, los relacionados con personas naturales comerciantes y no comerciantes que hacen parte de un grupo de empresas, representan el 28,48% del total de los procesos.*

Igualmente, la evidencia histórica señalada en las solicitudes de ingreso a insolvencia de estas personas da cuenta que, normalmente, se invoca como causa de la crisis su condición de deudores solidarios de sociedades en las cuales son accionistas. Por ello, dichos procesos normalmente han sido utilizados para evitar procesos de ejecución y no para reorganizar empresas, lo cual resta eficiencia en la atención de otros procesos y el poco interés de las partes en lograr una verdad salida a la crisis empresarial.

Lo anterior, se traduce en la necesidad de excluir definitivamente a estos sujetos de la competencia de la Superintendencia de Sociedades.

8. Fomentar el concepto de todos ponen y todos ganan: *es necesario incentivar esquemas para financiación, pero también para promover un mecanismo para la gestión eficiente del activo y del pasivo dentro del concurso, entre las que se encuentran quitas, si así lo requiere el plan de negocios, mayores beneficios en caso de que se cumpla el mismo, y capitalización de deuda en condiciones favorables.*

Lo anterior, permitirá que los acuerdos dejen de ser una reestructuración de plazo y tasa de las acreencias, y pasen a ser auténticos escenarios transaccionales en donde se maximice el beneficio para todas las partes, en interés de la empresa.

9. Deuda sostenible dentro de los procesos concursales: *las empresas no deben estar obligadas a pagar la totalidad de sus pasivos dentro del proceso concursal, por esta razón se debe propender a que mantengan un nivel de apalancamiento sostenible como parte del plan de reorganización.*

10. Equilibrio del poder de voto: *con la concepción de la empresa, como unidad de negocio y de generación de valor, resulta necesario replantear el balance del poder del voto dentro del proceso concursal, tanto de los deudores como de sus acreedores, en beneficio de la empresa, de manera que no se presente un traslado del costo de fondos entre acreedores internos y externos.*

No se trata de eliminar los derechos de los acreedores internos o limitar el de los externos, sino lograr mecanismos para evitar el abuso, lo cual necesariamente impactará en la necesidad de construir escenarios transaccionales alternativos, con propuestas creativas que promuevan la continuidad de la empresa, protegiendo el pago de las acreencias y sus intereses, conforme al flujo de caja que pueda generar la empresa.

(...)

Por todo lo anterior, se presentan las siguientes conclusiones:

(...)

Nuestro interés es fortalecer el uso de instrumentos tecnológicos y de inteligencia artificial para apoyar el trabajo misional de supervisión que tiene a su cargo la Superintendencia y, de esa forma, lograr actuaciones oportunas por parte del supervisor que puedan, o bien prevenir situaciones de crisis, o actuar de forma más ágil cuando éstas se identifican, todo en aras de mantener la unidad empresarial como fuente de trabajo y creación de riqueza. A eso nos referimos cuando decimos que nos queremos enfocar en el propósito de más empresa, más empleo y contar con empresas competitivas, productivas y perdurables.

(...)

Las propuestas de reforma al régimen concursal deben enfocarse en un proceso menos litigioso, en donde el papel del juez se enfoque en garantizar un escenario para que tanto los acreedores, deudores y auxiliares de justicia, puedan construir una solución o plan de negocios para una verdadera gestión del activo, económica, financiera, organizacional y operativa de las empresas que permita generar valor y seguir operando para mantener el empleo y pagar a los acreedores. Al igual, cuando la empresa no resulte viable se realice la pronta liquidación del activo. En los dos (2) casos, el papel del juez como director del proceso, se debe reducir a las etapas de

contradicción respecto a los activos y pasivos y a la terminación, ya sea con la confirmación del acuerdo de reorganización o su reforma, o con la aprobación de la rendición final de cuentas en el proceso de liquidación”²².

Es evidente que la síntesis presentada entonces por el Superintendente de Sociedades se ha materializado en los decretos legislativos 560 y 772 de 2020, proferidos por el Presidente de la República bajo la excusa de enfrentar la crisis desatada por la COVID-19, pero que en realidad se habían plasmado desde antes como simples reformas deseadas por la Superintendencia de Sociedades para modernizar y contemporizar los procesos concursales.

El ejercicio de las potestades extraordinarias del Presidente de la República en el marco de los estados de excepción no comprende el impulso de reformas legislativas que las entidades pretendan realizar para diversificar, modernizar o actualizar su portafolio de servicios, ni para acompasar la legislación nacional a los estándares planteados por entidades internacionales. La actividad del Presidente de la República en la expedición de decretos legislativos debe “*estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos*”²³, de manera que se pueda sobrellevar de mejor manera la crisis.

Como en el presente caso el propósito perseguido no era ese, sino anticipar, vía decreto legislativo, una reforma al régimen de insolvencia empresarial, el Decreto 772 de 2020 no cumple con los propósitos de los artículos 215 de la Carta Política y 10 de la LEEE y debe por ello ser declarada inconstitucional por la H. Corte Constitucional.

1.3.2. La reforma a los procedimientos judiciales cuenta con mecanismos adecuados para su trámite en un entorno democrático. Hay antecedentes de reformas legislativas exitosas en el seno del Congreso de la República para conjurar los efectos de la emergencia económica.

Una de las crisis económicas de mayor gravedad y extensión en la historia reciente de Colombia se originó a finales de la década de los años 90, entre otras, como consecuencia de problemas asociados con el pago de la cartera de deudores del sistema de financiación de vivienda UPAC, que se expandieron al sector financiero y al de la construcción. En su oportunidad, el Presidente de la República decretó el Estado de Emergencia Económica y Social a través del Decreto 2330 de 1998, y que sirvió de fundamento para la adopción de varias medidas de estímulo al sector financiero y de contención de las causas de la crisis.

Uno de los instrumentos más exitosos para enfrentar la crisis económica desatada en aquella época consistió en la creación de un procedimiento extraordinario que, durante el término de 4 años,

²² https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Documents/2019/PONENCIA_SIENA.pdf recuperado el 6 de julio de 2020.

²³ Ley 137 de 1994, artículo 10.



sirviera para atender de manera expedita la situación de crisis de las empresas del país, a través de acuerdos recuperatorios que se denominaron “de reestructuración”. Debe resaltarse de esta coyuntura que el instrumento escogido por el Gobierno nacional en ese entonces fue una Ley de la República, que surtió todos los trámites ante el Congreso, y fue materia de discusiones en el marco del principio democrático: la Ley 550 de 1999.

Al observarse la trazabilidad de dicha ley, se observa que su trámite legislativo fue sumamente breve, y aún así, se ajustó perfectamente a los procedimientos y tiempos previstos por la Ley 5 de 1992 para la producción legislativa del Congreso de la República. El proyecto inicial fue publicado en la Gaceta del Congreso número 390 de 26 de octubre de 1999; y apenas dos meses después, el 30 de diciembre de 1999, fue promulgada por el Presidente de la República como Ley. La experiencia fue, sin duda alguna exitosa; al punto que la vigencia de la Ley 550 de 1999, que inicialmente se había previsto para 4 años, fue prorrogada por la Ley 922 de 2004 y luego, en una segunda ocasión, por la Ley 1116 de 2006, para cubrir su periodo de vacancia legal. Es más, la ley 550 de 1999 aún se aplica para las entidades territoriales, entidades descentralizadas del orden territorial y universidades públicas del orden nacional.

Llama la atención que lo que entonces se logró resolver por la vía democrática, a través de los conductos regulares, y en escasos dos meses, en el presente caso haya requerido de dos declaratorias de estado de emergencia económica, social y ecológica, y de la promulgación de un decreto legislativo en la víspera del vencimiento de las potestades asumidas por el Presidente de la República como consecuencia del segundo estado de excepción.

1.3.3. Los mecanismos concursales adoptados por vía de decreto legislativo no han sido materia de adecuado tratamiento ni revisión por parte del Congreso de la República.

Los Decretos 560 y 772 de 2020 no son los primeros casos de decretos legislativos que crean, modifican o abordan de cualquier manera los procedimientos concursales. En la historia reciente, el Decreto Legislativo 4334 de 2008 ideó un concurso *sui generis* para abordar la situación de personas naturales y jurídicas que habían incurrido en eventos de captación masiva e ilegal de dineros del público, y para asegurar, en la medida de lo posible, el pago de las víctimas de tales prácticas.

El referido Decreto Legislativo fue revisado por la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-145 de 2009, en la que se resolvió “*EXHORTAR al Congreso de la República a atender lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, en el ámbito de sus funciones*”.

Sin embargo, a la fecha, más de 11 años después de haberse proferido el referido fallo y el exhorto por parte de la H. Corte Constitucional, no se han registrado en el Congreso de la República iniciativas tendientes a revisar la estructura y funcionamiento de los procedimientos concursales de intervención por captación masiva e ilegal de dineros del público. Salvo una pequeñísima

reforma en la Ley 1902 de 2018, y a pesar de las numerosas quejas de intervenidos y víctimas de la captación en prensa, que son hecho notorio, las disposiciones del Decreto 4334 de 2008 continúan vigentes, y se han resistido a nuevos controles de constitucionalidad, por haberse excluido el carácter relativo de la cosa juzgada²⁴.

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

2.1. 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 772 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* que motivó la expedición del Decreto 637 de 2020 hasta un término de dos años desde su entrada en vigencia.

Finalmente, se indica que las disposiciones de dicho decreto tienen como propósito “*atender la proliferación de procesos, procedimientos y trámites de insolvencia*”.

2.2. Contextualización.

2.2.1. La protección del derecho de crédito es una de las finalidades primordiales de los procesos de insolvencia.

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 trámites concursales debe necesariamente partir de una adecuada ponderación de los 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 *concurrales* han tenido como norte la tutela de las prerrogativas de los diversos acreedores en el evento ante la insolvencia o crisis de un deudor.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2019.

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 (...)”²⁵.

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”²⁶.

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)²⁷.

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”²⁸.

2.2.2. 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 y liquidatorios. Un simple vistazo por la regulación nacional de los procedimientos de insolvencia pone en evidencia lo anterior.

²⁵ Garaguso, Horacio Pablo. *Fundamentos de derecho concursal*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2001, p. 45.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1143 de 2000.

²⁷ Rivera, Julio César. *Instituciones de derecho concursal*, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 38.

²⁸ Rodríguez Espitia, Juan José. *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Bogotá, Externado, 2007, p. 33.



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 acreedores²⁹. En el mismo sentido, el régimen de la quiebra previsto en dicho estatuto se enmarcaba dentro de una protección plena de los derechos de los acreedores³⁰.

En igual sentido, el Decreto 350 de 1989 establecía en su artículo 2º 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).

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**”³¹ (negritas fuera del texto), y que “[m]ediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, **para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo**”³² (negritas no originales).

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**”³³, y por el otro, dispuso como

²⁹ “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”.

³⁰ Código de Comercio, artículos 1937 y siguientes, en su redacción original.

³¹ Ley 222 de 1995, artículo 94.

³² Ley 222 de 1995, artículo 95.

³³ Ley 550 de 1999, artículo 2 numeral 4.

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 (...)*”³⁴ (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.

2.2.3. **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 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 consumidor³⁵.

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”³⁶.

³⁴ Ley 550 de 1999, artículo 5.

³⁵ Cfr. el listado de sujetos excluidos del régimen de la Ley 1116 de 2006, en el artículo 3 de dicha norma.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007.

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.

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*”³⁷.

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,

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2019.

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.

2.2.4. 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 recuperación³⁸.

La Ley 1116 de 2006 estableció el *proceso de reorganización*³⁹ 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 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*⁴⁰ 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*⁴¹. A través de

³⁸ “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.

³⁹ Ley 1116 de 2006, artículos 9 a 46.

⁴⁰ Ley 1116 de 2006, artículos 47 a 66.

⁴¹ 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*

esta medida, el ordenamiento busca evitar que, al mantener la operación de una empresa inviable⁴², sus activos pierdan valor⁴³ 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 reorganización⁴⁴; (ii) no logren celebrar un acuerdo de reorganización en la oportunidad establecida para ello⁴⁵; o (iii) incumplan el acuerdo, y no logren subsanar el incumplimiento por las vías dispuestas en la ley⁴⁶.

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’*”⁴⁷.

2.3. 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.

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

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”.

⁴² 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).

⁴³ 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*”.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Artículos 37 y 38 de la Ley 1116 de 2006.

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

⁴⁷ Maffía, Osvaldo J.; de Maffía, María Ofelia, *Legislación concursal. Introducción histórico crítica*. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1979, p. 146.

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.

Lo anterior resulta particularmente grave si se tiene en cuenta que el decreto legislativo en cuestión prevé un nuevo proceso liquidatorio (la “liquidación judicial abreviada”), cuya finalidad principal es y debe ser el pago ordenado de los créditos a cargo de la concursada en liquidación.

Si bien podría debatirse si en los procesos liquidatorios tiene algún valor la protección de la empresa y del empleo, a través de figuras de aplicación excepcional como el acuerdo de reorganización dentro de la liquidación judicial (que tendría como propósito restablecer la operación de la empresa)⁴⁸, la posibilidad de mantener ciertas operaciones del deudor con el fin de conservar los activos⁴⁹, o la enajenación o adjudicación de los activos del deudor en estado de unidad productiva⁵⁰, lo cierto es que el propósito principal de las liquidaciones no es la preservación de la empresa y del empleo, sino la tutela del derecho de crédito de la universalidad de los acreedores afectados con la cesación de operaciones del empresario.

2.3.2. Segunda diferencia. El Decreto Legislativo restringe su ámbito de aplicación a los deudores “que se han afectado como consecuencia de la emergencia”.

El Decreto 772 de 2020 restringe los efectos de las normas de insolvencia que allí se establecen únicamente a aquellos sujetos que se han afectado **como consecuencia de la segunda declaratoria de emergencia económica, social y ecológica**, es decir, la declarada a través del Decreto 637 de 2020.

Al margen de lo que decida la H. Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del Decreto 637 de 2020, debe indicarse que dicha norma se sustentaba, no ya en la pandemia de la COVID-19 y en los efectos adversos que su propagación ha generado a nivel económico, social o ecológico, sino en “*la insuficiencia de atribuciones ordinarias y extraordinarias dispuestas en el Decreto 417 de 2020*”, en la necesidad de “*adoptar medidas extraordinarias adicionales que permitan conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional*”, así como en “*la evolución negativa que comporta esta crisis y en especial la gravedad de los nuevos efectos que observamos cada día*”.

⁴⁸ Ley 1116 de 2006, artículo 66.

⁴⁹ Así, la Ley 1116 de 2006, artículo 50 numeral 4 limita la terminación de los contratos de tracto sucesivo a aquellos que no sean necesarios para la conservación de sus activos.

⁵⁰ Ley 1116 de 2006, artículo 58 numeral 4.



Adicionalmente, 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, 4, 5, 6 y 16 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 637 del 6 de mayo 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 (que se limitan a las causas que fueron transcritas en el párrafo anterior).

Pero además, los artículos 8, 9 y 10 se refieren a normas del Decreto 560 de 2020, que a su turno restringían su ámbito de aplicación 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*”. Ahora bien, como se pudo ver, las causas que motivaron la primera declaración de emergencia difieren sustancialmente de las causas que motivaron la segunda, lo cual aumenta la inconsistencia y asistematicidad normativa dentro del Decreto 772 de 2020.

Por otro lado, los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 772 de 2020 se fundamentan en “*poder atender la proliferación de procesos de reorganización y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias*”, al parecer, con independencia de quién sea el deudor y cuáles fueron las causas que lo llevaron a su crisis. Con ello, se insiste, el Decreto 772 de 2020 da claras muestras de carecer de un criterio unificado, ni mucho menos orientado a la

Desde ya advertimos a la Corte Constitucional que, en caso de que se llegue a considerar que el Decreto se ajusta a la Carta, la totalidad de las medidas contenidas en el Decreto 772 de 2020 deben beneficiar a los deudores afectados por la crisis, y no solo a los deudores afectados por las causas de la primera o de la segunda declaratoria de emergencia.

2.4. 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 podría 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.

2.5. 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 excluir el derecho de crédito. 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”*⁵¹ (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 772 de 2020 son auténticas limitaciones al derecho de crédito, aparentemente ideados en función de la empresa, y en cuya determinación no intervino ningún ejercicio de motivación ni de ponderación sobre este punto específico.

3. Estudio del Artículo 2. Acceso expedito a los mecanismos de reorganización y liquidación.

3.1. Síntesis de la norma

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

Con el fin de acelerar la admisión de los procesos de reorganización y liquidación judicial, 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.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-1143 de 2000.

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 segunda declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

3.2. Contextualización de la norma revisada

La norma en comento se refiere a dos tipos de procesos de insolvencia: (i) los de reorganización empresarial, que tienen como propósito la recuperación del deudor a través de un acuerdo convenido entre sus acreedores externos e internos; y (ii) los de liquidación judicial, que persiguen el pago de los acreedores a través de la realización o adjudicación de los activos del deudor.

En el caso de los procesos de reorganización empresarial, debe recordarse que, por tener 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 régimen⁵².

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 acreedores⁵³. 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 crisis⁵⁴.
- *¿Cuál es su situación actual?* En este aspecto, se requiere haber acreditado estar en uno de los supuestos de insolvencia⁵⁵, y allegar una secuencia de estados financieros de los últimos períodos, un inventario valorado de los bienes gravados con garantías reales, un proyecto

⁵² “**Artículo 4º. 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 (...).”

⁵³ Ley 1116 de 2006, artículo 11.

⁵⁴ Ley 1116 de 2006, artículo 13 numeral 4.

⁵⁵ 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.

de calificación y graduación de créditos y de determinación de derechos de voto correspondientes a cada uno de los acreedores⁵⁶.

Vale la pena anotar que el deudor está obligado a no estar incurso en causales de disolución⁵⁷, llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las disposiciones legales⁵⁸, contar con el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las obligaciones pensionales⁵⁹.

- *¿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 pendientes⁶⁰.

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.

En el caso de la liquidación judicial, la Ley 1116 de 2006 permite que el deudor la solicite, acompañando a su petición un catálogo de documentos menos estricto que el de la reorganización, y que se restringe a sus estados financieros, un inventario de sus activos y pasivos, así como una memoria explicativa de las causas que lo llevaron a un estado de insolvencia⁶¹.

Sin embargo, debemos resaltar que la liquidación judicial propone un tratamiento similar a los deudores que cuenten con información completa sobre su situación económica, y sobre la conformación de su activo y de su pasivo, y de aquellos frente a los que no se cuenta con ningún tipo de información, como en el caso del abandono de negocios⁶². Ello es absolutamente relevante a este respecto, en la medida en que desde el diseño del proceso liquidatorio se prevé la necesidad de reconstruir la información faltante, se asignan términos adicionales a los acreedores para presentar sus créditos⁶³, y se dota al liquidador de amplias funciones en este sentido⁶⁴.

3.3. Falta de necesidad de la disposición. La legislación ordinaria contiene normas semejantes a las previstas en el artículo 2 del Decreto 772 de 2020.

⁵⁶ Id., numerales 1, 3 y 7.

⁵⁷ Ley 1116 de 2006, artículo 10 numeral 1.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Ley 1116 de 2006, artículo 10 numeral 3

⁶⁰ Ley 1116 de 2006, artículo 13 numerales 5 y 6.

⁶¹ Ley 1116 de 2006, artículo 49 parágrafo 2.

⁶² *Ibidem*, artículo 49 numeral 2.

⁶³ Ley 1116 de 2006, artículo 48, numeral 5.

⁶⁴ Ley 1116 de 2006, artículo 48, numerales 5 y 9.



El artículo 2 del Decreto 772 de 2020 se presenta como una norma que pretende simplificar la admisión a los procesos de reorganización y liquidación judicial. 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 de reorganización, *“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*.

En el mismo sentido, el artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 dispone que la apertura a liquidación judicial inmediata procede *“[c]uando el deudor lo solicite directamente”*, sin establecer ningún tipo de calificación para el examen de los requisitos legales de la solicitud.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 772 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 **ni el artículo 14 ni el artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 obligan 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, las normas ordinarias ya disponían que el juez del concurso debía verificar la completitud de los requisitos legales, y en caso de que no sea así, podía ordenar la complementación de los documentos o de la información allegada; de manera idéntica a lo que pretende innovar el Decreto 772 de 2020.

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. Es más: tampoco resulta necesaria la norma para evitar alguna eventual práctica o interpretación jurisdiccional en el trámite de los concursos, pues la norma que

se propone para “corregirla” contiene supuestos de hecho y consecuencias jurídicas muy similares a las de la legislación ordinaria.

3.4. 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.

Por su parte, si bien el artículo 49 establece, en su segundo párrafo, una serie de requisitos para la liquidación judicial, no regula oportunidades semejantes para corregir o adicionar la información allegada por el deudor, ni mucho menos establece sanciones con ocasión de ello.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 772 de 2020 cambió el procedimiento, y dispuso que el juez del concurso daría trámite al concurso y requeriría la información faltante en el auto de admisión. Sin embargo, llaman la atención tres 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”**; finalmente, **extendió estas circunstancias a la liquidación judicial**.

Mientras que la legislación ordinaria preveía un plazo cierto para atender los requerimientos, el Decreto 772 dejó la fijación de dicho término al arbitrio del juez del concurso⁶⁵. 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.

Pero además, causa sorpresa que se haya extendido este tipo de trámites también a la liquidación judicial, a pesar de que la ley 1116 de 2006 no preveía ninguna de estas etapas, y a pesar de que los acreedores y el liquidador están llamados a reconstruir la información financiera en las

⁶⁵ 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.

oportunidades señaladas en el artículo 48 numerales 2 y 5. Con ello, abrió la puerta para hacer innecesariamente complejo el proceso liquidatorio, allí donde la regulación ordinaria era bastante sencilla.

La eliminación de un término procesal cierto para la reorganización, el recrudescimiento de las consecuencias por la no atención de los requerimientos de información del juez del concurso y la extensión de estos efectos a la liquidación judicial 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.

4. Estudio del Artículo 3. Uso de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial.

4.1. Síntesis de la norma

La disposición prevé que se podrá solicitar el diligenciamiento de formatos electrónicos para el trámite de solicitud y radicación de procesos de insolvencia en los términos que establezca “*la Superintendencia de Sociedades o entidad competente*”.

Asimismo, habilita el “*uso de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial en el desarrollo de las etapas de los procesos, procedimientos y trámites de insolvencia*”, que podrá tener carácter permanente.

La norma prevé que se habilitarán escenarios de radicación física y digitalización de solicitudes, que operarán en caso de que el deudor carezca de posibilidades para acceder a herramientas tecnológicas necesarias para ello

Finalmente, la disposición establece que la información que se capture a través de los formatos electrónicos podrá alimentar las bases de datos de la Superintendencia de Sociedades.

4.2. Falta de necesidad. La legislación ordinaria prevé la posibilidad de emplear sistemas y soluciones tecnológicos en los procesos jurisdiccionales

Dispone el artículo 103 del Código General del Proceso, vigente desde el 1 de enero de 2016, y aplicable a los procesos de insolvencia empresarial en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006:

“Artículo 103. Uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.”

Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos (...)”.

Por su parte, la Ley 527 de 1999 (también conocida como “Ley de Comercio Electrónico”) establece, en su artículo 6, el principio de equivalencia funcional para todas las actuaciones y negociaciones privadas, en los siguientes términos:

“Artículo 6. Escrito. *Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.*

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.

Las disposiciones transcritas ya habían abierto las puertas, desde la legislación ordinaria y sin necesidad de normas excepcionales, transitorias ni de emergencia, a la implementación de mecanismos tecnológicos y sistemas virtuales, sea en los procesos jurisdiccionales, incluidos los trámites de insolvencia, sea las comunicaciones y negociaciones de carácter privado.

En virtud de lo dispuesto en este tipo de disposiciones, los mecanismos y sistemas tecnológicos son aplicables a los procesos jurisdiccionales de todo tipo, incluidas las autoridades administrativas que desempeñan funciones jurisdiccionales, como la Superintendencia de Sociedades, de manera directa, y sin necesidad de desarrollo alguno.

Sin embargo, podría pensarse que la regulación existente no es lo suficientemente específica para implementar los medios virtuales y las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en los procesos de insolvencia. Sin embargo, incluso si ello se admitiese en gracia de discusión ese es un trabajo que compete al Gobierno Nacional, ya no en ejercicio de las potestades extraordinarias previstas en el artículo 215 de la Constitución Política, sino en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y con el lleno de los requisitos dispuestos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 y sus anexos, así como las demás disposiciones que sean aplicables; o al Consejo Superior de la Judicatura, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 257 de la Carta Política, además del artículo 85 numeral 13 de la Ley 270 de 1995.

Para ilustrar lo anterior, basta con traer un sencillo ejemplo: el Decreto 1829 de 2013, hoy incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, del sector Justicia y Derecho, estableció algunas reglas aplicables a los procesos arbitrales que se lleven en la modalidad virtual⁶⁶, sin que fuera necesaria reforma legal alguna, mucho menos intervención extraordinaria por parte del Presidente de la República. Del mismo modo, el mismo Decreto único Reglamentario 1069 de 2015, en su versión modificada por el Decreto 204 de 2016, estableció reglas relacionadas con la realización de audiencias virtuales y la preferencia por esta modalidad de audiencias en materia penal⁶⁷.

Por si fuera poco, desde hace años y sin necesidad de normas legales ni reglamentarias, la Superintendencia de Sociedades ha venido utilizando aplicativos tecnológicos para el diligenciamiento y envío de la información relacionada con los procesos de insolvencia, como es el caso de los aplicativos STORM USER, ampliamente utilizados desde hace más de una década. Para el efecto, basta con analizar la información relacionada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, al que hacen referencia variadas providencias de la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, y que cuenta con una importante cantidad de cartillas y manuales de usuario allí publicados para la alimentación de dicha información⁶⁸.

4.3. Falta de conexidad material, necesidad y finalidad justificada. La implementación de formatos e inteligencia artificial no cumple los propósitos del decreto legislativo, sino finalidades distintas: la modernización de la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 3 del Decreto 772 de 2020 se plantea como propósito “poder atender la proliferación de procesos, procedimientos y trámites de insolvencia”, para lo cual propone la posibilidad de que se implementen formatos electrónicos para las solicitudes de insolvencia e instrumentos de inteligencia artificial. Un análisis de la disposición a la luz de las finalidades propuestas por el legislador extraordinario permite concluir con facilidad que las medidas propuestas en la norma no atienden el fin que anuncian sino un objetivo distinto.

La implementación de formatos en los procesos y procedimientos judiciales puede tener varias funciones. Por un lado, puede ser adoptado como un mecanismo de carácter pedagógico, para enseñar al deudor que solicita la apertura de un procedimiento cuál es la información que debe allegar con su petición inicial. En segundo lugar, puede ser utilizado como un mecanismo de gestión y sistematización de la información que llega al proceso, de manera que ésta sea incorporada al expediente de manera estandarizada. Finalmente, puede buscar mejorar la captura de información estadística, para alimentar las bases de datos de la entidad que los recibe y poder arrojar datos que permitan el seguimiento de políticas públicas sobre la materia. Se destaca que el uso de formatos sólo ayuda a organizar la información del expediente, y no son en sí mismos ni un

⁶⁶ Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, artículos 2.2.4.2.4.1. a 2.2.4.2.4.6.

⁶⁷ *Ibidem*, artículos 2.2.1.12.2.2. a 2.2.1.12.2.4.

⁶⁸ https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/informes_empresariales/Paginas/storm_manuales.aspx recuperada el 6 de julio de 2020.

modelo de automatización, ni un mecanismo de toma de decisiones, ni un sistema de gestión de los procesos, ni mucho menos un mecanismo para organizar, reconducir u optimizar los flujos de un volumen creciente de procesos.

Ninguna de las finalidades del uso de formatos busca de manera directa hacer frente a un número creciente de procesos, procedimientos o trámites de insolvencia, tal como lo plantea la norma. Por el contrario, la disposición persigue propósitos distintos, que carecen de conexión material con las finalidades de atender la crisis empresarial ocasionada por la COVID-19. Y a pesar de que la modernización de los procesos y procedimientos de la Superintendencia de Sociedades es algo bueno y deseable, no es una justificación válida para establecer una norma con fuerza de ley en el marco de un estado de excepción, a la luz de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia y en la LEEE.

No ayuda tampoco el hecho de que el uso de los referidos formatos es incierto, y se deja a discreción de la Superintendencia de Sociedades o a la “entidad competente”, como perezosamente se refiere el Decreto a la autoridad encargada de tomar las decisiones sobre la implementación de este tipo de formatos.

Tampoco está acreditada la existencia o un estado de avanzado desarrollo de mecanismos de inteligencia artificial en la Superintendencia de Sociedades que estén listos para operar y conjurar las causas de la crisis. La inteligencia artificial supone un sistema con capacidad de aprender de manera autónoma para aplicarlo a las finalidades para las que fue desarrollado. No está acreditado en el expediente, ni mucho menos en la motivación del decreto legislativo, que la Superintendencia de Sociedades o cualquier otra entidad del Gobierno nacional cuente con mecanismos de inteligencia artificial, que dicho sea de paso, toman un tiempo significativo y una cuantía importante de recursos para su desarrollo e implementación.

La automatización en el estudio de casos y evacuación de providencias no es una finalidad que deba plantearse como parte de una política de emergencia. Tampoco puede servir la implementación de decretos legislativos para justificar erogaciones extraordinarias para invertir en sistemas que no son estrictamente necesarios para conjurar la crisis, y que de acuerdo con la prensa pueden llevar a inversiones extraordinarias cercanas a los siete mil millones de pesos⁶⁹.

4.4. Falta de motivación suficiente

La motivación del decreto legislativo 772 de 2020 expresó para sustentar la norma que se analiza:

“Que toda vez que se anticipa un incremento significativo en el número de procesos de insolvencia, es necesario adoptar medidas adicionales que permitan tramitar de una manera más expedita los

⁶⁹ <https://www.larepublica.co/analisis/jorge-hernan-pelaez-500047/mientras-unos-ahorran-otros-derrochan-3026158> recuperado el 6 de julio de 2020.

procesos y otros mecanismos que permitan disminuir los trámites y aumentar la capacidad instalada de los auxiliares de la justicia para atender los mismos.

Que con el fin atender adecuadamente el volumen de procesos de insolvencia y de facilitar la recuperación de las empresas que enfrentarán dificultades con ocasión de la crisis económica sobreviniente como consecuencia de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 es necesario hacer más expedito el acceso y resolución de los procesos y trámites de insolvencia, entre otros, mediante la implementación de herramientas tecnológicas y de inteligencia artificial”.

Sin embargo, no se encuentran mecanismos que sirvan de justificación adecuada para que el empleo de herramientas tecnológicas de manera obligatoria se convierta en una norma con fuerza de ley, en el seno de un decreto legislativo. Tampoco se evidencia con cifras o estadísticas que demuestren la capacidad instalada o en vías de instalación en la Superintendencia de Sociedades, que permitan inferir que la habilitación presentada en esta norma tendrá un impacto tangible en la resolución de los procesos adelantados por el juez del concurso.

4.5. Vulneración al principio de igualdad y no discriminación. La norma y sus excepciones se estructuraron en función exclusiva del deudor, sin tener en cuenta que se trata de un proceso universal.

El artículo en comento busca preservar los derechos de “*los deudores que indiquen su incapacidad de acceder y hacer uso de estos formatos y radicaciones electrónicas*”. Sin embargo, la norma omite olímpicamente el hecho de que los procedimientos de insolvencia tienen carácter universal y que es necesario asegurar los derechos de todos los sujetos del concurso (incluidos todos los acreedores, algunos de los cuales se encuentran en situación de indefensión o debilidad manifiesta por estar en juego su derecho al mínimo vital), para concentrarse exclusivamente en la situación del deudor.

Es más, la norma en examen omite que en los procesos de insolvencia no es necesario ni siquiera el derecho de postulación⁷⁰, y que en esa medida tampoco cabría exigir el acceso a medios tecnológicos a los acreedores que concurren en procura de sus créditos sin la mediación de un abogado.

La omisión de los acreedores entre las excepciones a los deberes de utilizar formatos y herramientas tecnológicas comporta una vulneración a la igualdad que constitucionalmente debería ser predicable de todos los sujetos del concurso, y en especial en procura de los sujetos más vulnerables, como muchos acreedores laborales, pensionales y quirografarios.

En esta medida, la disposición en comento vulnera el artículo 13 constitucional y el principio de no discriminación contenido en el artículo 14 de la LEE y debe ser declarada inconstitucional.

⁷⁰ Ley 1116 de 2006, artículo 11 parágrafo.

4.6. Vulneración del principio de reserva legal de los procedimientos judiciales. La norma dejó la estructuración del procedimiento en manos de una autoridad administrativa (la Superintendencia de Sociedades o la “entidad competente”).

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia⁷¹ 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 Insolvencia⁷².

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 instancias⁷³, procedimientos y vías procesales⁷⁴ 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 predicen 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 aquéllos⁷⁵: 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”*⁷⁶

⁷¹ 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”*.

⁷² Artículo 17 del Decreto 1023 de 2012, por medio del cual se establece la actual estructura y funciones de la Superintendencia de Sociedades.

⁷³ Artículo 24 párrafo tercero, inciso cuarto, del Código General del Proceso.

⁷⁴ Artículo 24 párrafo tercero, inciso primero, del Código General del Proceso.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencias C-1641 de 2000, C-649 de 2001 y C-1071 de 2002, entre otras.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2001.

Descendiendo al contenido del Decreto 772 de 2020, éste defiere el desarrollo de los formatos y condiciones de prestación de los servicios tecnológicos y de inteligencia artificial a la “*los términos que establezca la Superintendencia de Sociedades o la entidad competente*”. 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 casi de manera exclusiva 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:

- (i) En primer lugar, podría plantearse que la Superintendencia de Sociedades define los términos de uso de TIC en los procesos de insolvencia 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”*⁷⁷.

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.

5. Estudio del Artículo 4. Mecanismos de protección de la empresa y el empleo.

5.1. Síntesis de la norma

La disposición prevé que, con la finalidad de proteger la empresa y el empleo, el inicio de los procesos de reorganización de la Ley 1116 y de reorganización simplificada previsto en el mismo Decreto 772 de 2020 traerán como efecto el levantamiento automático de las medidas cautelares previamente decretadas en procesos ejecutivos y de cobro coactivo sobre todos los bienes no sujetos a registro del deudor.

5.2. Violación de normas constitucionales. El Decreto 772 de 2020 desconoce los derechos adquiridos de los acreedores garantizados de acuerdo con la Ley 1676 de 2013.

La disposición en comento debe entenderse en el contexto creado por la expedición de la Ley 1676 de 2013, por medio de la cual se expidió el régimen de garantías mobiliarias, que resulta fundamental para entender los alcances de la solución allí dispuesta. Dicha norma constituyó un enorme punto de quiebre en múltiples aspectos de nuestro sistema de derecho privado; experimento que sólo fue parcialmente afortunado, y frente al cual no se han aún desatado las problemáticas inherentes a su regulación.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2002.

La Ley 1676 de 2013, siguiendo de cerca algunos modelos internacionales, se había planteado, entre otros propósitos, el de unificar toda la legislación colombiana sobre garantías mobiliarias bajo una sola figura. Para el efecto, propuso una definición funcional de garantía mobiliaria, que abarcara todas aquellas operaciones que tuvieran como propósito o como efecto respaldar obligaciones con bienes muebles de propiedad del garante.

Dentro de dichas categorías, las garantías mobiliarias surgen por la conjunción de dos mecanismos: (i) un mecanismo de constitución y (ii) un mecanismo de oponibilidad. Los mecanismos de constitución comprenden: (a) el contrato de garantía mobiliaria; (b) los casos de garantías surgidas por ministerio de la ley (arts. 3, 9 y 48 de la Ley 1676 de 2013).

Las garantías constituidas por ministerio de la ley comprenden un listado abierto, en el que la Ley 1676 de 2013 sólo se refirió a algunos ejemplos: (a) los gravámenes judiciales o tributarios y (b) los derechos de retención.

Así las cosas, la inclusión de los gravámenes judiciales y tributarios entre el catálogo de las garantías mobiliarias supone que **las medidas cautelares son garantías mobiliarias**.

La Ley de Garantías Mobiliarias, a este respecto, ni hizo distinciones de ningún tipo frente a la naturaleza de las medidas decretadas, ni el tipo de proceso en el que se ordenó su práctica. En esta medida, y teniendo en cuenta que donde la ley no distingue, no es dado al intérprete distinguir, cualquier medida cautelar sobre bienes muebles podría ser considerada una garantía mobiliaria. Ello incluye también las medidas cautelares decretadas en procesos declarativos (art. 590 del C.G.P.).

Dentro de este escenario se ubica la disposición del artículo 4 del Decreto 772 de 2020. Dicho decreto establece el levantamiento automático y por ministerio de la ley de todas las medidas cautelares decretadas en procesos ejecutivos y de cobro coactivo sobre bienes no sujetos a registro. Ello implica una vulneración a diversas normas constitucionales: el derecho de igualdad y no discriminación (art. 13 constitucional) y los derechos adquiridos de los acreedores garantizados beneficiarios de las medidas cautelares (artículo 58 superior).

Respecto de la primera vulneración se advierte irrazonable el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en procesos ejecutivos y de cobro coactivo y el mantenimiento de otros gravámenes decretados (i) sobre los titulares de derechos de garantía mobiliarias sobre otros bienes muebles, por el solo hecho de estar sujetos a un registro (p. ej.: en el caso de los vehículos automotores); y (ii) en otro tipo de procesos como los de naturaleza declarativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 590 del Código General del Proceso. La distinción realizada, si bien aparentemente se sustenta en motivos de conveniencia para el concurso y para el empresario

deudor, no está sustentada en argumentos de razonabilidad que salvaguarden la igualdad constitucional de los derechos de los distintos acreedores del concurso.

Respecto de la segunda vulneración, al artículo 58 constitucional, se advierte que la norma trae una extinción automática de los derechos reales adquiridos por los acreedores garantizados, sobre los bienes muebles gravados con embargos, secuestros u otro tipo de cautelas. Situación esta que resulta más preocupante en la medida en que esta extinción de derechos no viene acompañada de una sustitución de cautelas, ni de una compensación de ningún tipo, ni tampoco del aseguramiento de los derechos de los acreedores que, por el hecho de haber sido beneficiarios de medidas cautelares, debían entrar a la segunda clase y beneficiarse, entre otros, de las prerrogativas dispuestas en el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013.

El Decreto 772 de 2020, a la hora de establecer el levantamiento automático de este tipo de gravámenes omitió por completo compensar las pérdidas y restricciones de derechos de este tipo de acreedores perjudicados con el levantamiento de las medidas que respaldaban sus créditos, que incluso podrían estar inscritas en el registro de garantías mobiliarias, con la prevalencia del artículo 48 de la Ley 1676 de 2013, y que se ven degradados dentro del concurso por ministerio de la ley.

Estas consideraciones llevan a que la disposición en comento deba ser declarada inexecutable por vulnerar la igualdad, el principio de no discriminación y los derechos adquiridos de los acreedores garantizados, conforme a lo dispuesto en la Ley 1676 de 2013.

6. Estudio del Artículo 5. Mecanismos de protección durante los procesos de reorganización empresarial para los compradores de inmuebles destinados vivienda.

6.1. Síntesis de la norma

La disposición autoriza la realización de varias operaciones sin necesidad de autorización previa del juez del concurso, en aquellos casos en que la sociedad en reorganización se dedique a la construcción y venta de inmuebles destinados a vivienda:

- La transferencia de la unidad inmobiliaria al comprador que haya pagado la totalidad del precio.
- El pago a la institución financiera del crédito garantizado con la hipoteca de mayor extensión en la proporción que le corresponde al predio

El deudor en reorganización debe presentar al juez del concurso un informe de la operación dentro de los 5 días siguientes.

Finalmente, se exige que el acuerdo de reorganización respete los derechos de los prometientes compradores de vivienda y obliga a que cumpla con la obligación de transferir el inmueble y

levantar proporcionalmente la hipoteca de mayor extensión, y no sólo la devolución de las cuotas pagadas.

6.2. Ausencia de proporcionalidad, vulneración de derechos a la personalidad jurídica, a la libre autodeterminación, a la libertad contractual y a la autonomía privada.

La disposición en comento limita las posibilidades que tienen los promitentes compradores inmuebles destinados a vivienda a que “*se cumpla con la obligación de transferir los inmuebles a los promitentes compradores y no simplemente la devolución de los anticipos diferidos en el tiempo*”. Si bien se advierte una intención loable del legislador porque se proteja el derecho a la vivienda de los promitentes compradores de este tipo de inmuebles, resulta problemático que se hayan limitado sus posibilidades únicamente al recibo del inmueble.

Esta limitación no parece proporcional a los derechos protegidos, además que vulnera los principios de autonomía privada, libertad económica, libre autodeterminación y personalidad jurídica que corresponden a los promitentes compradores de vivienda, para decidir si optan por la entrega del inmueble o si prefieren la devolución de los dineros entregados como parte de pago del mismo.

En la medida en que se vulneran disposiciones constitucionales que protegen estas prerrogativas, y se carece de la proporcionalidad dispuesta en el artículo 13 de la LEEE, esta disposición debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

7. Estudio del Artículo 6. Mecanismos de recuperación de valor en los procesos de liquidación.

7.1. Síntesis de la norma

La disposición establece que la adjudicación de activos en los procesos de liquidación judicial debe hacerse en bloque o en estado de unidad productiva, siguiendo los criterios de agregación de valor.

La norma permite también la celebración de contratos de fiducia, para la transferencia de activos a un patrimonio autónomo y pago a los acreedores a través de la participación en los derechos fiduciarios.

En estos casos, la norma dispone que para optar por este tipo de acuerdos se debe contar con el voto de la mayoría de los acreedores con vocación de pago, y que en dicho ejercicio el silencio de un acreedor se considera un voto a favor.

El primer párrafo establece plazos para que los acreedores reciban los dineros o los bienes adjudicados, so pena de caducidad.

El segundo párrafo, en fin, permite acudir a martillos electrónicos para vender los bienes de la concursada, y autoriza que el valor de base para la postura sea de 70% y baje hasta un 50% del avalúo en el segundo remate.

7.2. Falta de necesidad de la norma. La transferencia de activos en bloque o en estado de unidad productiva ya está prevista en el ordenamiento vigente. Las modalidades de adjudicación y pago previstas en la norma están permitidas y tienen aplicación en la práctica de los concursos.

La disposición en comento establece mecanismos que no son necesarios en la medida en que ya se encuentran dispuestos por la legislación existente en materia de insolvencia empresarial.

El principio de agregación de valor se encuentra expresamente dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006. La posibilidad y la preferencia por la adjudicación de activos en bloque o en estado de unidad productiva se encuentra prevista en el artículo 58 numeral 4 de la misma Ley, reglamentada con más detalle en el artículo 2.2.2.13.1.6. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, modificado por el artículo 47 del Decreto 65 de 2020.

Asimismo, los mecanismos de adjudicación de activos a través de la celebración de contratos de fiducia y la adjudicación de derechos fiduciarios como mecanismo de pago a los acreedores ha tenido aplicación práctica en los procesos de liquidación judicial adelantados por la Superintendencia de Sociedades. Basta poner como ejemplo la solución adoptada en el caso de la liquidación judicial del Fondo Premium (Rentafolio Bursátil y Financiero S.A. y otros en liquidación judicial como medida de intervención), en donde se acudió a este mecanismo como medio de pago⁷⁸.

Ante este panorama, resulta evidente que los mecanismos adoptados en la legislación de emergencia resultaban innecesarios, dado que ya se encontraban previstos o autorizados por la legislación, y que eran puestos en práctica por el juez del concurso. En esta medida, la norma no cumple con las exigencias previstas en el artículo 11 de la LEEE ni en el artículo 215 constitucional.

7.3. Falta de necesidad de la norma. El ordenamiento vigente permite el decaimiento de los derechos de los acreedores que no reciban oportunamente los bienes adjudicados.

La norma en comento plantea un plazo para que los acreedores reciban los bienes o los dineros adjudicados en el proceso de liquidación judicial, so pena de caducidad.

⁷⁸ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, Auto 400-006827 de 3 de abril de 2017, liquidación judicial como medida de intervención de Rentafolio Bursátil y Financiero S.A. y otros. Recuperado el 6 de julio de 2020 en la página web de la Superintendencia de Sociedades https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/consulta_jurisprudencia/Jurisprudencia/2017-01-156332.PDF

Si bien el propósito de la norma es claramente comprensible, pues busca que los activos sean efectivamente destinados a la satisfacción de los créditos del concurso, y no queden relegados como activos muertos, a la espera de ser recibidos eventualmente por sus beneficiarios, debemos resaltar que las disposiciones existentes en la legislación son más que suficientes para obtener dichos propósitos sin que exista ningún asomo de necesidad para prever una caducidad.

Así, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades ha dado aplicación al desistimiento tácito de los créditos reclamados en el proceso de liquidación judicial con el fin de asegurar la asignación de los recursos al pago de las acreencias, así como permitir a los acreedores o beneficiarios de las adjudicaciones que tengan un requerimiento previo que les permita asumir de manera eficaz sus cargas dentro del proceso. Para poner un ejemplo paradigmático, en el auto 400-015356 de 26 de octubre de 2017, proferido en el proceso de Rentafolio Bursátil y Financiero S.A. y otros, se hizo uso de esta figura y se justificó ampliamente. Copia de esta providencia se adjunta para consulta de la Corte.

Así las cosas, y en la medida en que no se cumple con los requisitos de necesidad planteados en la Constitución Política y en el artículo 11 de la LEEE, esta disposición debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

7.4. Ausencia de proporcionalidad, vulneración de derechos a la personalidad jurídica, a la libre autodeterminación, a la libertad contractual y a la autonomía privada. La norma deduce consentimiento del silencio de las partes.

Al disponer que “*En caso de guardar silencio, se entenderá que el acreedor respectivo vota positivamente la propuesta*”. Con ello, la norma deduce consecuencias del silencio de los acreedores que carecen de proporcionalidad respecto de las finalidades perseguidas, además de atentar contra la personalidad jurídica, y los principios de libertad y autodeterminación protegidos constitucionalmente.

En esta medida, la expresión señalada también adolece de inconstitucionalidad, y debe ser declarada de esa forma por la H. Corte Constitucional.

7.5. Falta de conexidad material de la norma. La regulación sobre los precios base de postura no tiene por finalidad preservar el valor de los activos, sino depreciarlos.

El párrafo segundo de la norma en estudio prevé la posibilidad de que, con el propósito de incrementar la “recuperación del valor de los activos” los activos puedan ser vendidos al 70% y hasta al 50% del valor de su avalúo. Lo anterior, en contraposición a la norma contenida en el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, que establece que el valor de la venta o de la adjudicación de los activos de la liquidación debe corresponder al 100% del valor del avalúo.

La contradicción entre el epígrafe y el contenido de la norma resulta más que evidente. Para preservar el valor de los activos de la liquidación, se acude a un mecanismo de depreciación. Este tipo de mecanismos, que habían sido aplicables a la insolvencia empresarial, fueron descartados por la Ley 1116 de 2006 precisamente en procura de la maximización del valor, que debe asegurarse en este tipo de procedimientos.

Adicionalmente, la existencia de varias posturas en el remate de bienes durante los procesos judiciales han sido materia de reiterados estudios por parte del legislador procesal, y han sido abandonadas en los procesos civiles, donde el artículo 533 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por la Ley 1395 de 2010 por haberse advertido como efecto económico perverso que los interesados en la adquisición de los bienes no presentaban posturas en la primera diligencia de remate, a la espera de una segura disminución del valor de los bienes.

8. Estudio del Artículo 7. Fortalecimiento de la lista de auxiliares de justicia para los procesos de insolvencia.

8.1. Síntesis de la norma

La disposición en estudio prevé que se permita a cada auxiliar de la justicia actuar simultáneamente hasta en 6 procesos, y no 3, como se disponía en el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006.

También se establece que en los procesos de insolvencia que adelantan los jueces civiles del circuito sólo se puedan nombrar promotores y liquidadores de la lista de la Superintendencia de Sociedades que tengan su domicilio en el lugar del juzgado; y que los auxiliares que habían sido excluidos de la lista por no aceptar procesos en lugares distintos de su domicilio puedan ser incluidos nuevamente.

8.2. Concepto sobre la norma

En la medida en que la disposición busca optimizar el recurso humano actualmente disponible para atender, como auxiliares de la justicia, los procesos de insolvencia y cubrir adecuadamente la demanda que se espera recibir, la norma aparece ajustada a los requisitos de la Constitución y de la LEEE.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse a la H. Corte Constitucional que la designación de promotores y liquidadores en el régimen de insolvencia empresarial se sujeta a reglas especiales, previstas en el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006 y al régimen de auxiliares de la justicia previsto en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015. En subsidio, debe acudir a las reglas del Código General del Proceso, en virtud de la remisión expresa prevista en el artículo 124 inciso final de la Ley 1116 de 2006.

Ahora bien, de acuerdo con la actual regulación de la materia, se permiten dos modalidades para la designación de auxiliares de la justicia en los procesos de insolvencia empresarial: (i) a través del “Sistema automatizado de selección de auxiliares de la justicia”, en concurrencia con el concepto del “Comité de Selección de Especialistas” de la Superintendencia de Sociedades; y (ii) a través del “Mecanismo excepcional de selección del auxiliar”.

La primera modalidad se vale de un sistema informático, que arroja un listado de auxiliares de la justicia que podrían ser designados para cada caso concreto⁷⁹, a partir del cual el Comité de Selección de Especialistas escoge el que considere más adecuado, según algunos criterios que allí se enlistan⁸⁰, pero con un amplio margen de discrecionalidad.

La segunda modalidad, por su parte, permite que el Comité de Selección de Especialistas seleccione a una persona específica como auxiliar de la justicia, así no se encuentre en la lista de auxiliares de la justicia, y sin sujeción a sorteo ni sistema automatizado alguno⁸¹.

En la práctica, las reglas previstas en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 han sido interpretadas como un estatuto aislado del Código General del Proceso, a pesar de que este último es aplicable de manera subsidiaria al régimen de insolvencia empresarial. La actual situación ha generado que algunos auxiliares de la justicia sean designados en un número de procesos muy superior al de otros auxiliares que también hacen parte de la lista, que cumplen con los mismos requisitos y que hacen parte de la misma categoría. Lo anterior representa un riesgo en términos de transparencia y de igualdad para con los demás auxiliares de la justicia.

Se destaca que en ambas modalidades de selección de los auxiliares de la justicia tiene voz y voto el Superintendente de Sociedades⁸². Este funcionario, de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, tiene incluso asignada la iniciativa para proponer que en determinados casos se acuda a la selección excepcional de auxiliares de la justicia⁸³. Si bien es cierto que el control sobre la conformación y las reglas de funcionamiento del Comité de Selección de Especialistas no son materia del control constitucional que se realiza en el presente proceso, la actual configuración debe ser tenido en cuenta para que la H. Corte Constitucional module, si lo considera necesario, los efectos de la constitucionalidad de la referida norma.

⁷⁹ Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, artículo 2.2.2.11.3.1., de acuerdo con lo indicado en el Decreto 2130 de 2015.

⁸⁰ Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, artículo 2.2.2.11.3.2., de acuerdo con la reforma hecha por el Decreto 65 de 2020.

⁸¹ Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, artículo 2.2.2.11.3.7., introducido por el Decreto 2130 de 2015 y modificado por el Decreto 991 de 2018.

⁸² Decreto 1023 de 2012, artículo 23 numeral 2; Superintendencia de Sociedades, Resolución 511-004319 de 13 de junio de 2012, artículo 3.

⁸³ Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, artículo 2.2.2.11.3.7., introducido por el Decreto 2130 de 2015 y modificado por el Decreto 991 de 2018.

Dentro del anterior contexto, se solicita a la H. Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la norma, **bajo el entendido de que dicha disposición debe aplicarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 48 numeral 1 del Código General del Proceso.** En esta medida, en el nombramiento de promotores y liquidadores, debe cumplirse con la regla según la cual “*La designación será rotatoria, de manera que la misma persona no pueda ser nombrada por segunda vez sino cuando se haya agotado la lista*”.

9. Estudio del Artículo 8. Aplazamiento razonable y justificado de los gastos de administración.

9.1. Síntesis de la norma

La disposición establece que el aplazamiento del pago de los gastos de administración permitido por el Decreto 560 de 2020 debe ejercerse conforme a la buena fe. La norma presume el abuso del derecho en el incumplimiento generalizado de los gastos de administración.

Adicionalmente, dispone que el incumplimiento generalizado de los gastos de administración impide el juez del concurso confirmar el acuerdo de reorganización.

9.2. Falta de necesidad y proporcionalidad. Se trata de una norma interpretativa de otro decreto legislativo, que reitera deberes constitucionales y legales, y que establece presunciones desproporcionadas.

La disposición en comento no establece normas necesarias para hacer frente a la crisis generada por la pandemia de la COVID-19, sino que plantea una interpretación del artículo 8 del Decreto Legislativo 560 de 2020 a la luz de los principios generales del derecho de buena fe y de la prohibición del abuso del derecho.

La buena fe es un principio rector de las conductas de la administración y de los particulares, consagrada constitucionalmente en el artículo 83 de la Carta Política, y en un sinnúmero de disposiciones legales que permean nuestro sistema de derecho privado y de derecho procesal, entre otras, los artículos 768 y 1602 del Código Civil, 871 del Código de Comercio, y 78 numeral 1 del Código General del Proceso. Toda prerrogativa procesal y convencional de las partes debe ser una manifestación del principio general de la buena fe, y por tanto, debe ser la manifestación de un obrar razonable, informado, inspirado en la lealtad y corrección, en la obtención de los propósitos del proceso y del acuerdo, así como en la realización de los intereses propios y de las demás partes involucradas en la actuación.

Por su parte, la prohibición de abuso del derecho, además de tener un fuerte arraigo en la jurisprudencia y en la doctrina nacional, también tiene fundamento constitucional en el artículo 95 superior, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, así como en diversas normas de nuestra legislación comercial.

Ahora bien, resulta a todas luces desproporcionado deducir presunciones de mala fe o de abuso del derecho de la simple moratoria ocasionada por la irrupción de la pandemia de la COVID-19, y las circunstancias extraordinarias que ella ha ocasionado. El atraso en el pago de los gastos de administración fue una herramienta que el mismo ordenamiento extraordinario dio a los deudores en crisis; que debe ser, sí, utilizada razonablemente, pero cuyo uso debe ser analizado conforme a las circunstancias de cada caso y no a través de un mismo rasero, que además resulta odioso y contrario a las presunciones establecidas en la propia Carta Política.

En consecuencia, la disposición en comento resulta excesiva, superflua y desproporcionada a la luz de lo dispuesto en los artículos 11 y 13 de la LEEE, y por ello debe ser declarada inconstitucional por la Corte.

10. Estudio del Artículo 9. Cumplimiento de obligaciones derivadas de la financiación durante la negociación del acuerdo de reorganización.

10.1. Síntesis de la norma.

La norma expresa que es requisito para confirmar los acuerdos de reorganización de los deudores que recurran a fuentes de financiación en el marco de lo preceptuado en el Decreto 560 de 2020 que éstos estén cumpliendo con las cuotas de dichos créditos.

10.2. Falta de necesidad. El incumplimiento de gastos de administración es materia de estudio para la confirmación del acuerdo.

Como parte de las condiciones que el juez del concurso analiza en la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización prevista en el artículo 35 de la Ley 1116 de 2006 se encuentra el estado de pago de las obligaciones que se constituyeron como gastos de administración. Es frecuente que, en este tipo de escenarios procesales, los acreedores titulares de este tipo de acreencias las invoquen para plantear un mejor contexto al juez del concurso y explorar mecanismos de subsanación de la situación. Incluso el incumplimiento de los gastos de administración es una causal de terminación del acuerdo⁸⁴.

Es más, con base en el estado de cumplimiento de los gastos de administración, el juez del concurso puede tener un panorama completo sobre las condiciones de viabilidad de la compañía y está compelido a tomar decisiones acordes a ello.

Así lo ha considerado la H. Corte Constitucional de tiempo atrás. 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

⁸⁴ Ley 1116 de 2006, artículo 45 numeral 3.



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”.*

En consecuencia, la norma carece de los requisitos de necesidad que se exigen en el artículo 11 de la LEEE y en el artículo 215 de la Constitución Política de 1991.

10.3. Falta de conexidad material y de proporcionalidad. La norma ya no busca proteger la empresa y el empleo en la crisis, sino proteger los créditos del sector financiero.

Sin necesidad de hacer un mayor análisis de la disposición en comento, se advierte que su propósito es el de asegurar el pago de los créditos otorgados para la operación de la empresa durante la negociación del acuerdo, y no el aseguramiento de la continuidad operativa de la empresa y de los puestos de empleo que ésta puede ofrecer.

Ello corresponde a una evidente ausencia de conexión entre los propósitos planteados con la norma, de rescate al funcionamiento de la empresa, y busca sobreproteger a los acreedores de este tipo de obligaciones. Con ello, además, establece mecanismos que desincentivan la consecución de acuerdos entre el deudor y el acreedor que dio recursos para financiar la operación de la empresa en crisis, y establece una sanción draconiana y desproporcionada: la inexorable imposibilidad de confirmar el acuerdo.

Así las cosas, la norma carece de conexidad material con los propósitos del Decreto Legislativo 772 de 2020 (e incluso del Decreto 560 de 2020, al que modifica), y debe ser declarada inexecutable por ello.

11. Estudio del Artículo 10. Acuerdos de reorganización por categorías para los procedimientos de recuperación empresarial.

11.1. Síntesis de la norma

La disposición establece que los procedimientos de recuperación ante las cámaras de comercio realizados ante las cámaras de comercio podrán circunscribirse a solo una categoría o grupo de acreedores

11.2. Concepto sobre la norma

Teniendo en cuenta que la disposición se limita a extender una herramienta que puede hacer más eficaz la negociación de acuerdos recuperatorios, y que el concurso se circunscriba a aquellos acreedores que se encuentran afectados en la mayor medida por el concurso e interesados en su buen suceso, no se ve reparo alguno a la constitucionalidad de la medida.

En todo caso, debe advertirse que lo que la H. Corte Constitucional resuelva sobre la materia depende directamente de lo que disponga sobre el artículo 8 y sobre el artículo 9 del Decreto 560 de 2020.

12. Estudio del Artículo 11. Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias

12.1. Síntesis de la norma

La disposición establece un procedimiento nuevo, que será el único aplicable a los deudores cuyos activos sean inferiores o iguales a 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los términos que serán esquematizados en el capítulo 12.4 del presente escrito.

12.2. Violación al principio de igualdad y no discriminación. La norma limita las posibilidades recuperación de las pymes al limitar el acceso a los sistemas de insolvencia.

El artículo 11 del Decreto 772 de 2020 establece que los deudores con activos inferiores a los 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes “*sólo podrán ser admitidos a un proceso de reorganización abreviado*” (se resalta).

Esta disposición se opone a la situación de los deudores con activos que excedan la anterior cifra. Ellos mantienen la posibilidad de acudir a un variado rango de procesos y procedimientos para atender su estado de crisis y su eventual recuperación: (i) la reorganización empresarial de la Ley 1116 de 2006, (ii) la validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización de que trata el artículo 84 del mismo estatuto, (iii) la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización empresarial de que trata el artículo 8 del Decreto Legislativo 560 de 2020, así como (iv) el procedimiento de recuperación empresarial ante las cámaras de comercio que dispone el artículo 9 del Decreto Legislativo 560 de 2020.

Por oposición a esta oferta de posibilidades, y en función simplemente del monto de los activos de los que dispone la sociedad en recuperación, los deudores con activos por debajo de los 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes sólo son dejados con el proceso de reorganización abreviado de que trata la referida norma.

No existe ningún elemento que justifique, en función de la equidad, de la igualdad real o de los preceptos del artículo 13 constitucional, que las pymes sean excluidas del acceso a otros

mecanismos de recuperación como los indicados arriba para las empresas de tamaño mediano o grande. Por el contrario, lo que puede entretenerse es la persistencia de un prejuicio, según el cual los asuntos que tengan una cuantía inferior tienen un menor grado de dificultad, como si la complejidad de los asuntos o la velocidad de su resolución dependiera del monto de los activos del deudor o de la cuantía de la controversia.

En esta medida, la disposición genera una distinción odiosa y discriminatoria, que vulnera los preceptos del artículo 13 constitucional y el artículo 14 de la LEEE, y debe por tanto ser declarada contraria a la Carta por la Corte Constitucional,

12.3. Falta de conexidad material y violación a los requisitos constitucionales de finalidad del decreto legislativo. La norma no busca atender una problemática relacionada con la emergencia, sino diversificar el sistema de insolvencia.

No es un secreto que la Superintendencia de Sociedades pretendía, desde mucho antes del advenimiento de la pandemia de la COVID-19, adoptar un procedimiento de recuperación empresarial para las pequeñas empresas.

A lo largo del primer semestre de 2019, la Superintendencia de Sociedades había conformado mesas de trabajo para la reforma de los procedimientos de insolvencia, en el marco de los 80 años de la creación de la entidad⁸⁵. Si bien los resultados de este ejercicio no han sido publicados, en septiembre de 2019, el Superintendente de Sociedades Juan Pablo Liévano, indicó en una ponencia llevada a cabo en la ciudad de Siena (Italia), y publicada en la página web de la Superintendencia de Sociedades, las siguientes aseveraciones, dentro de los “aspectos que se pretende reformar” del régimen de insolvencia empresarial:

“3. Creación de un trámite especial para la insolvencia de pequeñas empresas: la Superintendencia de Sociedades no es ajena a las discusiones internacionales sobre la optimización de los trámites de insolvencia según el tipo y tamaño de las sociedades. La CNUDMI, ha planteado la necesidad de separar los trámites de insolvencia de las grandes empresas, de aquellas que pueden ser consideradas como pequeñas y microempresas.

A la fecha, de los 2.535 procesos de reorganización que se adelantan por parte de la Superintendencia, 1.637, correspondiente a un 64,6%, son micro y pequeñas empresas de categoría C66. Por esto, se tiene propuesto la creación de un procedimiento exprés para adelantar las insolvencias de las micro y pequeñas empresas, contemplando menores exigencias y etapas más rápidas”⁸⁶.

⁸⁵ Ver por ejemplo la nota de prensa publicada en la página web de la Superintendencia de Sociedades https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2019/mesas_80_anios.aspx recuperada el 6 de julio de 2020.

⁸⁶ https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Documents/2019/PONENCIA_SIENA.pdf recuperado el 6 de julio de 2020.

El ejercicio de las potestades extraordinarias del Presidente de la República en el marco de los estados de excepción no comprende el impulso de reformas legislativas que las entidades pretendan realizar para diversificar, modernizar o actualizar su portafolio de servicios, ni para acompasar la legislación nacional a los estándares planteados por entidades internacionales. La actividad del Presidente de la República en la expedición de decretos legislativos debe “estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”⁸⁷, de manera que se pueda sobrellevar de mejor manera la crisis.

Como en el presente caso el propósito perseguido no era ese, sino anticipar, vía decreto legislativo, una reforma al régimen de insolvencia empresarial, la disposición no cumple con los propósitos de los artículos 215 de la Carta Política y 10 de la LEEE y debe por ello ser declarada inconstitucional por la H. Corte Constitucional.

12.4.Falta de necesidad. Las normas insolvencia previstas en la Ley 1116 de 2006 y en el Decreto 560 son suficientes para atender la crisis de las pymes

El artículo en comento establece un procedimiento que difiere mínimamente de las soluciones existentes en el régimen de la Ley 1116 de 2006 y en el Decreto Legislativo 560 de 2020.

Para efectos de claridad, expresaremos las semejanzas entre la nueva disposición analizada y las normas preexistentes a través de un cuadro comparativo, así:

Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
La legitimación para presentar la solicitud se encuentra en el deudor o sus acreedores.	El artículo 11 de la Ley 1116 de 2006 permite que el deudor o los acreedores presenten la solicitud de reorganización. Adicionalmente, está legitimado el representante de un proceso de insolvencia extranjero, en los casos de insolvencia tranfronteriza.
Debe acreditarse el supuesto de cesación de pagos.	El artículo 9 de la Ley 1116 de 2006 prevé el supuesto de cesación de pagos como causal de recuperación. El artículo 15 del Decreto 560 de 2020 suspendió la posibilidad de solicitar la reorganización por el supuesto de incapacidad de pago inminente.

⁸⁷ Ley 137 de 1994, artículo 10.



Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El juez del concurso verifica los contenidos, admite la solicitud y da inicio al proceso de reorganización abreviado.	Los artículos 14 y 18 de la Ley 1116 de 2006 establecen que el juez del concurso debe realizar una verificación de contenidos y admisión al proceso de reorganización. Adicionalmente, el artículo 1 del Decreto 560 de 2020 y el artículo 1 del Decreto 772 reiteran que la verificación del juez del concurso no implica auditoría.
La información presentada por el deudor queda a disposición de los acreedores en el expediente.	Los procesos de reorganización tienen naturaleza jurisdiccional, por tanto la solicitud y las demás actuaciones deben constar en el expediente (artículos 122 y 123 del Código General del Proceso), de acceso público (artículo 3 del Código General del Proceso), y deben quedar a disposición de los acreedores y las demás partes del proceso de manera completa y oportuna (artículo 4 numeral 4 de la Ley 1116 de 2006).
Las partes tienen la carga de revisar el expediente, asistir a las reuniones y audiencias e informarse completa y debidamente sobre el proceso de reorganización abreviado y sus consecuencias	Las partes de los procesos de insolvencia tienen las cargas procesales de cualquier proceso jurisdiccional.
El auto de apertura incluye los contenidos del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006	Los contenidos del auto de inicio de la reorganización se encuentran dispuestos en el artículo 19 de la Ley 1116 de 2006.
El juez del concurso ordena la designación de un promotor conforme a la Ley 1116 de 2006.	El artículo 35 de la Ley 1429 establece las condiciones en que se deben designar promotores en los procesos de reorganización empresarial de la Ley 1116 de 2006 y en qué casos las funciones deben ser ejercidas por el representante legal del deudor.



Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El juez del concurso ordena al promotor que dentro de los 15 días siguientes presente la calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto y la actualización de los inventarios de activos y pasivos con corte al día anterior al auto de inicio de la reorganización	El artículo 19 numeral 3 de la Ley 1116 de 2006 establece que el juez del concurso ordenará al promotor designado que presente esa misma información en un término de entre 20 días y 2 meses.
El juez del concurso ordena la inscripción del formulario registral de ejecución concursal.	El artículo 2.2.2.4.2.58. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 establece la obligación de inscribir el formulario registral de ejecución concursal conforme a las reglas de la Ley 1676 de 2013.
El juez del concurso ordena poner en conocimiento de los funcionarios que conozcan de procesos ejecutivos, de cobro coactivo y de restitución para que apliquen lo dispuesto en los artículos 20, 22 y 70 de la Ley 1116 de 2006.	El artículo 19 numeral 9 de la Ley 1116 de 2006 establece que los administradores del deudor y el promotor deben dar aviso a los jueces que conozcan de procesos ejecutivos y de restitución sobre el inicio del proceso de reorganización.
El juez del concurso fija una fecha dentro de los tres meses siguientes para que se celebre una audiencia de conciliación de objeciones, determinación de derechos de voto y presentación del acuerdo de reorganización.	<u>Esta audiencia no existe en los regímenes anteriores:</u> De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, la conciliación de objeciones se realiza directamente por el promotor. El artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 dispone que la presentación del acuerdo de reorganización se haga por escrito, sin necesidad de audiencia. Por su parte, el artículo 8 del Decreto 560 de 2020 establece que el acuerdo debe presentarse antes del vencimiento del término de los tres meses debe presentarse el acuerdo firmado, dentro del trámite de la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización.



Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
A más tardar cinco días antes de la anterior audiencia, los acreedores que deseen objetar los proyectos de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, deben presentar sus argumentos y las pruebas documentales.	El artículo 29 de la Ley 1116 e 2006, modificado por el artículo 36 de la Ley 1429 de 2010, establece un término de 5 días para presentar objeciones, acompañadas de las pruebas documentales que se pretenda hacer valer. <u>Sin embargo, el régimen ordinario establece un término de traslado de las objeciones y de las pruebas que las sustentan a las demás partes del proceso para que las contradigan.</u>
El juez del concurso fija una fecha para la resolución de objeciones	El artículo 8 del Decreto 560 de 2020 establece el término de 3 meses para que el juez del concurso convoque a una audiencia para los mismos efectos, dentro del trámite de la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización.
El deudor debe acreditar el cumplimiento de las órdenes impartidas en el auto de inicio dentro de los 5 días siguientes al vencimiento de cada término, salvo que la orden indique un término diferente.	



Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
<p>El juez del concurso puede dar por terminada la función de promotor en cabeza del representante legal si considera que la información reportada es insuficiente, y designar un promotor de la lista de auxiliares de la justicia.</p>	<p>El artículo 35 de la Ley 1429 de 2010 dispone que cuando las funciones de promotoría no sean ejercidas por el representante legal, se designará un promotor de la lista de auxiliares de la justicia</p> <p>El artículo 49 del Código General del Proceso establece que el juez puede relevar del cargo al auxiliar de la justicia, entre otras situaciones, cuando no cumpla con el encargo otorgado.</p> <p>El artículo 50 del Código General del Proceso establece el incumplimiento del encargo es una causal de exclusión de la lista.</p> <p>Los artículos 2.2.2.11.6.1. a 2.2.2.11.6.3. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 establecen el relevo y la exclusión de la lista del auxiliar de la justicia en los mismos supuestos.</p>
<p>El promotor debe colaborar con el deudor en la elaboración del plan de negocios y la propuesta de acuerdo de reorganización.</p>	<p>El artículo 2.2.2.11.1.2. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 expresa que el promotor “participa en la negociación, el análisis, el diagnóstico, la elaboración del plan de negocios y del acuerdo de reorganización, así como en la emisión o difusión de la información financiera, administrativa, contable o de orden legal de la entidad en proceso de reorganización, y quien ejerce las demás funciones previstas en la ley, sin ser coadministrador, salvo cuando se trate del representante legal con funciones de promotor”.</p>



Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
<p>El juez del concurso preside la reunión de conciliación de objeciones con base en sus poderes de conciliador. Se verifica la asistencia y representación de las partes, se expone un resumen de las objeciones, se exhorta a las partes a conciliar y se proponen fórmulas de arreglo, con la posibilidad de decretar suspensiones.</p>	<p>A pesar de que, como ya ese expuso, la referida reunión no existe en el régimen ordinario, el juez siempre cuenta con la potestad de conciliar de acuerdo con el artículo 5 numeral 6 de la Ley 1116 de 2006. El procedimiento refleja el rol del conciliador y sus funciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 640 de 2001, salvo algunas (ilustración sobre el objeto de la audiencia, levantamiento del acta) que se dejan al promotor.</p>
<p>El juez del concurso realiza una audiencia de resolución de objeciones, en la que tendrá en cuenta los argumentos y pruebas documentales presentadas previamente por escrito.</p>	<p>Los artículos 29 y 30 de la Ley 1116 de 2006 establecen que el juez debe realizar una audiencia de resolución de objeciones, para la cual sólo son admisibles las pruebas documentales que presenten las partes.</p>
<p>En caso de que el acreedor objetante no asista o no sustente en audiencia la objeción, ésta se tendrá por desistida.</p>	<p>A diferencia de estas previsiones, el artículo 30 de la Ley 1116 de 2006 dispone que el juez resuelva las objeciones presentadas, <u>sin realizar distinciones de ningún tipo.</u> Por su parte, el artículo 8 del Decreto 560 de 2020 dispone, para el proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, que “De no asistir [el objetante] a la audiencia o no presentar la sustentación durante la misma, la inconformidad se entenderá desistida”.</p>
<p>El juez del concurso oír a los acreedores que hayan votado en contra para que presenten sus inconformidades en relación con el acuerdo.</p>	<p>El artículo 35 de la Ley 1116 de 2006 establece que en la audiencia de confirmación del acuerdo los acreedores tienen la oportunidad de presentar sus observaciones para que el juez verifique la legalidad del acuerdo.</p>
<p>El juez del concurso permite que los acreedores alleguen votos adicionales</p>	<p>Si bien la legislación no dispone nada al respecto, esta es una práctica permitida y usual en las audiencias de confirmación de los acuerdos de reorganización regulados por la Ley 1116 de 2006.</p>



Artículo 11 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El juez del concurso realiza el control de legalidad.	Los artículos 42 numeral 12 y 132 del Código General del Proceso establecen el deber del juez de realizar el control de legalidad agotada cada etapa del proceso.
El juez se pronuncia sobre la confirmación o no del acuerdo presentado.	El artículo 35 de la Ley 1116 de 2006 establece que el juez puede confirmar o negar la confirmación del acuerdo presentado.
El acuerdo celebrado contará con los mismos requisitos de mayorías y contenidos previstos en la legislación vigente.	Los artículos 31 a 34 de la Ley 1116 de 2006 establecen los requisitos de contenidos y mayorías de los acuerdos de reorganización.
El acuerdo de reorganización, una vez confirmado, produce los mismos efectos previstos en la ley 1116 de 2006; de lo contrario, se ordena la apertura del proceso de liquidación judicial.	El artículo 36 de la Ley 1116 de 2006 establece los efectos del acuerdo de reorganización confirmado. El artículo 35 establece que la falta de confirmación no subsanada en audiencia conlleva la apertura del trámite de liquidación, en su modalidad de adjudicación; sin embargo, esta modalidad quedó suspendida durante el término de vigencia del Decreto 560 de 2020, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 numeral 2 del referido decreto.

Tal como puede verse, el proceso de reorganización abreviada previsto en el artículo 11 del Decreto 772 de 2020 **no aporta ninguna novedad respecto de la legislación preexistente**, pues se limita a reiterar, en otro orden y con otra redacción, una secuencia de disposiciones que ya existían.

En la práctica, la reorganización abreviada prevista en el Decreto 772 de 2020 no es más que una negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, con algunas diferencias cosméticas, que, a diferencia de este último procedimiento, se plantea como la única alternativa posible para los deudores que cuenten con menos de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes de activos.

12.5. Falta de motivación de incompatibilidad. La norma no demuestra por qué el proceso de reorganización y la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización son incompatibles con la crisis de las pymes

Indica la parte motiva del Decreto 772 de 2020 “[q]ue se requiere contar con un proceso de reorganización abreviado para resolver la crisis de la pequeña empresa, cuya duración sea menor, y que además promueva la resolución de conflictos a través de conciliación, y responda a las

necesidades de estos deudores para poder generar un ambiente más adecuado para el rescate empresarial y la conservación del empleo, para lo cual, este proceso contará con una etapa de reunión de conciliación de las objeciones a la calificación y graduación de créditos determinación de los derechos de voto y de presentación del acuerdo de reorganización, que será presidida por el juez y con una audiencia de resolución de objeciones y de confirmación del acuerdo de reorganización”.

La motivación planteada en dicha consideración no demuestra por qué los procesos de reorganización empresarial previsto en la Ley 1116 de 2006 y de negociación de emergencia regulado en el Decreto Legislativo 560 de 2020 son incompatibles con la necesidad planteada. Es más, ya se pudo ver más arriba la enorme similitud existente entre el procedimiento de reorganización abreviado y los procedimientos de reorganización y negociación de emergencia de acuerdos de reorganización; similitudes que sólo hacen ver todavía más insólito que el Legislador haya decidido inaplicar estos últimos a las empresas con activos inferiores a los 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La motivación del decreto se basa en dos premisas: que se requiere un proceso de menor duración; y que adicionalmente, el proceso debe fortalecer las herramientas de conciliación. Sin embargo, no se observa que tales propósitos no sean alcanzables por medio de la legislación existente, que se decide inaplicar. Veamos:

Respecto de la duración, si bien es cierto que la reorganización abreviada es más corta que la reorganización empresarial de la Ley 1116 de 2006, no ocurre lo mismo con el procedimiento de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización, redactado, promovido y promulgado por el mismo Gobierno nacional poco más de un mes y medio antes del Decreto 772 de 2020. El proceso regulado en el Decreto 560 de 2020 prevé la misma duración de tres meses, con unas etapas muy semejantes a las previstas en el artículo 11 del Decreto 772.

En cuanto a la segunda premisa, tampoco resulta aplicable. Tanto el proceso de reorganización empresarial como el de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización (que se remite en lo no previsto a las reglas de aquél) se fundamentan en principios fuertemente arraigados en la conciliación y en la negociación.

Por un lado, el artículo 4 numeral 5 de la Ley 1116 de 2006 establece como principio de base de la insolvencia empresarial la negociabilidad, entendida como “*la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor*”. Por su parte, el juez de insolvencia tiene siempre la posibilidad de conciliar diferencias entre las partes del concurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 numeral 6 de la Ley 1116 de 2006, que le atribuye el poder-deber de “[a]ctuar como conciliador en el curso del proceso”. El rol de conciliador también le había sido asignado al promotor, quien además contaba con un periodo procesal expresamente dedicado a ello conforme al artículo 29 del mismo régimen de insolvencia empresarial.



Por el contrario, el régimen del Decreto 772 de 2020 prescinde de las funciones de conciliador del promotor, desecha el término de conciliación de objeciones, que sustituye por una infortunada audiencia de conciliación. En ese escenario, el Decreto 772 de 2020 espera que sea el juez del concurso saque el tiempo necesario para dedicar ingentes esfuerzos para acercar a las partes y lograr la negociación de sus objeciones.

Nos referimos, valga la aclaración, al mismo juez del concurso que, según la parte considerativa del decreto, requería de esfuerzos para aligerar su carga: *“toda vez que se anticipa un incremento significativo en el número de procesos de insolvencia, es necesario adoptar medidas adicionales que permitan tramitar de una manera más expedita los procesos y otros mecanismos que permitan disminuir los trámites”*.

Lejos de disminuir los trámites y atender adecuadamente la esperada proliferación de procesos de insolvencia, el Decreto 772 de 2020 creó trámites adicionales que no sólo no están previstos en la legislación preexistente, sino que además recuerdan la excesiva dependencia del juez en los procesos concordatarios y otras soluciones legislativas que ya se habían implementado y derogado por inadecuadas.

Pero más grave aún: no se demostró en el Decreto 772 de 2020 por qué la legislación antecedente no es útil para la pequeña empresa, máxime cuando las reglas previstas para su recuperación son prácticamente idénticas a las previstas para la gran empresa.

Al no estar motivada la incompatibilidad de los procesos de reorganización empresarial y negociación de emergencia de acuerdos de reorganización para atender la crisis de las pymes, es evidente que no se cumple con el requisito previsto en el artículo 12 de la LEEE, y debe declararse la inexecutable de la disposición en estudio.

12.6. Violación de normas constitucionales por infracción al debido proceso. Las objeciones y observaciones carecen de traslado y contradicción.

El artículo 29 de la Carta Política de 1991 establece el derecho de defensa y contradicción como uno de los pilares del derecho fundamental al debido proceso; lo cual se traduce en otorgar a las partes la oportunidad para presentar sus argumentos, allegar las pruebas que los sustenten y controvertir las pruebas que se hayan invocado en su contra. El derecho de defensa y contradicción, desde el punto de vista procesal, tiene su proyección en la dinámica de los traslados, que corresponden a los periodos en los que una parte procesal tiene la posibilidad de pronunciarse sobre los argumentos y pruebas allegados por su contraparte o por los demás sujetos procesales, para que el juez tenga un panorama completo de la controversia a resolver.

La ley 1116 de 2006 siguió con bastante rigor la dinámica de los traslados para asegurar el derecho de defensa y contradicción previsto en la Constitución Política como una prerrogativa fundamental.

Así, su artículo 29, modificado por el artículo 36 de la Ley 1429 de 2010, estableció la siguiente secuencia:

- (a) En primer término, el promotor o el representante legal con funciones de promotor debe allegar al expediente los proyectos de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto y los inventarios de que tratan los artículos 19 numeral 4 de la Ley 1116 de 2006 y 50 de la Ley 1676 de 2013.
- (b) A continuación se da traslado de dichos proyectos: de la calificación y graduación de créditos y la determinación de derechos de voto por 5 días⁸⁸; y del inventario por 10 días⁸⁹, **para que las partes del proceso concursal presenten sus objeciones** y las pruebas documentales en las que se sustentan.
- (c) Acto seguido, y si se presentaron objeciones, se corre traslado de ellas a los demás sujetos del proceso por tres días⁹⁰, **para que controvertan las objeciones presentadas** y aporten las pruebas documentales que pretendan hacer valer.
- (d) Surtidas estas etapas, el promotor intenta conciliar las diferencias⁹¹, y en caso de que éstas subsistan, el juez convocará a audiencia para resolverlas⁹².

Los regímenes de insolvencia anteriores también establecían mecanismos de salvaguarda del derecho fundamental de contradicción y defensa. El artículo 125 de la Ley 222 de 1995 establecía un traslado por 5 días de los créditos presentados al proceso de concordato para que el deudor o cualquier acreedor pudiera presentar objeciones; a continuación del cual se surtía un traslado por 5 días de las objeciones presentadas “*a fin de que se pronuncien acerca de los hechos materia de la objeción y pidan pruebas*”. Incluso en el trámite de la ley 550 de 1999, que en su mayor parte era extrajudicial, el artículo 26 de dicho estatuto preveía que las objeciones a la determinación de derechos de voto y acreencias debían tramitarse por el procedimiento verbal sumario, que establece un término de traslado de la demanda de objeciones para garantizar que las demás partes del proceso tendrían la posibilidad de ser escuchadas, solicitar, aportar y controvertir pruebas.

A diferencia del trámite indicado en las legislaciones antecedentes, el Decreto 772 de 2020 sólo da la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas al acreedor objetante, al disponer que “[l]as objeciones, junto con las pruebas que las soportan, se deberán presentar a más tardar con cinco (5) días de antelación a la fecha de la reunión”. En este contexto, los demás sujetos del proceso carecerán absolutamente de la posibilidad de controvertir los argumentos y pruebas presentados por los acreedores objetantes; tampoco se dará la posibilidad al juez del concurso de que, al

⁸⁸ Ley 1116 de 2006, artículo 29 modificado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, inciso primero.

⁸⁹ Ley 1116 de 2006, artículo 19 numeral 4.

⁹⁰ *Ibídem*, artículo 29 inciso tercero.

⁹¹ *Ibídem*, artículo 29 inciso cuarto.

⁹² *Ibídem*, artículo 30.

momento de preparar la audiencia, estudie los materiales que habrían podido aportar el deudor y los demás acreedores frente a las objeciones. En suma, la norma omite por completo materializar el derecho de contradicción y defensa de las partes del concurso, y asigna al juez la tarea de decidir con base en la sola perspectiva del objetante.

Ello implica una flagrante violación a lo dispuesto en el artículo 29 superior, intolerable desde el punto de vista constitucional, y que debe llevar a la declaratoria de inexecutable de la norma, o en subsidio, a su condicionamiento para que se disponga un traslado genérico de las objeciones presentadas durante el plazo previsto en el artículo 110 del Código General del Proceso.

12.7. Vulneración del principio 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 mala 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 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 772 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 772 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 772 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 772 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.

12.8. Violación de normas constitucionales por infracción de la reserva legal para la fijación de los procedimientos judiciales.

El párrafo 3 del artículo 11 del Decreto 772 de 2020 vulnera la reserva legal para regular los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que se permite que el Gobierno nacional pueda “disponer que el monto de activos previsto en este Decreto Legislativo para la aplicación obligatoria del proceso de reorganización abreviado sea diferente”.

En efecto, el procedimiento de reorganización abreviada 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 la estructura del trámite se construye sobre las mismas bases que cimientan los procesos jurisdiccionales previstos en el régimen de insolvencia empresarial, al punto que el mismo Decreto 772 de 2020 se remite a la Ley 1116 de 2006 en lo no previsto allí expresamente⁹³.

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 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”*⁹⁴.

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 Gobierno nacional, como lo indica el párrafo en examen.

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 inexecutable.

13. Estudio del Artículo 12. Proceso de liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias.

13.1. Síntesis de la norma.

La disposición establece un nuevo procedimiento de liquidación judicial abreviada para los pequeños deudores, es decir, aquellos que cuenten con activos inferiores o iguales a 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que sigue el trámite que se describe en el punto 13.3 de este escrito.

⁹³ Decreto 772 de 2020, artículo 14.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2014.

13.2.Falta de conexidad material. La norma no tiene por objeto atender una problemática relacionada con la emergencia economía, social y ecológica, sino diversificar el sistema de insolvencia

Al igual que con la norma anterior, se advierte que la atención de la liquidación judicial de las pymes era un proyecto que venía de tiempo atrás en la Superintendencia de Sociedades, que había sido discutido a lo largo del año 2019 en varios foros, mesas de trabajo, y del cual el propio Superintendente había dado un parte en ponencias académicas. No se trata de un proyecto que tenga como función o finalidad la protección de las empresas involucradas en la crisis causada por la COVID-19, o la salvaguarda de los derechos de los acreedores involucrados en ellas, sino la diversificación del portafolio de servicios de la Superintendencia de Sociedades y del sistema de insolvencia colombiano en general.

La finalidad de los decretos legislativos no debe estar en la diversificación del catálogo de soluciones ofrecidas por el ordenamiento jurídico colombiano, ni abrir el abanico de posibilidades que éste ofrece a los deudores en crisis. En esta medida es evidente que el trámite allí introducido carece de toda conexión con las finalidades del Decreto y por tanto tampoco cumple con los presupuestos exigidos en la LEEE para mantenerse como norma en un estado de excepción.

13.3.Falta de necesidad. Las normas insolvencia previstas en la Ley 1116 de 2006 y en el Decreto 560 son suficientes para atender la crisis de las pymes

El artículo en comento establece un procedimiento que difiere mínimamente de las soluciones existentes en el régimen de la Ley 1116 de 2006 y en el Decreto Legislativo 560 de 2020.

Para efectos de claridad, expresaremos las semejanzas entre la nueva disposición analizada y las normas preexistentes a través de un cuadro comparativo, así:

Artículo 12 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
La legitimación para presentar la solicitud se encuentra en el deudor.	El artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 permite que el deudor solicite directamente su liquidación judicial. Adicionalmente, están legitimados para solicitarla el representante de un proceso de insolvencia extranjero, en los casos de insolvencia tranfronteriza, el deudor junto con sus acreedores, o la superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control de la concursada.
Debe cumplirse con los requisitos de la Ley 1116 de 2006.	Los artículos 47 a 49 de la Ley 1116 de 2006 prevén los supuestos mediatos e inmediatos de liquidación judicial.



Artículo 12 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El juez del concurso verifica los contenidos, admite la solicitud y da inicio al proceso de liquidación judicial simplificado.	Los artículos 48 y 49 de la Ley 1116 de 2006 regulan la providencia de apertura en los supuestos previstos en la ley para ello. Adicionalmente, el artículo 1 del Decreto 772 reitera que la verificación del juez del concurso no implica auditoría.
La información presentada por el deudor queda a disposición de los acreedores en el expediente.	Los procesos de liquidación judicial tienen naturaleza jurisdiccional, por tanto la solicitud y las demás actuaciones deben constar en el expediente (artículos 122 y 123 del Código General del Proceso), de acceso público (artículo 3 del Código General del Proceso), y deben quedar a disposición de los acreedores y las demás partes del proceso de manera completa y oportuna (artículo 4 numeral 4 de la Ley 1116 de 2006).
Las partes tienen la carga de revisar el expediente, asistir a las reuniones y audiencias e informarse completa y debidamente sobre el proceso de reorganización abreviado y sus consecuencias	Las partes de los procesos de insolvencia tienen las cargas procesales de cualquier proceso jurisdiccional.
El auto de apertura designa liquidador e imparte las demás órdenes previstas para el proceso de liquidación judicial	Los contenidos del auto de apertura de liquidación judicial, incluida la designación del liquidador, se encuentran regulados en el artículo 48 de la Ley 1116 de 2006.
El liquidador debe presentar una estimación de los gastos del concurso dentro de los 15 días siguientes a su posesión	La estimación de los gastos del concurso era un requisito reglamentario del informe inicial que debía presentar el liquidador conforme al Decreto Reglamentario 991 de 2018; sin embargo, este requisito fue derogado por el Decreto Reglamentario 65 de 2020.



Artículo 12 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El liquidador puede presentar ofertas vinculantes de venta de activos condicionadas a la aprobación del inventario por parte del juez del concurso.	El artículo 2.2.2.13.1.6 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, desde su versión modificada por el Decreto 991 de 2018 y en la versión actual reformada por el Decreto 65 de 2020 permiten que “ <i>Desde el inicio del proceso de liquidación judicial, el liquidador podrá promover acercamientos con posibles compradores con miras al mejor aprovechamiento de los activos</i> ”, para que se puedan perfeccionar los contratos en el término de 2 meses siguientes a la calificación y graduación de créditos y aprobación de inventarios.
Los acreedores pueden presentar sus créditos durante los 10 días siguientes a la desfijación del aviso de inicio del proceso.	El artículo 48 numeral 5 de la Ley 1116 de 2006 establece un término de 20 días siguientes a la desfijación del aviso de inicio del proceso para que los acreedores presenten sus créditos.
El liquidador debe presentar los proyectos de calificación y graduación de créditos dentro de los 15 días posteriores al vencimiento del anterior término.	El artículo 48 numeral 5 de la Ley 1116 de 2006 establece un término de entre 1 y 3 meses para que el liquidador entregue los proyectos.
Se corre traslado por 5 días de los proyectos para que las partes del proceso presenten objeciones.	Los artículos 48 numeral 5 y 53 de la Ley 1116 de 2006 disponen que el traslado de los proyectos para objeciones se tramita en los mismos términos de la reorganización. El artículo 29 ibídem establece el traslado de los proyectos por 5 días para objeciones.
Sólo se elabora proyecto de determinación de derechos de voto si e ha manifestado interés en un acuerdo de reorganización dentro de la liquidación judicial o si en alguno de los mecanismos de salvamento de empresas en estado de liquidación inminente del Decreto 560 de 2020.	
De las objeciones presentadas se corre traslado por 3 días	Los artículos 48 numeral 5 y 53 de la Ley 1116 de 2006 disponen que el trámite de las objeciones y su contradicción se haga en los mismos términos de la reorganización. El artículo 29 ibídem establece el traslado de las objeciones por 3 días.



Artículo 12 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El juez del concurso puede escoger entre resolver las objeciones por escrito o en audiencia.	El artículo 30 de la Ley 1116 de 2006 establece que la resolución de objeciones se realice en audiencia
Si no se presentan objeciones, el juez del concurso profiere auto de calificación y graduación de créditos e inventario.	El artículo 29 de la Ley 1116 de 2006 establece que de no presentarse objeciones, el juez proferirá auto de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto y aprobación de inventario
A continuación, el liquidador cuenta con un término de 2 meses para ejecutar las ofertas de compraventa de activos, directamente por un valor no inferior al neto de liquidación, o a través de un martillo electrónico.	El artículo 57 de la Ley 1116 de 2006 establece el término de 2 meses para que el liquidador enajene los activos inventariados por un valor no inferior al de su avalúo, directamente o a través de subasta privada.
Vencido el plazo anterior, el liquidador debe presentar un proyecto de adjudicación dentro de los 10 días siguientes, según las reglas del artículo 58 de la Ley 1116 de 2006	El artículo 57 de la Ley 1116 de 2006 establece el término de 30 días para lograr un acuerdo de adjudicación entre los acreedores. De no llegarse a un acuerdo, el juez del concurso profiere la providencia de adjudicación dentro de los 15 días siguientes al vencimiento del anterior término. El artículo 58 de la Ley 1116 de 2006 establece las reglas de adjudicación que deben seguirse en caso de no haber acuerdo de adjudicación.



Artículo 12 del Decreto 772 de 2020	Legislación preexistente
El liquidador debe entregar los bienes dentro de los 20 días siguientes.	El artículo 59 de la Ley 1116 de 2006 establece que los acreedores pueden informar al liquidador si aceptan o no aceptan recibir los bienes adjudicados. En caso de que no acepten, los bienes no aceptados se adjudicarán a los acreedores insolutos. Los bienes que no sean recibidos dentro de los 10 días siguientes a su adjudicación serán considerados mostrencos. El artículo 58 de la Ley 1116 de 2006 establece que la tradición de bienes sujetos a registro se efectuará por la inscripción de la providencia de adjudicación y que la de los bienes muebles se hará por ministerio de la ley al décimo día siguiente a la providencia de adjudicación.
Una vez ejecutadas las órdenes anteriores, el liquidador presenta su rendición de cuentas finales, de la que se corre traslado por 5 días.	El artículo 65 de la Ley 1116 de 2006 establece que de la rendición de cuentas finales se corre traslado por 15 días, y que de las objeciones formuladas se corre traslado durante los 2 días siguientes.
La información financiera que sirva de base a la liquidación debe prepararse bajo el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, de acuerdo con el Decreto 2420 de 2015.	El Decreto 2101 de 2016 adicionó un título 5 y un anexo 5 al Decreto 2420 de 2015, que contiene las disposiciones contables aplicables a quienes no cumplan con el supuesto de negocio en marcha, aplicables a todos los procesos de liquidación.
Cuando la liquidación se siga como consecuencia del fracaso de un proceso de reorganización, el exrepresentante legal deberá ajustar la información financiera, so pena de multas y responsabilidad.	
Los terceros y los acreedores garantizados pueden solicitar la exclusión de bienes de la liquidación en el término de 1 mes contado a partir de la apertura de la liquidación.	El artículo 56 de la Ley 1116 de 2006 establece un término de 6 meses para solicitar la entrega de los bienes excluidos de la masa de la liquidación. El artículo 52 de la Ley 1676 de 2013 no establece un término distinto para solicitar la exclusión de los bienes gravados con garantías mobiliarias.

Del estudio de las disposiciones es evidente la falta de necesidad de la mayor parte de los detalles incluidos en la regulación. El procedimiento de liquidación judicial abreviado supone apenas unos recortes en algunos términos para la presentación de créditos, elaboración de proyectos y ejercicio de algunos derechos de traslado, defensa y contradicción, así como la eliminación de dos etapas del proceso: la conciliación de objeciones y la celebración de acuerdo de adjudicación.

En este contexto, no parece en absoluto necesario que por vía de un decreto legislativo se presenten reformas tendientes a diversificar la grilla de los procedimientos disponibles, mucho menos cuando en la gestión de la liquidación no se advierte la misma necesidad imperiosa de rescatar una actividad productiva en el marco de la pandemia, como sí ocurre con las empresas en recuperación por la crisis ocasionada por la COVID-19.

Lo anterior demuestra la falta de necesidad de la norma, y el incumplimiento de lo prescrito sea en el artículo 215 de la Carta Política, sea en el artículo 11 de la LEEE, lo que debe llevar a su inexequibilidad.

13.4. Violación de normas constitucionales por infracción de la reserva legal par ala fijación de los procedimientos judiciales.

El párrafo 3 del artículo 12 del Decreto 772 de 2020 vulnera la reserva legal para regular los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que se permite que el Gobierno nacional pueda *“disponer que el monto de activos previsto en este Decreto Legislativo para la aplicación obligatoria del proceso de reorganización abreviado sea diferente”*.

Al igual que el párrafo 3 del artículo 11, dicha disposición vulnera la reserva legal que la Carta Política asignó a los procedimientos jurisdiccionales, con fundamento en los mismos argumentos planteados arriba, a los que nos remitimos. En consecuencia, la disposición en estudio vulnera lo dispuesto en el artículo 150 constitucional y por ello debe ser excluida del ordenamiento jurídico, mediante la declaratoria de su inexequibilidad.

14. Estudio del Artículo 13. Mecanismo para establecer y pagar los honorarios de los liquidadores en los procesos de liquidación judicial simplificada.

14.1. Síntesis de la norma.

La disposición establece que los honorarios del liquidador en estos casos se calcularán teniendo en cuenta los gastos de custodia del archivo por 60 meses, y que a dichas sumas se les agregará el IVA.

La norma indica que en los procesos de liquidación abreviada no se aplicarán los subsidios de que trata el artículo 122 de la Ley 1116 de 2006, para las sociedades que carezcan de recursos para

sufragar la remuneración de los liquidadores y los gastos de archivo. En consecuencia, si no hay activos suficientes para cubrirlos, tales gastos deberán ser asumidos por cualquier interesado, y consignados dentro de los 5 días siguientes al auto que fije los honorarios y gastos.

En caso de no consignarse monto alguno dentro de dicho término, se terminará el proceso de liquidación judicial abreviado y se ordenará la disolución y liquidación voluntaria del ente.

14.2.Falta de conexidad material. La norma no busca soluciones para atender el esperado aumento de procesos, sino para descargar de trabajo y ahorrar recursos de la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 13 del Decreto 772 de 2020 establece que el propósito de la norma es el de “*poder atender la proliferación de procesos de liquidación judicial simplificada*”. En apariencia, se trata de un propósito que debería buscar una mayor eficiencia en la atención de los procesos y a optimizar recursos para preparar a la Superintendencia de Sociedades o a los juzgados civiles para asumir una mayor carga de trabajo.

Sin embargo, la norma en comento en realidad establece que las liquidaciones que carezcan de activos, y en la que no haya un interesado dispuesto a asumirlos, no serán tramitadas por el juez del concurso, y deberán seguir la liquidación voluntaria. Puesto en otras palabras, **para atender la proliferación de procesos, la norma propone dejar de atenderlos**, y dejarlos a la suerte de lo que voluntariamente realicen los socios o accionistas de la concursada.

Esta disposición además tiene por efecto que la Superintendencia de Sociedades ahorrará un porcentaje de los subsidios que recibe de sus supervisados, que fueron previstos en la ley con el propósito de apoyar las labores de la entidad y, entre otras, atender las liquidaciones de empresas. Este tipo de subsidios fueron establecidos, entre otras, para realizar el valor constitucional de la solidaridad, y por ello son destinados a las liquidaciones que carecen de activos suficientes para finiquitar su situación y dar seguridad jurídica. Sin embargo, **la proliferación de procesos se debería atender a través de la optimización del uso de los sus fuentes de financiación, no a través del desmonte de dichos recursos.**

Es evidente que la norma persigue propósitos que no guardan conexidad con el fin declarado de atender el aumento de procesos de liquidación judicial simplificada, sino que **busca evitar o eludir que dicho aumento se produzca y ahorrar recursos para la Superintendencia de Sociedades.**

14.3.Violación de normas sobre finalidad de los decretos legislativos. El fin perseguido por la disposición no está encaminado a conjurar las causas de la emergencia ni a impedir la extensión de sus efectos.

La parte motiva del Decreto 772 de 2020 indica que “*atendiendo al seguro aumento de procesos de insolvencia, especialmente liquidaciones sin activos que pueda asumir el costo de los*

liquidadores, se hace necesario suspender la norma de los subsidios por parte de la Superintendencia de Sociedades para los auxiliares en aquellos procesos cuyos activos no cubren los costos de liquidación, de manera que se proceda a liquidación voluntaria por parte de los deudores, o la judicial en caso de que algún interesado asuma dichos costos”.

La solución planteada en el decreto, de deferir a las pymes que carezcan de activos para sufragar los costos de la liquidación a la liquidación voluntaria, en realidad equivale a dejarlas en un limbo jurídico, carente de dirección y lineamientos por parte del Estado, sin un juez que lo dirija de oficio, y sin mayores obligaciones para los socios, accionistas y administradores que se deriven en un impulso para cerrar la liquidación de la mejor manera posible.

Tampoco se compadece de aquellos casos en los que el deudor ha incurrido en abandono de negocios, o en los que la liquidación judicial se adoptó como medida de salvaguarda del interés general por parte de la superintendencia que ejerza la inspección vigilancia y control, ni mucho menos de los intereses de los acreedores que, por el solo hecho de trabajar o proveer bienes y servicios a una pyme, carecerán de mecanismos para lograr certeza jurídica sobre su crédito, buscar la revocatoria o la simulación de actos del deudor que generaron su insolvencia⁹⁵, perseguir a las matrices o controlantes que se presume que generaron dicha situación⁹⁶, o hacer efectiva la responsabilidad de los administradores, socios o accionistas⁹⁷. En la práctica, lo anterior agravará la situación generada por la liquidación de empresas y las condiciones en que se encuentran sus acreedores.

El recurso a la liquidación voluntaria es una solución perezosa que no atiende las verdaderas necesidades de las empresas en estado de liquidación y da la espalda a situaciones que requieren urgentemente de soluciones, en especial en tiempos de emergencia económica. Lejos de ser un mecanismo adecuado para la gestión de la crisis, la finalidad propuesta se presenta contraria a los propósitos de conjurar las causas de la emergencia o impedir la extensión de sus efectos, y debe ser excluida del ordenamiento por vulnerar lo dispuesto en el artículo 10 de la LEEE.

14.4.Falta de motivación de incompatibilidad. No hay justificación para dejar de aplicar los subsidios de que trata el artículo 122 de la Ley 1116 de 2006.

Ni parte motiva ni las disposiciones de la norma en comento ofrecen argumentos que justifiquen que en el caso de las pymes se deje de aplicar la legislación formulada para tiempos de normalidad, y en especial el subsidio de que trata el artículo 122 de la Ley 1116 de 2006. No se da ningún tipo de explicación, dato, cifra o estadística que refiera, si quiera remotamente, por qué los subsidios mencionados son inadecuados para hacer frente a la crisis, conjurar sus causas o impedir la

⁹⁵ Ley 1116 de 2006, artículos 74 y 75.

⁹⁶ Ley 1116 de 2006, artículo 61.

⁹⁷ Ley 1116 de 2006, artículo 82.

extensión de sus efectos. Es más, de lo indicado más arriba, se evidencia que el efecto de la suspensión de la norma será el contrario.

En consecuencia, debe excluirse del ordenamiento jurídico esta disposición por contrariar lo dispuesto en el artículo 12 de la LEEE.

14.5. Violación al derecho a la igualdad y no discriminación. No existe justificación alguna para excluir la liquidación de las pymes del régimen de subsidios del artículo 122 de la Ley 1116 de 2006.

La norma en comento establece una distinción entre la situación de las pymes y las empresas de mayor volumen de activos, al establecer que los deudores con menos de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes carecerán de subsidios para atender los costos del proceso, mientras que este tipo de subsidios se mantienen para las empresas más grandes.

La distinción resulta odiosa desde todos los sentidos, y en particular a partir de lo resuelto en el artículo 13 constitucional. No existe motivación alguna que justifique la razonabilidad de realizar una distinción de este tipo. Es más, hay mayores probabilidades de que las pymes en liquidación y sus acreedores se encuentren en condiciones más gravosas e incluso en un estado de indefensión; ello ameritaría una política pública de apoyo preferente a este tipo de empresas y procesos liquidatorios. Sin embargo, la solución adoptada por el Decreto 772 de 2020 contraría esta conclusión basada en consideraciones elementales de igualdad real y equidad, y opta por desmontar subsidios para las pymes y preservarlos para las medianas y grandes empresas.

Esta distinción carece por completo de justificación constitucional y debe ser declarada inexecutable también por violar el artículo 13 superior, así como el principio de no discriminación previsto en el artículo 14 de la LEEE.

14.6. Falta de proporcionalidad. Los términos dispuestos para el pago de los honorarios del liquidador y los gastos de archivo carecen de asidero en la realidad.

Llama asimismo la atención que, de acuerdo con la norma en comento, sólo se otorguen 5 días de gracia para que cualquier interesado consigne los gastos correspondientes a los honorarios del liquidador y a la conservación por 60 meses de los archivos de la empresa. Se trata de un término desproporcionadamente breve, que en muchos casos ni siquiera es suficiente para que un acreedor tome una decisión informada sobre el asunto; mucho menos para que además consiga los recursos necesarios para ello, los consigne y rinda informe al juez del concurso para evitar la finalización del proceso de liquidación judicial.

La norma carece de medida alguna que guarde simetría con la gravedad de las circunstancias que pretende conjurar, y aparece a todas luces violatoria de los criterios indicados en el artículo 13 de la LEEE, razón que amerita su exclusión del ordenamiento jurídico.

14.7. Violación de normas constitucionales. La disposición impone barreras económicas de acceso a la justicia para las pymes y sus acreedores.

Finalmente, la norma en estudio establece barreras económicas de acceso a la justicia contrarias al derecho previsto en el artículo 228 de la Carta Política. En lugar de facilitar las condiciones para que los acreedores de las pymes tramiten sus procesos de liquidación judicial, la norma plantea mecanismos que encarecen el acceso a los mismos, y ponen como única puerta de entrada la atención de los costos de la liquidación por parte de cualquier sujeto interesado.

Si bien es cierto que por regla general la gratuidad de los procesos judiciales no se opone a que las partes sufragan las costas procesales⁹⁸, la ley procesal también otorga a las partes del proceso la posibilidad de acudir a mecanismos que levanten las eventuales barreras económicas que puedan llegar a tener para acceder a la administración de justicia, como el amparo de pobreza de los procesos civiles. En el presente caso, dicho mecanismo estaba representado por los subsidios de que trata el artículo 122 de la Ley 1116 de 2006, que la norma desmonta sin sustituirlo por otras vías que hagan posible el acceso a la administración de justicia.

15. Estudio del Artículo 14. Aplicación subsidiaria de la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 560 del 15 de abril de 2020.

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 772 de 2020. Teniendo en cuenta lo dicho, la disposición resulta ajustada a la Carta y debe ser declarada exequible por la H. Corte Constitucional.

16. Estudio del Artículo 15. Tratamiento de algunas rentas de deudores en el régimen de la ley 1116 de 2006, el Decreto 560 de 2020 y este Decreto Legislativo.

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.

17. Estudio del Artículo 16. Suspensión temporal.

17.1. Síntesis de la norma

La disposición analizada prevé la suspensión por 24 meses de las causales legales de disolución por pérdidas de las sociedades en comandita simples y por acciones, limitadas, anónimas y de las

⁹⁸ Ley 270 de 1995, artículo 6; Código General del Proceso, artículo 10.

sociedades por acciones simplificadas (artículos 342, 351, 370 y 457 numeral 2 del Código de Comercio y artículo 34 numeral 7 de la Ley 1258 de 2008), así como de los términos para enervarlas previstos en los artículos 24 de la Ley 1429 de 2010 y 35 de la Ley 1258 de 2008.

17.2.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.

Como parte de la estructura del ejercicio de la actividad comercial, la legislación ha puesto particular empeño porque los comerciantes mantengan condiciones de solvencia que permitan su operación. Por ello ha dedicado varias disposiciones a la imposición de obligaciones de denuncia de su situación de crisis y de disolución de las sociedades que reporten pérdidas sostenidas que pongan en riesgo su capacidad de responder adecuadamente por sus créditos. Estas normas buscan 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”⁹⁹.

El deber del comerciante de denunciar la cesación en el pago de sus obligaciones corrientes y la causal de disolución de las sociedades en casos de pérdidas son, 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 contrato¹⁰⁰: *“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”¹⁰¹*. 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.

⁹⁹ Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho comercial. Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá, Temis / Uniandes, 2010, p. 219.

¹⁰⁰ Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículo 871.

¹⁰¹ Solarte Rodríguez, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. En Universitas, 53(108), p. 308. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>

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”*¹⁰².

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 y de dar inicio oportuno a las medidas para enervar las causales legales de disolución societaria o de iniciar una liquidación a tiempo, que preserve en la mayor medida el valor de los activos a liquidar.

17.3. Ausencia de conexidad material. La suspensión de la causal de disolución por pérdidas no se relaciona con la Emergencia ni con los fines del Decreto; por el contrario, los enmascara

Suspender la causal de disolución por pérdidas de las sociedades comerciales no guarda ninguna relación con la superación de las causas de la crisis que motivaron a la expedición de la norma.

Según se explicó, uno de los propósitos fundamentales de la causal de disolución por pérdidas es, precisamente, la contención de los efectos nocivos que esta situación económica puede acarrear en el patrimonio social y en su capacidad para hacer frente a los créditos a su cargo. Las sociedades en situación de insolvencia deben acudir de manera oportuna a los instrumentos jurídicos para superarla. Se trata de una norma cuya vigencia es clave para lograr que las compañías 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 norma. Ello no sólo contradice el propósito del Decreto, sino que incentiva a que las sociedades en crisis y sus administradores 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, agravando el estado de la compañía y evitando una recuperación exitosa de ella.

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.

¹⁰² Pinzón, Gabino. Introducción al derecho comercial. Bogotá, Temis, 1985, p. 266.

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.

17.4. 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 772 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 las sociedades 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.

17.5. Ausencia de necesidad. Suspender la causal de disolución por pérdidas 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 las causales de disolución por pérdidas y de los plazos para enervarlas 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 para enervar la causal de disolución por pérdidas resulte indispensable para dicho fortalecimiento. No sobra advertir que la Ley 1116 establece, precisamente, que el acceso a los mecanismos de recuperación es suspende la causal de disolución por pérdidas, y que el acuerdo de reorganización debe precaver los mecanismos para superarla¹⁰³.

Ahora bien, contrario a lo indicado en la legislación ordinaria, la suspensión planteada en la norma del Decreto 772 de 2020 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.

17.6. 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.

A diferencia de lo ocurrido en el Decreto 560 de 2020, en el que brillaba por su ausencia cualquier motivación relacionada con la suspensión temporal de la causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y por acciones simplificadas, el Decreto Legislativo 772 de 2020 sí introdujo un breve párrafo en el que introdujo algunas consideraciones relacionadas con el tema:

“Que la suspensión de la causal de disolución por pérdidas debe ser extendida a todos los tipos societarios, al igual que debe suspenderse el periodo para enervarla, por un término de dos (2) años, mientras las sociedades se recuperan de la crisis generada con ocasión de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, y no hacerlo significaría la disolución y liquidación de las sociedades y la pérdida de los empleos”.

Más allá de los temores infundados que la motivación de la norma plantea respecto de la ocurrencia de la causal legal de disolución por pérdida de las sociedades comerciales, la norma envía un mensaje contradictorio: por un lado, pretende aumentar y fortalecer la oferta de procedimientos y mecanismos de reorganización, pero por el otro lado, adopta medidas para desincentivar el recurso a la insolvencia, al desactivar las normas que generan alertas en el sistema, y que deben ser enervadas por la compañía para seguir operando normalmente.

¹⁰³ Ley 1116 de 2006, artículos 10 y 23.

En esta medida, el Decreto Legislativo 772 de 2020 no plantea ninguna explicación válida 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.

18. Estudio del Artículo 17. Vigencia.

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

IV. SOLICITUD

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

1. Sobre la generalidad del Decreto 772 de 2020

Declarar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 772 de 2020, por falta de necesidad, conexidad material y finalidad.

En subsidio, declarar la inexecutable parcial o la executable condicionada del Decreto 772 de 2020 en los términos que se indican en los siguientes puntos:

2. 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.

3. Sobre el artículo 2

Declarar la inexecutable del artículo 2 del Decreto 772 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 637 del 6 de mayo 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 3

Declarar la inexecutable del artículo 3 del Decreto 772 de 2020 por falta de necesidad, conexidad material, motivación suficiente y reserva legal de los procedimientos judiciales.

En subsidio, declarar la inexecutable de la expresión “*deudores*” contenida en el artículo 3 parágrafo 1 del Decreto 772 de 2020 por violación al principio de igualdad, no discriminación y acceso a la administración de justicia.

En subsidio de lo anterior, declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 3 parágrafo 1 del Decreto 772 de 2020 en el sentido de que las facilidades tecnológicas y los apoyos allí dispuestos deben poder ser accesibles por todos los sujetos procesales, y no sólo por el deudor.

5. Sobre el artículo 4

Declarar la inexecutable del artículo 4 del Decreto 772 de 2020 por violación al principio de igualdad, no discriminación y derechos adquiridos de los acreedores garantizados.

En subsidio, declarar la executable condicionada del artículo 4 del Decreto 772 de 2020 en el sentido de que el levantamiento automático de las medidas cautelares allí dispuestas debe tener como contrapartida el cabal aseguramiento de los derechos de los acreedores garantizados, sea a través de la calificación y graduación de sus créditos en la segunda clase, sea a través de las distintas prerrogativas previstas en el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013.

6. Sobre el artículo 5

Declarar la inexecutable de la expresión “*y no simplemente la devolución de los anticipos diferidos en el tiempo*” contenida en el artículo 5 inciso segundo del Decreto 772 de 2020, por falta de proporcionalidad, vulneración de derechos a la personalidad jurídica, a la libre autodeterminación, a la libertad contractual y a la autonomía privada.

En subsidio de lo anterior, declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 5 inciso segundo del Decreto 772 de 2020, en el sentido de que las estipulaciones allí dispuestas no pueden ir en contravía de la voluntad del promitente comprador de inmuebles destinados a vivienda que opte por la devolución de las sumas pagadas, garantizando siempre la preservación del valor de su crédito a través de mecanismos de indexación.

7. Sobre el artículo 6

Declarar la inexecutable del artículo 6 del Decreto 772 de 2020, por falta de conexidad material, y necesidad.

En subsidio de lo anterior, realizar las siguientes declaraciones:

Declarar la inconstitucionalidad de la expresión “*En caso de guardar silencio, se entenderá que el acreedor respectivo vota positivamente la propuesta*”, contenida en el inciso segundo del artículo 6 del Decreto 772 de 2020, por ausencia de proporcionalidad, vulneración de derechos a la personalidad jurídica, a la libre autodeterminación, a la libertad contractual y a la autonomía privada.

Declarar la inexecutable del párrafo 1 del artículo 6 del Decreto 772 de 2020, por falta de necesidad y proporcionalidad de la sanción de caducidad allí dispuesta.

Declarar la inexecutable del párrafo 2 del artículo 6 del Decreto 772 de 2020, por falta de conexidad material del mecanismo de rebaja de la postura en los martillos electrónicos.

8. Sobre el artículo 7

Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 7 del Decreto 772 de 2020, bajo el entendido de que dicha disposición debe aplicarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 48 numeral 1 del Código General del Proceso.

9. Sobre el artículo 8

Declarar la inexecutable del artículo 8 del Decreto 772 de 2020 por falta de necesidad y proporcionalidad.

10. Sobre el artículo 9

Declarar la inexecutable del artículo 9 del Decreto 772 de 2020 por falta de necesidad, conexidad material y proporcionalidad.

11. Sobre el artículo 11

Declarar la inexecutable del artículo 11 del Decreto 772 de 2020 por ausencia de necesidad, conexidad material, finalidad y motivación de incompatibilidad.

En subsidio realizar las siguientes declaraciones:

Declarar la inexecutable de la expresión “*sólo*” contenida en el inciso primero del artículo 11 del Decreto 772 de 2020, por violación al principio de igualdad y no discriminación.



Declarar la inexecutable de la expresión “*Las objeciones, junto con las pruebas que las soportan, se deberán presentar a más tardar con cinco (5) días de antelación a la fecha de la reunión*” contenida en el artículo 11 numeral 5 del Decreto 772 de 2020, por violación al derecho al debido proceso, contradicción y defensa de los acreedores del concurso y del deudor. En subsidio de esta declaración, declarar su constitucionalidad condicionada a que se disponga un traslado de las objeciones, cuando menos, en los términos del artículo 110 del Código General del Proceso.

Declarar la inexecutable de la expresión “*De no asistir a la audiencia o no presentar la sustentación durante la misma, la objeción se entenderá desistida*”, contenida en el artículo 11 párrafo 2 del Decreto 772 de 2020, por falta de proporcionalidad.

Declarar la inexecutable del artículo 11 párrafo 3 del Decreto 772 de 2020, por infringir la reserva legal de los procedimientos judiciales.

12. Sobre el artículo 12

Declarar la inexecutable del artículo 12 del Decreto 772 de 2020 por ausencia de necesidad y conexidad material.

En subsidio, declarar la inexecutable del artículo 12 párrafo 3 del Decreto 772 de 2020, por infringir la reserva legal de los procedimientos judiciales.

13. Sobre el artículo 13.

Declarar la inexecutable del artículo 13 del Decreto 772 de 2020 por ausencia de conexidad material, finalidad, motivación de incompatibilidad, proporcionalidad, violación al derecho de igualdad y no discriminación, e infracción al derecho a acceder a la administración de justicia.

14. Sobre el artículo 16.

Declarar la inexecutable del artículo 16 del Decreto 772 de 2020 por falta de conexidad material, finalidad, necesidad y motivación de incompatibilidad.

15. Sobre el resto del articulado del Decreto

Declarar la executable de las demás disposiciones del Decreto 772 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