

**Análisis comparativo entre la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 560 de 2020: los incentivos económicos de cara a la función conservativa en los procesos de insolvencia.**

Jorge M. De Ávila y Cristian J. Reales

Escuela de Derecho, Universidad EAFIT

Monografía

Asesor: Felipe Villa García

Medellín, 2023

## Contenido

<b>Contenido .....</b>	<b>2</b>
RESUMEN .....	4
ABSTRACT .....	4
PALABRAS CLAVES .....	5
<b>CAPÍTULO I: Introducción al derecho concursal.....</b>	<b>6</b>
1.1. La empresa y su relevancia constitucional, para la sociedad y el Estado. ....	6
1.2. ¿Qué es el derecho de insolvencia? .....	9
1.3. Antecedentes históricos del derecho concursal, enfoques y funciones.....	13
1.3.1 Primera etapa: 1940 a 1969.....	14
1.3.2. Segunda etapa: 1969 a 1995.....	16
1.3.3. Tercera etapa: 1991 a la actualidad.....	18
1.4. Funciones del derecho concursal y tendencias actuales .....	20
1.5. Análisis económico del derecho: ¿Qué es un incentivo económico en el marco del Régimen de Insolvencia?.....	25
<b>CAPÍTULO II: Régimen de insolvencia empresarial colombiano .....</b>	<b>30</b>
2.1. Ley 1116 de 2006. ....	30
2.1.1. Incentivos dentro de los procesos de reorganización de la Ley 1116 de 2006. ....	34
2.2. El régimen de insolvencia durante la pandemia del COVID-19 .....	35
2.2.1. Decreto 560 de 2020.....	39

2.2.3. La transitoriedad de las normatividades del Estado de Emergencia Social y Ecológica .....	42
CAPÍTULO III: La falta de incentivos económicos como obstáculo de la función conservativa del régimen de insolvencia. ....	
3.1. La importancia de los incentivos económicos para cumplir la función conservativa.....	47
3.2. La diferencia y efectividad de los procesos para las empresas en insolvencia bajo la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 560 de 2020 .....	48
CAPÍTULO IV: Conclusiones .....	
4.1. Sentencia C-390 del 2023 y nota aclaratoria.....	56
REFERENCIAS.....	58

## **RESUMEN**

El régimen de insolvencia empresarial en Colombia se encuentra enmarcado en la Ley 1116 de 2006. Esta surgió como resultado de los avances que se habían logrado en el país en materia concursal, la mayoría a través de decretos, y que sirvieron como punto de partida para el actual régimen de insolvencia colombiano. La Ley 1116 se expidió el año 2006, además ha sido complementada por disposiciones posteriores que han contribuido a formar un entramado normativo en lo que se refiere a derecho concursal, como el Decreto 1429 de 2010. Los procesos de insolvencia que reguló el Decreto 560 de 2020 durante la pandemia de COVID-19 le permitió a las empresas que con ocasión de la pandemia crisis, pudieran iniciar procesos más ágiles y más eficientes, lo que logró la protección del crédito, el empleo y la empresa haciendo valer la función conservativa del derecho concursal. Por lo tanto, resulta imprescindible que los incentivos que mostraron muy buenos resultados en la crisis de 2020 se mantengan en el tiempo y puedan contribuir a seguir mejorando la economía nacional.

## **ABSTRACT**

The corporate insolvency regime in Colombia is framed in Law 1116 of 2006, such regulatory provision arose because of the advances that had been achieved in the country in insolvency matters, mostly through decrees, and that served as a starting point for the current Colombian insolvency regime. Law 1116 was issued in 2006, and has been complemented by subsequent provisions that have contributed to form a regulatory framework in terms of insolvency law, such as Decree 1429 of 2010, which have contributed to further strengthen the regulatory body of insolvency law in Colombia, however, economic incentives and disparities between rules issued during the pandemic

remain a pending task, the insolvency processes regulated by Decree 560 of 2020 during the COVID-19 pandemic allowed companies to initiate more agile and efficient processes during the crisis pandemic, which achieved the protection of credit, employment and the company by enforcing the conservative function of insolvency law. Therefore, it is essential that the incentives that showed very good results in the 2020 crisis are maintained over time and can contribute to further improve the national economy.

### **PALABRAS CLAVES**

Decreto 560 de 2020, Derecho Concursal, Empresa Viable, Función Conservativa, Incentivos Económicos, Insolvencia Empresarial, Ley 1116 de 2006, Sociedades Comerciales.

## **CAPÍTULO I: Introducción al derecho concursal**

### **1.1. La empresa y su relevancia constitucional, para la sociedad y el Estado.**

Para el Estado y sus ciudadanos la economía no deberá ser ajena a sus intereses toda vez que los componentes que la conforman en gran parte son y serán siempre los que definen la toma de decisiones y las políticas públicas de dicho Estado. Uno de estos componentes, que no es menor, son las sociedades comerciales y otro, igualmente relevante, es la actividad empresarial; estos en cualquier economía ocupan un lugar fundamental, pues se constituyen como no solo los pilares de esta, sino los medios o vehículos a través de los cuales se logra la creación de riqueza y bienestar para los ciudadanos.

Es por lo anterior que, dentro de la Constitución Política de 1991, existe un variado articulado referente a la formación empresarial, siendo los más importantes de estos los artículos 38 y 333, que dan las bases en lo relacionado a la libertad de asociación y la libertad de empresa e iniciativa privada (Peña Nossa, 2017, p. 3). Señala la Corte Constitucional sobre el derecho de libre asociación que:

(...) en principio tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros y que sirven de medios para la realización del designio colectivo. A la libre constitución de la asociación – sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto,

se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas. (Sentencia C-041 de 1994).

Es así como se puede señalar que, el derecho anteriormente referido, es uno de “doble vía”, debido a que no solo otorga la posibilidad de unirse a una organización, sino que en el mismo sentido establece la posibilidad de desvincularse de ella, podrá entonces este derecho manifestarse de ambas maneras (Peña Nossa, 2017, p. 4). Esto supone entonces que, como derecho de todos, se tendrá la libertad de vincularse y desvincularse y, además, dentro del ya mencionado artículo 333 de la Carta Magna, se encontrarán cuatro libertades o derecho adicionales los cuales son: la libertad de empresa, la iniciativa privada, la libertad económica y la libre competencia.

El artículo 25 del Código de Comercio el que establece que por empresa se entenderá que es la “(...) actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. Aunque la Constitución no da una definición exacta de lo que es una empresa, como lo hace el Código de Comercio, sí define la importancia que representa para la sociedad y el Estado su existencia y funcionamiento. Por ello la Corte Constitucional señala sobre el valor de la empresa que:

La Constitución no es indiferente a tal estado de cosas. Y no puede serlo por varias razones. Primero, reconoce a la empresa como base del desarrollo y establece una libertad general para su ejercicio (art. 333). Segundo, considera que la actividad económica organizada constituye una de las fuentes de empleo más

significativas, de modo que su protección es una condición de ejercicio del derecho al trabajo y de la protección del empleo (arts. 25, 53 y 334). Tercero, las empresas se inscriben en canales de producción, transformación y circulación de bienes y servicios, de cuya existencia depende la subsistencia de otros sectores de la economía y, en esa medida, un impago generalizado de las obligaciones puede afectar los derechos e intereses de los acreedores (arts. 58 y 333). Cuarto, la generación de excedentes resultantes de las actividades empresariales constituye un presupuesto de las labores de recaudo tributario (arts. 338 y 363) de cuyo éxito depende la posibilidad misma de cumplir con los fines del Estado (art. 2). Pero no solo eso. La empresa es también una instancia en la que concurren y se coordinan proyectos de vida individuales y colectivos y, en esa medida, es un escenario en el que la dignidad, la libertad y la diversidad (arts. 1 y 16) tienen su espacio (Sentencia C-237 de 2020).

Es así como tenemos que la empresa como concepto tiene un fin social que es crucial porque es a través de ella que se generan empleos, que permiten el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la creación de riqueza; además es a través de la empresa que se ofrecen bienes y servicios a los ciudadanos, lo que deberá ser una preocupación constante para el Estado. Junto a lo anterior se debe decir que, para el primer trimestre de 2023, con base en la información disponible en el Registro Único Empresarial y Social (RUES), se registraron 1.854.086 empresas activas. Esta cifra estuvo compuesta en un 95,3% de microempresas, 3,5% por pequeñas empresas, 0,9% medianas y un 0,3% de grandes, esto sobre el total nacional.

A pesar de lo mencionado previamente, para el primer semestre del 2023 la creación de empresas en Colombia tuvo una caída del 3,6% con respecto al mismo



periodo de 2022 (Escobar, 2023). Esto es bastante preocupante, en el entendido del aporte significativo de las empresas en la economía colombiana, lo cual hace que estas cifras enciendan las alarmas del Estado en temas como la consecución de la prosperidad en el país y, especialmente, la manera en que puede impactar los programas sociales del Gobierno Nacional.

Finalmente, serán los países con mayor libertad económica quienes ofrezcan mejores oportunidades para sus habitantes, donde las tasas de desempleo serán más bajas y los índices de crecimiento más altos, en este orden de ideas es muy importante que los Estados brinden seguridad jurídica a sus empresas para conseguir altos niveles de desarrollo económico y social.

## **1.2. ¿Qué es el derecho de insolvencia?**

Por lo señalado anteriormente se puede concluir que el rol de la empresa es de suma importancia constitucional, para el Estado y para la sociedad en general. Es así como vemos que, para el caso colombiano, la empresa, tal y como la plantea el legislador, tendrá una doble connotación: como actividad económica y como sujeto de derechos (Peña Nossa, 2017, p. 12). Como actividad económica se abarcará lo que viene a ser el objetivo de la empresa, mientras que al hacer referencia a la empresa como sujeto de derechos se hará referencia a la personalidad jurídica, es decir, el reconocimiento que le da el Estado a esta figura jurídica para adquirir derechos y obligaciones; es así como en conjunto veremos que estos dos conceptos interactuarán en “(...) todas las relaciones

jurídicas, en especial de naturaleza contractual, que se instauran para satisfacer las necesidades del emprendimiento en concreto” (Castro, 2016, p. 103).

Teniendo de presente el enfoque monetario de la empresa es natural contemplar un escenario en el que esta no alcance sus objetivos económicos y, debido a ello, se desencadene un conflicto de intereses con aquellos sujetos con los que se contrajo las obligaciones que se mencionaba que una sociedad comercial puede llegar a adquirir debido a su personalidad jurídica.

Es bien sabido que antes de poder gestionar o proponer una solución se debe entender cuál es el problema que se pretende solucionar. En el caso del derecho concursal no basta con decir que se está ante la presencia de una empresa en crisis toda vez que lo que se denomina crisis puede ser de varios tipos y tener muchos orígenes, incluso provenir de otra situación de crisis afrontada por la empresa. No obstante, se puede afirmar que hay tres hechos fundamentales que una compañía puede experimentar y que pondrán en evidencia que se encuentra en riesgo, sin esto significar que uno de estos hechos sea excluyente el uno del otro (Isaza & Londoño, 2008, p. 14 - 18). El primero de estos hechos es la iliquidez, es un fenómeno que se presenta en la caja cuando las actividades productivas o mercantiles de la sociedad comercial no son suficientes para el pago oportuno de las obligaciones (Isaza & Londoño, 2008, p. 18 – 19).

El segundo es la insolvencia, quizás uno de los hechos más centrales en las crisis de las empresas, consiste en un “desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible” (Isaza & Londoño, 2008, p. 19). Siguiendo este punto de vista económico, se puede decir que, la insolvencia implica que las expectativas de los sujetos que hacen parte del mercado no se amoldaron o no estuvieron acorde con la realidad y esto conlleva

a que se dé un exceso de crédito a un sujeto en dificultades; siendo esto una situación contraria a lo que presupone el mercado perfecto, es decir, un ecosistema en el que existe suficiente información para todas las partes (Moreno, 2021, p. 2).

El tercer hecho será la cesación de pagos, descrita por Isaza & Londoño (2008) como “el detonante de la crisis”. Si bien la cesación de pagos puede ser voluntaria o involuntaria –dependerá de si la empresa tiene la intención de hacerlo o no–, será a partir de este momento que se tendrá un incumplimiento de las obligaciones adquiridas y surgirá para el acreedor el derecho de cobrar la obligación (p. 19).

Como se mencionó anteriormente, los tipos y causas pueden ser distintos en cada caso. Sin embargo, estos tres hechos hacen que las empresas se vean inmersas en problemas tanto jurídicos como económicos y para lograr una solución se requerirá de un análisis detallado. Tal y cómo lo señalan Isaza & Londoño (2008), “(...) llegar a un adecuado diagnóstico de la situación, a través del cual es preciso identificar los factores y los problemas que afectan a la empresa desde el punto de vista financiero, de mercado, de producción y estratégico económico” (p. 18), porque solamente a través de un diagnóstico adecuado de esas causas que generaron la crisis se pueden llevar a cabo los correctivos para superarla. Es importante que el empresario o persona a cargo de la empresa intente establecer con prontitud las causas de la crisis para empezar a trabajar en las soluciones que permitan que las empresas se vean afectadas en menor medida (Isaza & Londoño, 2008, p. 18).

Aun cuando es de suma importancia que la empresa haga un análisis de que los llevo a esa situación, también será importante que el Estado tome cartas en el asunto, esto teniendo en cuenta el rol tan importante que desempeña la empresa en la sociedad y, aún más en tiempos modernos, donde se puede afirmar que:

Desde el punto de vista jurídico, la insolvencia de una sociedad de capital (protagonistas del mercado económico global) implica que han fallado los mecanismos societarios de control de estabilidad financiera y patrimonial, a saber: el deber de los administradores de prevenir situaciones de crisis económica, el de reducir el capital social o el de la disolución de la sociedad (Moreno, 2021, p. 2).

Es también importante –junto con el análisis de la naturaleza, causa y tipo de la crisis– que el empresario pueda definir cuál es la mejor solución para la crisis que enfrenta la empresa, ya que a partir de esto variará la respuesta no solo dentro del derecho concursal sino también en que se deberá hacer para afrontar la crisis. Por ello se debe señalar que, como se dejará claro con el desarrollo del presente trabajo, el derecho concursal o de insolvencia no puede ser la primera ni mucho menos la única respuesta a la crisis empresarial, sino que por el contrario deberá ser la última alternativa para crisis de iliquidez y pérdida de capacidad de trabajo, aun cuando con el estudio del caso específico de la empresa pueda haber otras alternativas, de nuevo, el uso del régimen de insolvencia que debe ser el último recurso (Cámara de Comercio de Medellín, 2021, 16m00s).

A pesar de que esto no siempre ha sido así, de momento se ha hecho referencia solamente a tiempos modernos, si se ha visto desde los inicios del derecho concursal que el papel del Estado, específicamente del legislador, es fundamental en la creación de normas diseñadas con la finalidad o propósito de solucionar los conflictos de interés que surgen en el mercado producto de la crisis de una empresa (Moreno, 2021, p. 4). Por esto se puede afirmar que el derecho concursal tiene “una naturaleza esencialmente funcional, en el sentido de que encuentra su justificación en la solución de los conflictos que produce la insolvencia del deudor” (Moreno, 2021, p.3). También se puede anticipar, por lo dicho

en párrafos anteriores, que este no será su único objetivo dentro de su naturaleza, sino que dentro de esta rama del derecho deberá también ser el intérprete o las partes quienes deberán tener de presente la finalidad particular del procedimiento concursal que se está utilizando (Moreno, 2021, pp. 4-5). Esta interpretación, naturalmente, no ha sido la misma a medida que han pasado los años, toda vez que desde los inicios de los procedimientos concursales se ha ido evolucionando hasta lo que se tiene en la actualidad: un derecho concursal que, mediante la intervención de organismos estatales, se le da primacía al principio de conservación de la empresa (Moreno, 2021, p. 6-7).

### **1.3. Antecedentes históricos del derecho concursal, enfoques y funciones.**

La finalidad o naturaleza del derecho concursal no siempre ha sido la misma y sostener que esta es la búsqueda de la solución de la crisis económica corresponde a un objetivo genérico, es así como el intérprete y todo el que participe del proceso deberán estar seguros de la finalidad del concurso y del procedimiento que se esté utilizando (Moreno, 2021, p. 6-7).

Cuando se observa la historia del derecho concursal, no es muy difícil concluir que la primera institución fue la de la quiebra que surgió en el siglo XIII con los estatutos de las corporaciones mercantiles en las ciudades medievales italianas. Esta era un instituto que tenía fines punitivos cuyo objetivo era la satisfacción de los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del deudor (Pulgar, 1994, como se citó en Moreno, 2021). Si bien esto es cierto, se debe dejar claro que no será objetivo de este trabajo realizar un análisis de derecho comparado. Por el contrario, el recorrido sobre las funciones

históricas que ha tenido el derecho concursal, se basará meramente en la experiencia colombiana puesto que el análisis central se limita a la normatividad del mencionado país.

Para este breve recuento histórico del derecho concursal en Colombia se tomará la clasificación didáctica que hace Vélez (2011), quien señala que derecho concursal moderno ha tenido tres etapas diferenciadas debido a diferentes coyunturas políticas y económicas del país, mostrando dentro de cada una de estas un énfasis legal diferenciado, bien sea por los objetivos, ámbito de aplicación y alcance, características o por su ejecución (p. 21 – 22).

### **1.3.1 Primera etapa: 1940 a 1969**

Es así como tendremos que para Vélez (2011) la primera de estas etapas será denominada la etapa peligrosista, la cual comprenderá un periodo de tiempo desde 1940 hasta 1969. El derecho de insolvencia nace, entonces, casi que contemporáneamente con la Segunda Guerra Mundial, y es con esto, sumado a la crisis mundial que se vivía, que el presidente Eduardo Santos solicita facultades especiales para sortear esta situación de déficit tanto económico como fiscal (p. 22). Es con estas facultades otorgadas que se expidió el Decreto 750 de 1940, el cual señalaba en su artículo primero y segundo:

**Artículo 1º.** Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones. La muerte del deudor o su retiro del comercio no impiden la declaración y procedimiento de quiebra cuando ha fallecido o se ha retirado en estado de cesación de pagos. La declaración no podrá pedirse sino dentro del año siguiente a la muerte o retiro.

**Artículo 2º.** La quiebra es inculpable cuando se produce a pesar de haber puesto el comerciante una notoria diligencia y prudencia en el manejo de sus negocios, en sus gastos personales y en todos los actos que pueda incluir de algún modo en su patrimonio.

El quebrado deberá demostrar la ausencia de culpa.

A partir de esto se puede observar, así como señala Vélez (2011) que nos encontrábamos ante una norma de talante punitivo contra el deudor (p. 22), quien, como lo señala el artículo 2 anteriormente citado, debía demostrar la ausencia de culpa, contrario al actual derecho de presunción de inocencia, transversal a todo el ordenamiento jurídico. Esta normatividad es casi una antítesis de lo que se ve en la actualidad, ya que se presumía la mala fe del comerciante y, además, “se le hacía la comerciante quebrado parte automática de un proceso penal, donde el juez del concurso podía hasta decretar la detención preventiva del deudor y condenarlo penalmente si así lo consideraba” (Vélez, 2011, p. 23). Fue dentro de esta normatividad referente a la quiebra que se hizo el primer esbozo del concordato, el cual consistía en que, si por lo menos el 80% del pasivo votaba favorablemente, se podía celebrar un acuerdo judicial que resolviera de forma amistosa la liquidación (C-015, 1997). Es así como se ve que “estos convenios se presentaron como una solución a la insolvencia de carácter negociada y conservativa, pero con una finalidad exclusivamente solutoria” (Moreno, 2021, p. 5).

Es importante resaltar que, a pesar de haber estado vigente por casi 30 años, esta normatividad no logró cumplir con los objetivos propuestos y no fue sino hasta que la Corte Suprema de Justicia decidió que el decreto era inconstitucional toda vez que el gobierno había excedido las facultades otorgadas por el legislador (Vélez, 2011, p. 23).

### **1.3.2. Segunda etapa: 1969 a 1995**

Siguiendo con este recuento histórico tendremos que para Vélez (2011) la segunda etapa, denominada Etapa Intervencionista, va de 1969 hasta 1995, época en la cual el continente Latinoamericano estuvo marcado por un gran intervencionismo por parte del Estado y Colombia no fue la excepción toda vez que lo que predominaba durante esos tiempos era un modelo autárquico que tenía como base “empresas estatales, de economía mixta o privadas de gran tamaño para la generación de crecimiento económico y empleo”. Es así como señala que, debido al proteccionismo implícito, las quiebras se prevenían sobre todo para aquellos sectores “considerados estratégicos o altamente generadores de empleo” (p. 23)

Tomando lo anterior en cuenta y que, la Corte Suprema de Justicia, había dejado al país sin régimen de insolvencia, el gobierno del entonces presidente, Carlos Lleras Restrepo, tomó la oportunidad para tramitar una nueva ley para obtener facultades extraordinarias y de esta manera expedir el Decreto 2264 de 1969 (Vélez, 2011, p. 23). Si bien este decreto no duraría mucho, sí “introdujo dos figuras novedosas: el concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio” (Vélez, 2011, p. 24). Esto haría que los denominados procesos de quiebra dejaran de tener una finalidad meramente solutoria, es decir una que se enfoca mayoritariamente en la satisfacción de los acreedores, y empezaran a incorporar una función principal que consistía en la conservación de la empresa en crisis por medio de convenios (Moreno, 2021, p. 6). Es así como tendríamos que el concordato preventivo potestativo correspondería a una figura judicial que buscaría, lo que se conoce hoy como una reestructuración y, el



concordato preventivo obligatorio, era para empresas que debido a sus características y tamaño pudieran generar un impacto en el orden público, por lo que para ellas se determinó un trámite similar, pero bajo la tutela de una entidad administrativa, esto para reemplazar al juez del concurso (Vélez, 2011, p. 24). Es importante resaltar que, aunque se empezaron a ver rasgos que pretendían la reestructuración de la empresa ese Decreto aún mantenía una ideología punitiva e incluso introdujo una tipología penal completa que “forzó a muchos empresarios, no de mala fe sino de mala suerte, al exilio o al suicidio” (Vélez, 2011, p. 24).

Dentro de los cambios producidos a partir el Decreto 2264 de 1969 también está el que empezara a existir un rol más activo por parte de la Superintendencia de Sociedades en los procesos, pese a esto no sería hasta el Decreto 410 de 1971 que se aumentarían las facultades de esta entidad toda vez que se le remueve la administración de los concordatos a los jueces y, además, dentro del artículo 1936 se menciona que serán ineficaces "las actuaciones de los jueces o de cualquier otro funcionario en detrimento de las funciones atribuidas a la Superintendencia de Sociedades" (Vélez, 2011, p. 24).

A pesar de esto, señala Vélez (2011) que para la época ya se consideraba que la normatividad vigente era inconclusa y aún necesitaba ser reformada para de esta forma poder estar más a la altura de los problemas y las situaciones que la realidad societaria y empresarial le traía, además, cuando llegó la crisis económica del 1982 –la cual afectó varias empresas del sector real– que se empezó reconocer que el marco concursal era ineficaz para lidiar “con situaciones de riesgo sistémico en la economía” (p. 25).

Para finalizar esta etapa de la historia del derecho concursal colombiano se debe mencionar una última normatividad: el Decreto 350 de 1989. Fue este Decreto el que

abriría las puertas a parte de lo que vemos en la actualidad para el derecho concursal, esto a partir de especificar en su artículo 2 el objetivo que tendría esta rama del derecho (p. 25 – 26) “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**” (énfasis fuera del texto) (Artículo 2, Decreto 350 de 1989).

Es a partir de esta normatividad, y su posterior inclusión en el Título 1° del Libro VI del Código de Comercio, que se permitió un cambio de visión en el derecho concursal el cual, como se ha venido mencionado, tenía un “sesgo peligrasista (...) que asumía por antonomasia que la insolvencia equivalía a una jugada de mala fe del empresario para defraudar a los acreedores” (Vélez, 2011, p. 26 – 27).

### ***1.3.3. Tercera etapa: 1991 a la actualidad.***

La última etapa de la historia del derecho concursal argumenta Vélez (2011) se denominará la Etapa Aperturista, la cual inicia con la expedición de la Constitución Política de 1991 y sigue hasta los tiempos actuales. Si bien el señalado periodo de tiempo ha sido una época de muchos cambios para el país y el régimen societario, aunque se tardó, no fue la excepción (p. 27).

La Ley 222 de 1995, mediante la cual se reformó el Código de Comercio de 1971, fue el primero de estos cambios. A través de ella se unificó el concurso, es decir se consolidaron los tramites aplicables a todos los deudores –consistiendo entonces de un

acuerdo de recuperación de los negocios del deudor o de un concurso liquidatorio<sup>1</sup>—, se despenalizó la conducta que tipificaba el delito de quiebra, se conservó el objetivo recuperatorio anteriormente mencionado, entre otros (Isaza & Londoño, 2008, p. 2 – 3). Sin embargo y, nuevamente a una crisis —en este caso la crisis inmobiliaria que empezó en 1998—, de nuevo el derecho concursal debió adaptarse ya que la normatividad contenida en la Ley 222 de 1995, a pesar de que era avanzada, se quedaba corta al momento de afrontar una caída o colapso generalizado de la economía, toda vez que contaba con un proceso que no era muy flexible y que era muy formal (Vélez, 2011, p. 28).

Fue con base en esto que se creó la Ley 550 de 1999, con la cual por primera vez se desjudicializó el proceso recuperatorio, dejando sin mucha alteración el proceso liquidatorio, el cual seguía estando regido por las normas de la Ley 222 de 1995 (Isaza & Londoño, 2008, p. 6). Es con esta norma que se introducen conceptos como el acuerdo de reestructuración, promotor, empresa viable (Vélez, 2011, p. 29). Además, a partir de esta normatividad la Superintendencia de Sociedades siguió el camino que se ha venido mencionando, en el sentido que, continuó aumentando sus funciones dentro del proceso (Vélez, 2011, p. 29).

A pesar de sus aportes al derecho concursal, la Ley 550, se había concebido desde el principio como una norma temporal diseñada para conjurar la crisis sistémica y por lo tanto su vigencia de cinco años, prorrogada por dos más, finiquito para las sociedades mercantiles en 2007, colindando casi con la actual Ley 1116 de 2006.

---

<sup>1</sup> Eliminando consigo la anticuada figura de la quiebra.

#### 1.4. Funciones del derecho concursal y tendencias actuales

Es a partir de este breve recuento histórico del derecho concursal que se pretende, además de contar la historia de esta rama del derecho en Colombia, también ir mostrando cómo ha ido evolucionando dentro de sus definiciones y funciones. Como se mencionó en párrafos anteriores, la justificación de la existencia del derecho concursal no es más que: tratar de resolver el conflicto de interés que surge entre deudor y acreedor, cuando este primero sufre una situación llámese de iliquidez, insolvencia, cesación de pagos o los tres juntos. Así mismo, y como se vio también en lo relatado en párrafos anteriores, la solución a este conflicto de intereses nunca ha sido igual. Sin embargo, Moreno (2021) afirma que:

El Derecho de insolvencia ha cumplido varias funciones a lo largo de su historia; en un primer momento, cumplió una función exclusivamente solutoria, identificada con la satisfacción de los acreedores perjudicados por la insolvencia del deudor cuyo patrimonio resultaba insuficiente para el cumplimiento de sus obligaciones. En una segunda etapa (que podemos extender hasta el momento actual), el Derecho concursal ha desarrollado una función conservativa de la empresa en crisis, principalmente a través de instrumentos reorganizativos de los elementos que integran la empresa. Asimismo, el Derecho de la insolvencia ha desempeñado una función represiva de los deudores que no pueden satisfacer de forma ordenada los créditos que asumen (p. 3).

Es exactamente esto lo que se ve en la evolución del derecho concursal colombiano, donde vemos unas etapas del derecho concursal en las que se inicia con un derecho concursal punitivo hacia el deudor y con firmes intenciones de lograr la

satisfacción de los acreedores. Sin embargo, y a medida que el legislador le va otorgando una mayor relevancia al concepto de empresa, se ve una clara tendencia cada vez más clara hacia la conservación para de esta manera poder proteger, no salvaguardar a la persona (empresario) y su libertad de ejercer una actividad económico, sino proteger una institución que la Constitución como base de la economía de la sociedad (Montiel, 2019, p. 125). También es de notar que autores como Moreno (2021) señalan que el procedimiento concursal es aquel que logra, a través de la intervención de órganos judiciales, la conservación de la empresas, así como la satisfacción de los acreedores (p. 7). Es debido a esto que también se debe concluir que, si bien las corrientes actuales de derecho concursal están enfocadas hacia la conservación de la empresa, no se podrá dejar de lado o ignorar que los procesos también tienen como finalidad igual de importante la satisfacción del acreedor; el cual, dependiendo del tipo de acreedor, puede llegar a ser la parte más débil del proceso.

La función conservativa no es menor dentro del régimen de insolvencia. Esto aplica especialmente dentro del Régimen Insolvencia colombiano establecido dentro de la Ley 1116 de 2006 puesto que, adelantando parte de lo que se analizará más adelante en el trabajo, en el primer artículo de esta norma se consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley *tiene por objeto la **protección del crédito** y la **recuperación y conservación de la empresa** como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo*, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor (énfasis fuera de texto).

De esta forma se puede ver, primero el lugar tan importante que el legislador le da a la función conservativa, ya que es uno de los tres objetivos principales de la normatividad. Esto se encuentra acorde con lo señalado por la Corte Constitucional en el sentido que:

ha de entenderse que los procesos concursales, como procesos de carácter universal, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vean avocadas de manera ineludible a su liquidación. Es decir, se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas, por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad (Sentencia C-854 de 2005).

Se puede afirmar entonces que con la función solutoria el legislador lo que pretende es precisamente que la empresa no se liquide de buenas a primeras. Si bien a cambio de esto se deberán sacrificar intereses de índole particular, también se deberá entender que, debido a la importancia que tiene la empresa en la sociedad, la salvaguarda de ella será también interés de todos sus miembros (Montiel, 2019, p. 140 – 141). Para ahondar más en este punto del interés colectivo que se debe ver en la recuperación de la empresa que se pone en consideración lo señalado por la Corte Constitucional con respecto a que:

La empresa, vista desde esta nueva perspectiva constitucional, se erige, como el propio Estatuto Superior lo plantea, **en base del desarrollo económico** y, por

ende, **en fuerza motora del bienestar de los individuos**. Esta nueva concepción de la actividad empresarial implica que ella se encuentre inescindiblemente relacionada con la efectividad de valores, principios y derechos constitucionales tales como la dignidad de la persona (C.P., artículo 1°), el libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16), el derecho al trabajo (C.P., artículo 25) y la libertad de escoger profesión u oficio (C.P., artículo 26). En efecto, la empresa se constituye en uno de esos ámbitos privilegiados dentro de los cuales la persona puede desarrollar su libertad y sus anhelos de realización a través del ejercicio de una profesión u oficio determinados. Es así como el valor del trabajo cobra una especial significación dentro del ámbito de la actividad empresarial (énfasis fuera de texto) (Sentencia T-222 de 1997).

Lo anterior reafirma aún más la importancia de la recuperación de la empresa en crisis, demostrando que el rescate de ella no será solo relevante sino para el empresario o los acreedores, sino para la sociedad en general; toda vez que esta figura contará con especial protección por parte del Estado (Montiel, 2019, p. 140 – 143). Esto debido a que más allá de desarrollar la economía –como se mencionó en el numeral 1.1 del presente trabajo– también la empresa llevara al desarrollo del individuo a través del trabajo, sus anhelos personales, profesionales y, en general, la libertad y la vida digna que igualmente gozan de protección constitucional (Montiel, 2019, p. 142– 143).

Autores como Montiel (2019) señalan que la importancia de la empresa es tal que, han sido varias las ocasiones, que la Corte Constitucional han realizado juicios de proporcionalidad en casos de sociedades comerciales en crisis y ha optado por sacrificar temporalmente asuntos como los derechos económicos de los trabajadores, con el fin de

que de esta manera prime el interés social en la recuperación de la empresa (p. 143 – 147).

Es por ello por lo que los procedimientos de Reorganización Empresarial, introducidos en la Ley 1116 de 2006 como se mencionará más adelante, son pilar fundamental en el Régimen de Insolvencia en Colombia, porque será a través de estos que el legislador buscará concretar la función conservativa que le permita a las empresas recuperarse de las crisis, proteger el sistema de crédito y el empleo.

Ahora, es importante aclarar que, así como se mencionaba sobre la satisfacción de los acreedores, la función solutoria no ha desaparecido de los procesos concursales<sup>2</sup>. Sin embargo, sí se le ha restado importancia. Esto hace que, en cierta medida, se perjudique a algunos acreedores, esto de no seguirse los principios del derecho concursal como la eficiencia y racionalidad; ya que para ellos será más conveniente las opciones como la venta unitaria de la empresa o alguna otra opción que les permita recuperar su acreencia de una forma más expedita (p. 10). Es de esta forma que se puede ver que la función conservativa y la solutoria puede llegar a tener tensiones, sobre todo en los ordenamientos jurídicos que aún contemplan las dos funciones dentro de su régimen de insolvencia, como lo hace el colombiano, como se mostrará más adelante en el trabajo. Por ello deberá ser el juez del concurso quien realice un análisis intrínseco del derecho de insolvencia, un análisis tanto jurídico como económico, para de esta manera concluir si se le debe dar prevalencia a la función conservativa o a la solutoria, esto es, definir qué mecanismos se utilizarán para resolver el conflicto de intereses de que esta implicando la crisis de la empresa.

---

<sup>2</sup> Señala Moreno (2021) que la función solutoria aún sigue vigente en las normatividades de muchos países tales como Alemania, España, Italia, Argentina y, por supuesto, Colombia (7 – 10)



### **1.5. Análisis económico del derecho: ¿Qué es un incentivo económico en el marco del Régimen de Insolvencia?**

En esta parte se aborda la economía como un eje central del derecho concursal, cómo se relaciona esta con el derecho y, por último, cómo afecta el derecho concursal.

Primero que todo debemos entender que, si bien la economía y el derecho son áreas diferentes se complementan e incluso se podría decirse que:

(...) el derecho se encuentra al servicio de la economía en la medida en que el primero debe instrumentar una realidad donde la economía es solo un aspecto, pero también es evidente, que la norma jurídica está llamada a llenar ciertos vacíos de la realidad económica con criterios prudenciales que escapan por completo a las simples tendencias de una economía de mercado en pleno funcionamiento (Velilla, 2013, p. 104).

Es así como vemos el complemento que estas dos áreas tienen entre sí y, como Velilla (2013) señala, son varios los casos en los que se ve esta relación presente como lo es para el caso de los bienes y servicios colectivos, también el de las economías de escala y las concentraciones económicas (p. 108) o, el caso de estudio de este trabajo, las repercusiones que puede llegar a tener la insolvencia de una empresa.

En este mismo sentido vemos que, en general, el derecho interviene cuando los efectos de la economía o la sociedad o a un colectivo de personas no son los tutelados,

en este caso por la Constitución Política de 1991 (Velilla, 2013, p. 108)<sup>3</sup>. No será solo sobre derechos colectivos donde vendrá a colación la relación de estas áreas, sino que también estará presente cuando ocurran, dependiendo de su impacto y el debido juicio de proporcionalidad, desbalances dentro de la economía y se necesitará de intervención por parte del derecho y, claramente, a través del operador que tenga potestad de aplicarlo dentro del ordenamiento jurídico; véase esto como legislador, jueces o alguna entidad gubernamental que tenga estas potestades (Velilla, 2013, p. 104, 108 - 109)<sup>4</sup>.

Esto último debe ser relacionado con lo citado en uno de los capítulos iniciales del presente trabajo y señalado por Moreno (2021) en el sentido de que la insolvencia, desde un punto de vista económico, es una falla de mercado producto de que no se amoldaran a la realidad de un sujeto –llámese empresa o sociedad comercial– y su capacidad de crédito. Así mismo, se vuelve a hacer notar que, para el ordenamiento jurídico, la insolvencia indica que hubo una falla en los mecanismos societarios que controlan la estabilidad financiera y patrimonial (p. 2).

Es en este punto del trabajo se debe señalar, teniendo en cuenta un análisis económico del derecho, cómo el juez concursal deberá tomar la decisión de qué función concursal deberá primar y a qué procedimiento concursal deberá encaminar a la empresa; ya que, como se ha mencionado, no serán todas las empresas las que su realidad les

---

<sup>3</sup> Señala Velilla (2013) a modo de ejemplificación de casos en los que el derecho debe intervenir en la economía las siguientes situaciones:

Las repercusiones de la actividad individual sobre el medio, al contaminar el aire o el agua, o por el contrario, al proporcionar prosperidad a la población circundante, deben ser evaluadas y reguladas a través de normas jurídicas. La indiferencia de la economía de mercado a la desigual distribución de la riqueza exige que las instituciones jurídicas intervengan, a través de disposiciones fiscales, subsidios, seguridad social, para asegurar la justicia distributiva. La necesidad de los actores de la vida económica de que existan reglas de juego claras para enfrentar con cierta seguridad el futuro exige que se expidan normas jurídicas de planeación y políticas económicas que traduzcan la voluntad colectiva de orientar deliberadamente el desarrollo (p. 108)

permita recuperarse, sino que para evitar mayores perjuicios a los acreedores deberá tomar el juez del concurso tomar la decisión de que se liquide.

Por lo anterior, deberá la función conservativa encontrar un límite y este se encontrará a partir de un análisis económico funcional (Moreno, 2021, p. 11). Teniendo como base lo anterior, será el juez del concurso quien deberá analizar si se encuentra ante una de las siguientes situaciones: *economic distress* o *financial distress*. Para la primera señala Moreno (2021) nos encontramos ante una empresa que, aunque en funcionamiento, tiene un valor negativo el cual será inferior al valor de liquidación. En la segunda señala que el problema de la empresa consistirá en una mera imposibilidad para pagar, sin embargo, su valor de funcionamiento será positivo (p. 11). Es así como veremos que aquellas empresas que le será posible la reorganización serán aquellas que se encuentren en *financial distress*, toda vez que las finanzas de estas empresas reflejaran que su valor es más positivo con la empresa activa que si se liquida (Moreno, 2021, p. 11).

A partir de lo anterior veremos entonces que el juez concursal deberá realizar el siguiente análisis de acuerdo con los estados financieros e información económica que reciba de la empresa:

Siguiendo este criterio, si la maximización del valor de la empresa se consigue a través de la venta de activos y pasivos a terceros, la solución económica adecuada será la liquidación. En cambio, si el valor de la empresa en funcionamiento (esto es, a través del ejercicio de su actividad) es mayor que el valor previsible de liquidación de sus elementos, la solución más eficiente a la situación de crisis de será la conservación de la empresa a través de su reestructuración (o su venta unitaria) (Moreno, 2021, p. 11).

Omitir esto, es decir, tratar una empresa inviable como viable, podría causar traumatismo al momento de resolver el conflicto de interés de los acreedores, puesto que no será una solución eficiente a su conflicto de intereses e incluso podría generar una situación de insolvencia a aquellas personas que se encontraban con una deuda más expuestas al deudor (Moreno, 2021, p. 11). Es así como veremos que entre la función conservativa y la solutoria del derecho concursal habrá tensiones toda vez que, a partir de todo lo señalado, deberá el juez concursal decidir por cuál es más conveniente optar. No se podrá en estos casos caer en la tendencia de pretender la recuperación de la empresa a toda costa pues, como se mencionó, puede que esta no sea la mejor solución ni mucho menos la que mejor resuelva el conflicto de intereses entre acreedor y deudor.

Ahora, teniendo como base el análisis económico del derecho, se deberá entender que no podrá simplemente la empresa viable acudir a un proceso a pretender su conservación, puesto que no bastará con solo esto para lograrlo, por el contrario, veremos que el legislador deberá intervenir en este tipo de procesos a través de la puesta en marcha de lo que denominaremos incentivos. Estos serán importantes al momento de analizar el éxito o el descalabro de las medidas celebradas por el Estado con la intención de proteger a la empresa, el empleo y el sistema de crédito.

Tendremos que incentivo se refiera a “Estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos” (Real Academia Española, 2022, definición 2). Es así como dentro del derecho concursal tendremos que los incentivos serán aquellos mecanismos que tengan como objetivo que el acreedor y deudor puedan adoptar medidas especiales que permitan a las empresas recuperarse de su situación financiera, proteger el empleo y, por último, pagar sus obligaciones o acreencias (Isaza, 2021, p. 55).



## **CAPÍTULO II: Régimen de insolvencia empresarial colombiano**

Es en esta parte del trabajo que se hará menester hablar de la normatividad de la cual sus conceptos se han estado señalando y explicando, es importante resaltar que lo que se señalará sobre estas normas no incluirá un análisis procedimental sino que, de manera que se puede cumplir con el objetivo del mismo, lo que se pretende es identificar los incentivos que pueden haber dentro de la norma para de esta manera y con base a lo señalado poder reconocer o concluir si estos son relevantes o no dentro del régimen de insolvencia colombiano.

### **2.1. Ley 1116 de 2006.**

La Ley 1116 de 2006 configura el Régimen de Insolvencia vigente en Colombia. Según se mencionó en el recuento histórico, su promulgación se da como resultado de diferentes avances en materia concursal, que se habían conseguido en el país desde mediados del siglo XX, luego con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la apertura de Colombia a la economía y finalmente para atender las necesidades de las nuevas dinámicas económicas que ya se vivían en Colombia en los primeros años del siglo XXI. Los temas principales que regula este régimen de insolvencia son el proceso de reorganización, la liquidación judicial y la insolvencia transfronteriza. Desde la entrada en vigor del Régimen de Insolvencia en Colombia, que fue a partir del 27 de junio de 2007, los sujetos objeto del mismo fueron definidos por el artículo 2 de la Ley 1116:

Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las personas jurídicas no excluidas de la aplicación de este, que no realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales

Lo anterior, estableció un cambio significativo en el ámbito de aplicación del Régimen de Insolvencia en Colombia, pues, como lo señala Isaza & Londoño (2008), la Ley 550 de 1999 reservó la aplicación de sus mecanismos a las personas jurídicas que desarrollan actividades empresariales y a los entes territoriales (p. 37), estos últimos que se encuentran excluidos expresamente en el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006.

Como se ha sostenido, la función del régimen de insolvencia en Colombia es crucial para protección de la economía, pues les permite a las empresas contar con una segunda oportunidad para sus negocios en medio de crisis manifestadas en la caja y en las finanzas de la empresa, pues como se mencionó, estas son las que pueden ser resueltas a través del trámite concursal. También se observa a partir de esta normatividad que existe una relación de necesidad entre el Régimen de Insolvencia y la economía del país, pues, en la medida que exista un ecosistema que le permita a las empresas superar las crisis, se beneficiará la economía en Colombia, puesto que se protegerá el empleo, la empresa y el sistema de crédito, como se señala desde el artículo primero de la normatividad. En ese mismo sentido, también es importante contar con una economía sana que proteja a las empresas de entrar en esas crisis, un sistema de crédito potente que acompañe a las empresas en su crecimiento y permita la creación de empleo.

También podremos ver que en la medida que más empresas puedan superar una crisis, las normas que consagran el proceso de reorganización se considerarán mejores. Sin embargo, esto puede llevarnos a un error porque, como lo hemos explicado antes, la salvación de una empresa en crisis también depende, quizás en mayor medida, de las condiciones particulares que causaron la crisis en cada empresa y de las estrategias que se puedan implementar para corregir esas causas. Lo anterior destaca la importancia de tener un proceso de reorganización ágil, eficaz y moderno que permita impulsar a las empresas a recuperarse de las etapas de crisis.

La función conservativa del derecho concursal es aquella que se encarga de la protección del deudor que se encuentra en crisis. En efecto, “La Ley consagra una finalidad tripartita para los procedimientos concursales: la protección de crédito, de la empresa y del empleo” (Rodríguez, 2007, p. 33). Si bien se puede caer en el error de pensar que siempre la mejor solución a una crisis será la recuperación de la empresa, esto no necesariamente será de esta manera. Así se reconoce por la Ley 1116 cuando señala que no todas las empresas en crisis son susceptibles de acudir a un proceso de Reorganización, porque de acuerdo con la norma solo se buscan preservar las empresas “viables”, lo que fue descrito expresamente de la siguiente forma: “El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos” (artículo 1 de Ley 1116 de 2006). Es así como las empresas que el juez no considere viables no podrán normalizar sus relaciones comerciales a través de un proceso de reorganización.

En contraposición a lo expresado en el párrafo anterior, Rodríguez (2007) asegura que la utilización del adjetivo “viables” genera dificultades, porque mal haría la Ley en



definir qué es una empresa viable (p. 34). Los jueces en cada caso en particular deben determinar la viabilidad de la empresa en cuestión teniendo en cuenta las consideraciones particulares de cada empresa. El peligro que presupone una definición por parte de la ley para esa viabilidad de las empresas es que pone en riesgo a empresas que tienen expectativas de superar la crisis, por lo tanto, es vital que se mantengan la discreción por parte juez del concurso para la protección de las empresas en la economía.

El proceso de reorganización en Colombia consagrado en la Ley 1116 de 2006 busca “preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”. Se adelanta ante el juez del concurso que es la Superintendencia de Sociedades. A este proceso de reorganización se suman los procesos de reorganización del Decreto 560 de 2020. En este se establecieron procesos de reorganización expeditos para atender las empresas en crisis durante la emergencia, a través del Proceso de Negociación de Emergencia de Acuerdos de Reorganización (NEAR), que tiene una duración máxima de tres (3) meses, y del Procedimiento de Recuperación Empresarial (PRES), que es un proceso de reorganización que se adelanta ante las Cámaras de Comercio de la jurisdicción del deudor.

De acuerdo con las cifras de la Superintendencia de Sociedades, desde el año 2020 se presentaron 4.031 solicitudes de insolvencia hasta el último corte presentado en marzo de 2023. De esas 2.921 solicitudes han sido de reorganización y las 1.116 solicitudes restantes han sido de liquidación (Superintendencia de Sociedades, 2023).

### **2.1.1. Incentivos dentro de los procesos de reorganización de la Ley 1116 de 2006.**

Algunos de los incentivos que se pueden encontrar en la Ley 1116 de 2006 son:

1. Término para celebrar el acuerdo de reorganización: No puede ser superior a 4 meses, establece expresamente que no se puede prorrogar este término y que las partes pueden acordar celebrar el acuerdo en un término inferior a los 4 meses (Art. 31).
2. El legislador estableció que el pago de las acreencias objeto de reorganización no sea inferior al valor de capital de estas, a menos que tales estipulaciones (Art. 33):
  - a. Sean aprobadas con el voto favorable de un número plural de acreedores superior o igual al 60% del total de votos admisibles, de los acreedores externo cuyas acreencias sean afectadas y sin participación de los acreedores internos (Art. 33 – 1).
  - b. O que cuenten con el consentimiento del acreedor externo que sea afectado (Art. 33 – 2).
3. Las empresas que hayan celebrado acuerdo de reorganización no estarán sometidas a renta presuntiva a partir de los primeros tres años contados a partir de la confirmación del acuerdo (Art. 40).
4. Devolución de la retención en la fuente que se le hubiera practicado por cualquier concepto desde el mes siguiente a la fecha del acuerdo y por un plazo máximo de 3 años (Art, 40, Par 2°).
5. Para los inversionistas que realicen nuevas capitalizaciones que generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del

acuerdo de reorganización, gozarán de prelación de la DIAN, pero además al momento de la liquidación tendrán prelación (Art. 41).

6. Cambio en los plazos establecidos por el Código de Comercio para el pago en el capital de los deudores reestructurados, siempre que se haga sin exceder el plazo límite para la ejecución del acuerdo (Art. 42).

## **2.2. El régimen de insolvencia durante la pandemia del COVID-19**

La pandemia del COVID-19 obligó al Gobierno Nacional, en cabeza en ese momento del presidente Iván Duque Márquez, a expedir el Decreto 560 de 2020 con la finalidad de establecer medidas acordes a la emergencia y que le permitiera a las empresas afectadas sobrellevar de la mejor manera la situación de contingencia durante el inicio de la pandemia en Colombia, pues, ante la inminente crisis estas iniciaron a presentar dificultades que dificultaban su estabilidad, sus finanzas y, en algunos casos, su sobrevivencia. Debido al aislamiento y cierre total se tuvo que parar la actividad económica de muchas empresas completamente, como aquellas que desarrollan actividades pertenecientes al mundo del entretenimiento, lo que aumentó la previsibilidad de la crisis. Por ello, el Decreto buscaba brindar incentivos económicos, tributarios, agilizar los tiempos antes de la crisis para garantizar que más empresas se mantuvieran en la economía y no fueran cerradas afectando el empleo, la empresa y el sistema de crédito.

En Colombia las MIPYMES “aportan alrededor del 40% del PIB y el 78% de la fuerza laboral del país” (Guerrero, 2022). Por lo tanto, es vital para la economía

colombiana que los incentivos económicos que se le ofrezcan a estas empresas cuando se enfrenten a crisis puedan contribuir a la recuperación de su estabilidad financiera y que esto, a su vez contribuya con la protección del empleo y del sistema de crédito, porque la quiebra de una sociedad comercial representa un costo muy alto en la economía, pues con su desaparición también se pierden los empleos, se afecta en gran medida el sistema de crédito y la sociedad en general.

Lo anterior, resulta mucho más relevante en la medida que los incentivos económicos ofrecidos a las empresas en crisis durante la pandemia, que se encuentran en el Decreto 560 de 2020, fueron el resultado de una política del gobierno para reactivar la economía, pero eran incentivos que solo se otorgaron a las empresas que habían entrado en crisis con ocasión de esta emergencia sanitaria, como se señala en el referido Decreto: “Las herramientas aquí previstas serán aplicables a las empresas que se han afectado como consecuencia de la emergencia antes mencionada” (Decreto 560, 2020, Art. 1).

Una vez más, el derecho concursal cumple una función reactiva ante la crisis, quizás inimaginable a comienzos de 2020 en Colombia. Tal y como los antecedentes normativos mencionados previamente, que surgen a partir de una crisis en la economía que llevan a los gobiernos a actuar y producir normas para la contingencia, o lo que sería igual, a un “criterio histórico que consulta la experiencia que el país ha venido acumulando, a partir tanto de la aplicación de los estatutos anteriores como de las características de las crisis que han afectado a la economía en las últimas décadas” (Isaza & Londoño, 2008, p. 1).

En el caso particular del Decreto 560 de 2020, se implementaron incentivos debido a que “el régimen concursal actual carece de estímulos suficientes a la financiación del

deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización y, en consecuencia, una simple crisis de liquidez puede derivar en la liquidación de una empresa viable” (Decreto 560, 2020). Esto resulta preocupante en un país como Colombia, donde hay altas tasas de desempleo y donde estas dificultades en la economía representan un obstáculo constante hacia el desarrollo social y empresarial que debe seguir el país. Es así como, se puede señalar que, en la medida que las empresas cuenten con mejores herramientas para seguir adelante en medio de una crisis, la economía colombiana será más grande y junto con ella irá el desarrollo de todo el país. Sin embargo, para que esto ocurra se necesitará que haya las condiciones normativas óptimas. No obstante, como nuevamente señala la justificación del Decreto 560 de 2020:

(...) el régimen de insolvencia empresarial vigente carece de herramientas específicas que permitan a los acreedores evitar la liquidación de las empresas a través de la inyección de capital nuevo, lo cual deriva en la muerte de muchas empresas que, a pesar de ser viables, no lograron superar una crisis de liquidez. (Decreto 560, 2020).

Con posterioridad a la expedición del Decreto 560 de 2020, se expidió el Decreto 772 de 2020 el día 3 de junio, con las facultades otorgadas al en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y para la protección especialmente de las pequeñas empresas, aquellas que tenían activos por cinco mil salarios mínimos mensuales vigentes. Con esta normatividad se crean los procesos de reorganización abreviada para pequeñas insolvencias, con el fin de atender de forma expedita los casos de empresas que con ocasión de la pandemia se vieron afectadas en su operación y debían acudir a proceso de reorganización. Por otra parte, se crea el proceso de liquidación judicial simplificada para pequeñas insolvencias, para

agilizar el proceso de liquidación en las mismas condiciones de las empresas señaladas anteriormente.

Lo anterior demuestra que son muchas empresas las que se ven afectadas por el régimen de insolvencia en Colombia, por lo que resulta importante que el Estado brinde las condiciones adecuadas para que esas empresas se vean afectadas en menor medida en medio de una crisis. De acuerdo con cifras de la Superintendencia de Sociedades, para comienzos del año 2023 se encuentran 3.246 procesos de reorganización vigentes en Colombia, de los cuales 2.607 atienden a procesos en ejecución, 405 procesos en trámites, 175 procesos de Reorganización Abreviada y 59 Procesos de Negociación de Emergencia (NEAR) y que suman entre todos 155.486 trabajadores inmersos en estos procesos. Lo anterior, nos muestra la importancia del Decreto 560 de 2020 y los demás decretos que entraron en vigor durante la pandemia para crear nuevos procesos y agilizar los que existían. Sin embargo, la participación que tiene la Ley 1116 de 2006 sigue siendo fundamental en los procesos de insolvencia en Colombia. Por lo tanto, es vital para las empresas en Colombia definir el futuro del régimen de insolvencia en Colombia y la importancia de integrar lo integrarán los decretos emitidos con ocasión de la pandemia.

La siguiente gráfica de la Superintendencia de Sociedades nos muestra el incremento en el total de solicitudes de insolvencia presentadas ante la entidad desde el año 2014:

## Total Solicitudes de Insolvencia 2014 – 2022

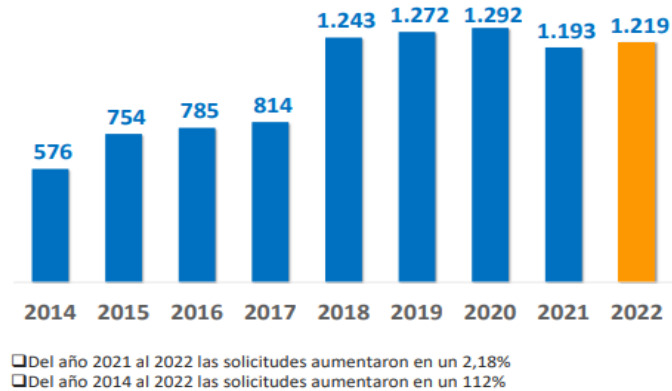


Imagen 1

Fuente: Superintendencia de Sociedades (2023).

### 2.2.1. Decreto 560 de 2020

El Decreto 560 de 2020 fue promulgado el día 15 de abril de 2020 con la intención de proteger las empresas de los efectos adversos, que se vislumbraban ya a inicios de 2020 en Colombia, donde la pandemia tardó un poco en llegar y ya causaba estragos en otras latitudes. El gobierno rápidamente cerró sus fronteras, expidió los decretos estableciendo la emergencia en el territorio nacional y con la expedición del Decreto 560 de 2020 se buscaba agilizar e incentivar los procesos de insolvencia durante esta contingencia. Dentro de la sentencia de la Corte Constitucional, que decretó la constitucionalidad de esta norma destacando el papel de la empresa como motor de desarrollo, lo cual, hizo en los siguientes términos:

No obstante, la Corte encuentra que concurren dos razones que justifican declarar la constitucionalidad de la regulación antes referida. Primero, es posible afirmar que la modificación de la posición jurídica del acreedor en lo que se refiere a su garantía es, en este caso y en las condiciones actuales de emergencia, una forma de favorecer la obtención de crédito por parte de la empresa a fin de propiciar su continuidad como fuente de empleo, así como motor y base del desarrollo (art. 333) (C-237, 2020).

La vigencia del decreto en principio fue de dos (2) años a partir de su expedición el día 15 de abril de 2020, sin embargo, en diciembre de 2022 ante la inminente pérdida de vigencia de la norma, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2023. En general, es una norma pensada para las empresas que enfrentan una situación crítica con ocasión de la pandemia, requisito sin el cual las empresas no pueden acceder al proceso de reorganización establecido en el decreto como lo hemos mencionado previamente.

El siguiente informe presentado en la revista Portafolio no brinda una mirada del impacto del decreto, pues, en septiembre de 2020 ya había un número significativo de empresas aprovechando los beneficios otorgados por este, como se puede apreciar a continuación:

El temor por una avalancha de solicitudes de insolvencia es uno de los resultados que está dejando la pandemia de la covid-19 en el tejido empresarial. Un balance presentado por la Superintendencia de Sociedades evidenció que, en lo corrido del año, se han presentado 852 peticiones para este tipo de procesos y, de ellas, 624 se dieron entre abril y septiembre.

En estos meses la entidad ha recibido 488 solicitudes para reorganización y 136 de liquidación. En conjunto, las compañías que han pedido acceder a procesos de



insolvencia, ya sea en el marco de la Ley 1116 o de los decretos 772 y 560, emitidos durante el estado de emergencia para facilitar estos procesos, suman \$6,75 billones en activos, y emplean a 26.967 personas (Becerra, 2020).

Lo anterior, nos muestra otra vez la importancia de este decreto para la economía nacional, porque el impacto en la creación de empleo es muy importante. Para el 2020, los empleos que se veían afectados por los procesos de insolvencia eran casi 27.000, pero como lo mencionamos anteriormente en la actualidad en Colombia se adelantan procesos de insolvencia que afectan más de 150.000 puestos de trabajo.

### **2.2.2. Incentivos económicos dentro de los procedimientos transitorios establecidos en el Decreto 560 de 2020.**

Los incentivos consagrados en el Decreto 560 de 2020 brindan un acceso expedito a los procesos de reorganización, la auditoría de la documentación aportada será de responsabilidad exclusiva del deudor lo que sin duda ayuda a agilizar los términos de los procesos (Art. 2). También, el Decreto brinda la posibilidad de pagar pequeños créditos hasta por el 5% del total del pasivo externo sin autorización de la Superintendencia de Sociedades, tampoco se requerirá la autorización del Juez del Concurso para vender activos y pagar las obligaciones siempre que no se supere el valor de las acreencias objeto de pago (Art. 3). Los incentivos antes señalados son muy importantes porque quitan trabas a los procesos y agilizan el pago de acreencias por montos menores sin necesidad de autorización del Juez del Concurso.

El artículo 4 del mencionado Decreto establece mecanismos de alivio financiero, como la capitalización de pasivos en el acuerdo de reorganización por parte de cada acreedor, la posibilidad de hacer una descarga de la deuda cuando el pasivo del deudor sea superior a su valoración como empresa, o el perfeccionamiento de pactos de deuda sostenible. Igualmente, en el artículo 5 se brindan estímulos para la financiación del deudor, como es la preferencia postconcurzal, siempre que se haga entre el inicio del proceso de reorganización y la confirmación del acuerdo.

Por otro lado, se otorgaron beneficios tributarios para las empresas en crisis como lo son la exoneración de retención en la fuente (Art. 12), anticipos de IVA del 50% y la exoneración de renta presuntiva para el año 2020 lo cual es una medida significativa para las empresas en crisis (Art. 14).

### ***2.2.3. La transitoriedad de las normatividades del Estado de Emergencia Social y Ecológica***

El Decreto 560 de 2020 inicialmente tenía una vigencia de 2 años, tal y como se señalaba en su artículo 1, lo anterior correspondiendo al principio de temporalidad que puede tener las normatividades y que, claramente, esta normatividad tuvo debido a que se concibió bajo el amparo de la emergencia económica, social y ecológica (Isaza, 2021, p. 16). Sin embargo, y como se sabe que la razón de ser de una normatividad es principalmente la necesidad de esta, en el 2022 con la expedición de la Ley 2277, se extendió la aplicación de la normatividad. Lo anterior se hizo a partir del artículo 96 de la

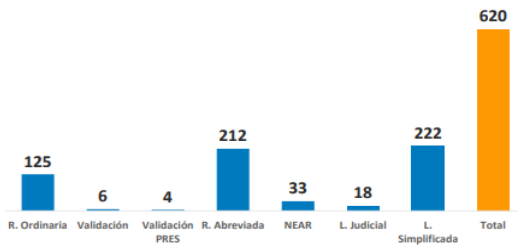
mencionada Ley, el cual consagró que el Decreto 560 de 2020 y sus decretos reglamentarios fueron prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 2023.

Con base a lo anterior y tomando lo que señala Isaza (2021), se debe concluir que, con esta normatividad que extiende la vigencia del Decreto, el legislador está señalando implícitamente, primero, que las razones que motivaron la expedición del Decreto se prevé que persistirán hasta el 31 de diciembre de 2023 (p. 16) y, segundo, que la normatividad se encuentra cumpliendo sus objetivos y es funcional para las empresas que se ven inmiscuidas dentro de las situaciones que menciona el Decreto 560 de 2020 y que están intrínsecamente relacionados con la emergencia sanitaria.

Se debe puede señalar el éxito de esta normatividad al ver que, a diferencia de otros casos que ha tenido el país de normatividad transitoria, las "normas concursales expedidas bajo la emergencia no derogan las del régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006, al contrario, les facilitan a las empresas el derecho a escoger, a su mejor conveniencia, si se acogen al proceso de reorganización empresarial o al de liquidación judicial" (Isaza, 2021, p. 16).

El éxito de la normatividad no solo es cuantitativo, pues desde su expedición incrementaron las solicitudes de insolvencia, sino que también es cuantitativa porque las empresas cuentan con mejores herramientas para llevar a cabo sus procesos de insolvencia, desde 2020 los procesos de insolvencia se han diversificado, y no se han limitado a la Reorganización y Liquidación Judicial consagrada en la Ley 1116 de 2006, permitiéndolo a las empresas en crisis contar con procesos de insolvencia más ágiles y eficientes. Lo anterior, queda demostrado en las siguientes graficas de la Superintendencia de Sociedades:

**Solicitudes de Insolvencia Bogotá / Enero – Diciembre 2022**



**Solicitudes de Insolvencia Regionales / Enero – Diciembre 2022**

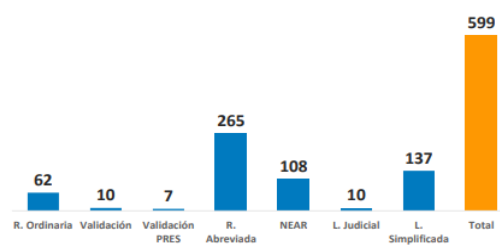


Imagen 2

Fuente: Superintendencia de Sociedades (2023).

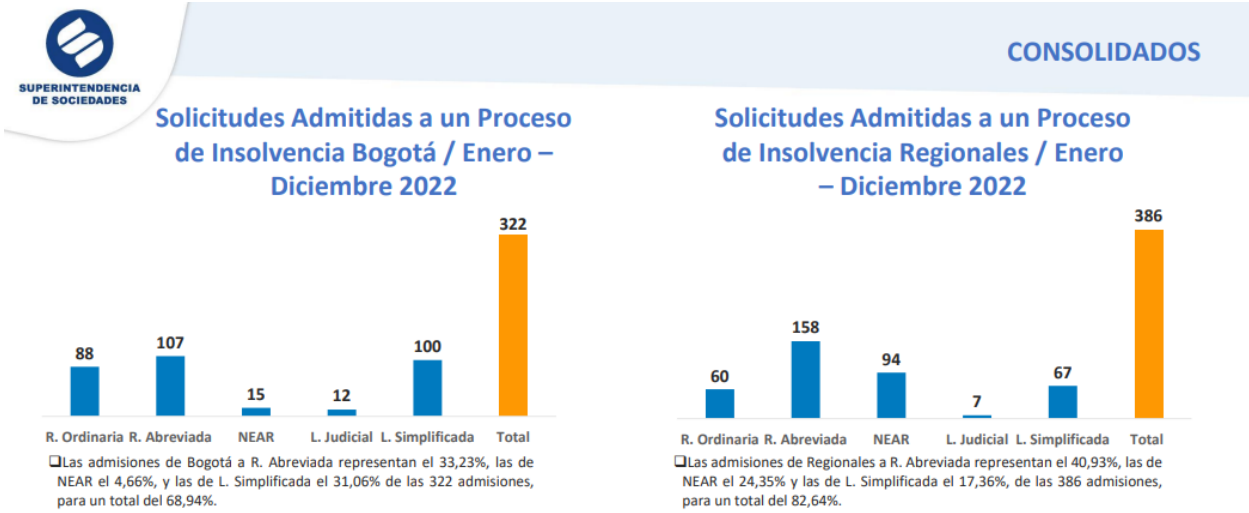


Imagen 3

Fuente: Superintendencia de Sociedades (2023).

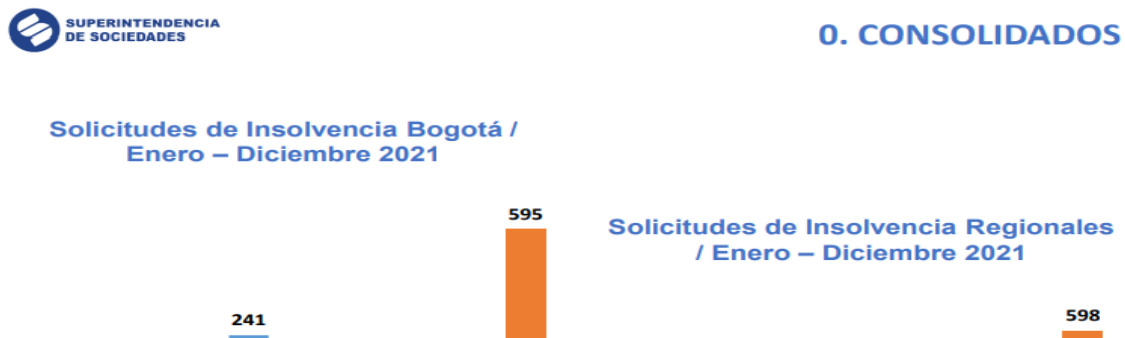


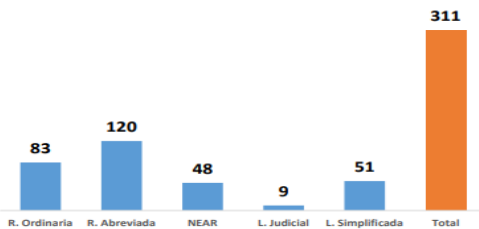
Imagen 4

Fuente: (Superintendencia de Sociedades, 2023)



## 0. CONSOLIDADOS

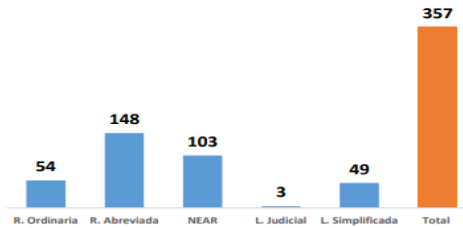
### Solicitudes Admitidas a un Proceso de Insolvencia Bogotá / Enero – Diciembre 2021



Las admisiones de Bogotá a R. Abreviada representan el 38,59%, las de NEAR el 15,43%, y las de L. Simplificada el 16,40% de las 311 admisiones, para un total del 70,42%.

El total de las admisiones de R. Abreviada representan el 40,12%, las de NEAR el 22,60% y las de L. Simplificada el 14,97%, de las 522 admisiones, para un total del 77,69%.

### Solicitudes Admitidas a un Proceso de Insolvencia Regionales / Enero – Diciembre 2021



Las admisiones de Regionales a R. Abreviada representan el 41,46%, las de NEAR el 28,85% y las de L. Simplificada el 13,73%, de las 357 admisiones, para un total del 84,03%.

Imagen 5

Fuente: Superintendencia de Sociedades (2023).



## 0. CONSOLIDADOS

### Solicitudes de Insolvencia Bogotá / Enero – Diciembre 2020



### Solicitudes de Insolvencia Regionales / Enero – Diciembre 2020

662

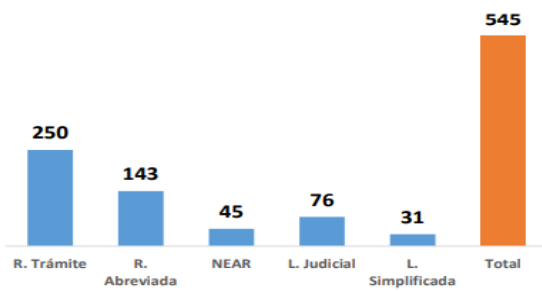
Imagen 6

Fuente: Superintendencia de Sociedades (2023).



## 0. CONSOLIDADOS

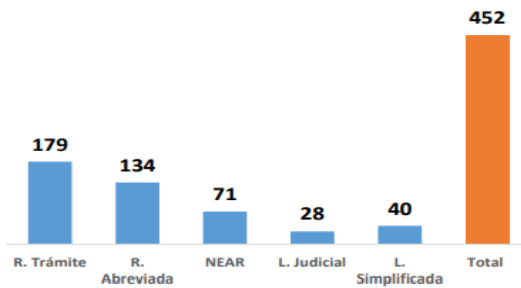
**Solicitudes Admitidas a un Proceso de Insolvencia Bogotá / Enero – Diciembre 2020**



Las admisiones de Bogotá a R. Abreviada representan el 26,24%, las de NEAR el 8,26%, y las de L. Simplificada el 5,69% de las 545 admisiones, para un total del 40,18%.

El total de las admisiones de R. Abreviada representan el 27,78%, las de NEAR el 11,63% y las de L. Simplificada el 7,12%, de las 997 admisiones, para un total del 46,54%.

**Solicitudes Admitidas a un Proceso de Insolvencia Regionales / Enero – Diciembre 2020**



Las admisiones de Regionales a R. Abreviada representan el 29,65%, las de NEAR el 15,71% y las de L. Simplificada el 8,85%, de las 452 admisiones, para un total del 54,20%.

Imagen 7

Fuente: Superintendencia de Sociedades (2023).

### **CAPÍTULO III: La falta de incentivos económicos como obstáculo de la función conservativa del régimen de insolvencia.**

#### **3.1. La importancia de los incentivos económicos para cumplir la función conservativa.**

Los incentivos económicos juegan un papel fundamental en el perfeccionamiento de la función conservativa del derecho concursal en Colombia, porque son estos mismos incentivos los que van a hacer que las empresas en crisis puedan afrontar los procesos de insolvencia de mejor manera. Como se ha venido mencionado, no todas las empresas podrán acceder a un procedimiento concursal que tenga como función u objetivo la recuperación de la empresa, sino que solo podrán hacerlo aquellas empresas que sean viables, es decir aquellas que, de acuerdo con el análisis económico mencionado anteriormente, se encuentren en una situación de *financial distress*. Sin embargo, no será suficiente la simple presentación de la empresa a un proceso concursal, sino que deberán existir herramientas, mecanismos o incentivos que permitan la recuperación de la empresa.

De no existir estos mecanismos, muchos señalados en párrafos anteriores, el juez del concurso, el Estado y el legislador estarían fallando en sus disposiciones de salvaguardar la empresa y la actividad empresarial, ya que no habría nada de extraordinario dentro del proceso concursal, solamente nos encontraríamos frente a un llamamiento de todos los acreedores de una sociedad comercial que se encuentra en crisis.

Los beneficios tributarios son deseables para cualquier empresa, aún más para aquellas que se encuentran en una crisis y si a esto se le suman procesos expeditos de reorganización se estará aportando significativamente a la función conservativa consagrada por el legislador colombiano en el régimen de insolvencia actual. Dicho régimen tiene 17 años, y a pesar de que se han firmado decretos complementarios, resulta cuando menos necesario la inclusión de los procesos de reorganización “flash” que hemos mencionado antes para que estas empresas se puedan recuperar y sigan aportando a la economía nacional.

Estas disposiciones del legislador, que dentro de este trabajo hemos denominado incentivos, deben surgir de la simbiosis que se ve presente dentro del proceso concursal entre derecho y economía –sobre el que también se ha hecho referencia en párrafos anteriores– y, en general, de una correcta interpretación y corrección desde lo jurídico a lo económico

### **3.2. La diferencia y efectividad de los procesos para las empresas en insolvencia bajo la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 560 de 2020**

La relevancia de los incentivos que otorgó el gobierno en el marco del Estado de Emergencia Social y Ecológica con la firme intención de proteger la economía nacional y evitar una afectación superior en el sistema de crédito, la empresa y el empleo a través del decreto 560 de 2020, entre los incentivos más importantes se pueden destacar:

#### **Ley 1116 de 2006**

- Término de hasta 4 meses para celebrar el acuerdo de reorganización.



- El pago de las acreencias objeto de reorganización no puede ser inferior al valor de capital de estas, a menos que tales estipulaciones:
  - Sean aprobadas con el voto favorable de un numero plural de acreedores superior o igual al 60% del total de votos admisibles, de los acreedores externo cuyas acreencias sean afectadas y sin participación de los acreedores internos.
  - Sean aprobadas por el acreedor externo que sea afectado.
- Las empresas que hayan celebrado acuerdo de reorganización no estarán sometidas a renta presuntiva a partir de los primeros tres años contados a partir de la confirmación del acuerdo.
- Devolución de la retención en la fuente que se le hubiera practicado por cualquier concepto desde el mes siguiente a la fecha del acuerdo y por un plazo máximo de 3 años.
- Para los inversionistas que realicen nuevas capitalizaciones que generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del acuerdo de reorganización, gozarán de la misma prelación de las obligaciones de la DIAN, pero además al momento de la liquidación tendrán prelación.
- Cambio en los plazos establecidos por el Código de Comercio para el pago en el capital de los deudores reestructurados.

#### **Decreto 560 de 2020**

- La documentación aportada será de responsabilidad exclusiva del deudor para agilizar los términos de los procesos.

- El pago de pequeños créditos hasta por el 5% del total del pasivo externo sin autorización de la Superintendencia de Sociedades, ni para vender activos y pagar las obligaciones siempre que no se supere el valor de las acreencias objeto de pago.
- Capitalización de pasivos en el acuerdo de reorganización por parte de cada acreedor, descarga de la deuda cuando el pasivo del deudor sea superior a su valoración como empresa o el perfeccionamiento de pactos de deuda sostenible.
- Estímulos para la financiación del deudor como es la preferencia postconcurzal, siempre que se haga entre el inicio del proceso de reorganización y la confirmación del acuerdo.
- Exoneración de retención en la fuente.
- Exoneración del 50% del IVA
- Exoneración de renta presuntiva.

A continuación se presenta un cuadro comparativo de ambos regímenes:

<b>Ley 1116 de 2006</b>	<b>Decreto 560 de 2020</b>
Término de hasta 4 meses para celebrar el acuerdo de reorganización. (Art. 31)	Acceso expedito sin control de los documentos por parte del Juez del Concurso. (Art 2)

<p>Mayoría especial para la rebaja al capital. (Art 33)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El voto favorable del 60% del total de votos admisibles de los acreedores externos cuyas acreencias sean afectadas y sin participación de los acreedores internos.</li> <li>- Consentimiento individual y expreso del acreedor externo que sea afectado.</li> </ul>	<p>No se hace mención en el Decreto.</p>
<p>Las empresas que hayan celebrado acuerdo de reorganización no estarán sometidas a renta presuntiva a partir de los primeros tres años contados a partir de la confirmación. (Art 40-1)</p>	<p>Exoneración de renta presuntiva para el año 2020. (Art. 14)</p>
<p>Devolución de la retención en la fuente que se le hubiera practicado por cualquier concepto desde el mes siguiente a la fecha del acuerdo y por un plazo máximo de 3 años. (Art 40-2)</p>	<p>Las empresas admitidas o que hayan celebrado un proceso de reorganización no estarán sometidas a retención o autorretención en la fuente a título del impuesto sobre la renta. (Art. 12)</p>

<p>Modificación de la prelación de créditos en favor de los acreedores que con nuevas capitalizaciones generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del acuerdo de reorganización. (Art. 41)</p>	<p>No se menciona en el Decreto</p>
<p>Entró en vigor (6) meses después de su promulgación.</p>	<p>Vigencia de 2 años. Prorrogado por un año hasta el 31 de diciembre de 2023.</p>
<p>El Juez de Concurso es la Superintendencia de Sociedades.</p>	<p>Procedimiento de recuperación empresarial (PRES). Se adelanta ante la Cámara de Comercio con jurisdicción territorial en el domicilio del deudor.</p> <p>Negociación de Emergencia de Acuerdos de Reorganizar (NEAR). El acuerdo se adelanta entre deudores y acreedores ante la Superintendencia de Sociedades o Juez Civil</p>

## CAPÍTULO IV: Conclusiones

Dentro del presente trabajo fue posible explorar la evolución del derecho concursal en Colombia. De esta forma, se pudo observar el nacimiento de la función conservativa y la manera en que esta, junto a la importancia que le da el ordenamiento jurídico colombiano en general a la empresa y a la actividad empresarial, se constituye como una de las funciones principales del Régimen de Insolvencia en Colombia. Así mismo, se pudo dilucidar que, si bien la función conservativa es muy relevante, no podrán todas las empresas que enfrenten crisis recuperarse, ya que el derecho concursal no es ni será la fórmula mágica que permita salvaguardar la empresa sino que, a través de diferentes mecanismos, pueden otorgarse incentivos que, de aprovecharlos la empresa, puede llegar a recuperarse y solucionar del conflicto de intereses intrínseco dentro de su crisis y los procedimientos concursales en general. En este mismo sentido, es clave recordar que, más allá de las herramientas o procesos disponibles que haya para rescatar a una empresa en crisis, lo más importante es que la empresa cuente con un negocio sólido que brinde seguridad a los acreedores; además del hecho de que la crisis es momentánea y que se puede estar frente a una empresa que puede superar ese momento, o en palabras de Reyes Villamizar:

Lo que importa realmente es la viabilidad de la empresa, ningún trámite, ningún procedimiento, ninguna norma sustantiva ni adjetiva tiene la capacidad de salvar una empresa *per se*. Se requiere en primer lugar que la compañía sea viable, que tenga un negocio adecuado, que tenga suficiente capital de trabajo, que goce de la confiabilidad de sus acreedores y sus clientes, que tenga un producto ganador,

que sea susceptible de ser vendido adecuadamente (Canal CESJUL, 2020, 46m15s).

Por ello es importante evaluar la función conservativa a la luz de los incentivos que hemos venido analizando, los cuales brindan solidez a los procesos concursales. Pero la clave real es que se puedan hacer las correcciones al interior de cada empresa respecto de las situaciones que han generado la crisis. Serán muchas las situaciones particulares de cada empresa, y va a depender de cada una de ellas; pero las herramientas y los incentivos que les brinde el Estado para atender esas crisis son cruciales de cara al éxito de la función conservativa, máxime en el entendido de que se debe proteger la triple finalidad de la norma: protección de la empresa, los puestos de trabajo y el sistema de crédito.

En la actualidad, los acuerdos privados, que pueden adelantar deudores y acreedores con ocasión del incumplimiento de obligaciones y bajo la supervisión del Juez del Concurso, ante quien se deben convalidar los acuerdos entre las partes, de ser exitosos, podrían ayudar a muchas empresas en crisis. Además, resulta verdaderamente importante introducir estos beneficios a la estructura normativa que regula la insolvencia en Colombia de forma definitiva, porque de manera indirecta contribuyen incluso a la descongestión en la Rama Judicial, pues son procesos que solo se deben validar una vez finalicen. De tal modo, se contribuiría a salvaguardar la función conservativa respecto a las empresas que se han visto afectadas por eventos ajenos a la pandemia, que no cumplen con los requisitos de acceso, y que se están viendo afectadas por la carencia de estas herramientas en la estructura del régimen de insolvencia.

Es innegable que la pandemia del COVID-19 tuvo un impacto mayúsculo en Colombia que venía de cerrar un excelente año en materia económica con un crecimiento

del 3,3%, muy por encima del promedio de la región, y que cómo lo señalan Bonet-Morón et al. (2020), para el año 2020 se esperaba un crecimiento del 3,5%. Sin embargo, esta problemática, junto con el desplome del precio internacional del petróleo, provocó un gran traumatismo en el comportamiento económico del país para el 2020 (p. 3). A pesar de esta y otras medidas tomadas por el gobierno del entonces presidente Iván Duque Márquez, el país sufrió una contracción del 6,8% en el Producto Interno Bruto (PIB). Esto nos muestra, el significado verdadero del derecho concursal durante las épocas de crisis, que para el caso de Colombia pudo evitar un descalabro mayor en nuestra economía con las medidas que se tomaron desde la experiencia adquirida con crisis previas y atendiendo a las circunstancias particulares de las empresas en crisis en el momento de la pandemia. Por lo tanto, dado el carácter del derecho concursal en Colombia que siempre se actualiza en épocas de crisis, se espera que esta no sea la excepción.

Finalmente, la conclusión más importante de este trabajo es la necesidad manifiesta de incluir los avances logrados desde la pandemia por COVID-19 al régimen de insolvencia permanente en Colombia, porque a partir del 1 de enero de 2024 las empresas ya no van a tener la posibilidad de acceder a incentivos tan importantes que, el mismo ordenamiento jurídico –dentro de la justificación del Decreto 560 de 2020– establece que son necesarias modificaciones en el Régimen de Insolvencia como lo es lo referente a los procesos concursales para las llamadas pequeñas insolvencias. En aquel podrían incluirse mecanismos como el Procedimiento de Recuperación Empresarial (PRES) y la Negociación de Emergencia de Acuerdos de Reorganizar (NEAR) definidos en el Decreto 560 de 2020. Sin embargo, no ha habido la voluntad por parte de legislador para adelantar los debates necesarios que permitan la inclusión definitiva en el Régimen de Insolvencia en Colombia de las normas expedidas en el marco de la emergencia.

#### **4.1. Sentencia C-390 del 2023 y nota aclaratoria.**

Con posterioridad a la presentación del presente trabajo para revisión por parte del jurado calificador, se expidió la sentencia C-390 de 2023 mediante la cual se declara inexecutable el inciso 2° del artículo 96 de la Ley 2277 de 2022. Como se mencionó anteriormente, dentro de este artículo se había prorrogadas la vigencia de los Decretos Legislativos 560 de 2020 y el 772 de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2023, no obstante, la Corte Constitucional a través del análisis realizado en la sentencia C-390 de 2023, encontró que dicho artículo no estaba conforme al mandato de unidad de materia y que, entre la Ley y los Decretos, no se encontraba presente el principio de conexidad por ser la primera de temática tributaria y, los segundos, de temática de insolvencia.

Si bien a la fecha hay una solicitud de modulación del fallo, lo que significaría que la decisión tomada en la Sentencia puede cambiar o ser diferente a futuro; sí es importante agregar que, aunque se continué con la inexecutable de los Decretos se considera que se debe continuar con los procesos presentados y que antes de la fecha de expedición del fallo ya encontrara admitidos por el juez concursal correspondiente. Lo anterior debido a que, de no hacerse, solo se generaría más traumatismo e inconvenientes a empresas que no se encuentran en las mejores condiciones económicas, llevando esto a una desprotección de la empresa por parte del Estado así como de los múltiples beneficios tiene el desarrollo de las funciones sociales de esta.

Por último, se debe recalcar lo mencionado dentro de las conclusiones del presente trabajo y es que, más allá de la inexecutable de los Decretos, el legislador debe tomar lo beneficios e incentivos consignados dentro de los Decretos que hayan dado buenos resultados



y empezar la implementación de los mismos de manera definitiva dentro del Régimen de Insolvencia.

## REFERENCIAS

Becerra, L. (2020 29 de septiembre). Impacto de la pandemia en insolvencias se verá en 2021. Portafolio. <https://www.portafolio.co/economia/impacto-de-la-pandemia-en-insolvencias-se-vera-en-2021-545147>

Castro de Cifuentes, M. (2016). *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Universidad de los Andes. Recuperado de: <https://www-digitaliapublishing-com.ezproxy.eafit.edu.co/viewepub?id=52178>

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-041 de 1994. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz, febrero 03 de 1994)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-237 de 2020. (MP José Fernando Reyes Cuartas, julio 08 de 2020)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015 de 1997. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz, enero 23 de 1997)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-854 de 2005. (MP Alfredo Beltrán Sierra agosto 17 de 2005)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222 de 1997. (MP Jose Gregorio Hernández Galindo, 29 de abril de 1997)

Decreto 350 de 1989. Por el cual se expide un nuevo régimen de los concordatos preventivos. Febrero 20 de 1989. DO. 38707

Decreto 560 de 2020 [con fuerza de ley]. Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. 15 de abril de 2020. D.O. No. 58930.

Decreto 750 de 1940. El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 54 de 1939. Febrero 15 de 1941. DO. 24589

Escobar, J. (2023, 27 de julio). Creación de empresas en Colombia cayó 3,6% en el primer semestre del 2023: ¿por qué?. infobae. <https://www.infobae.com/colombia/2023/07/27/creacion-de-empresas-en-colombia-cayo-36-en-el-primer-semestre-del-2023-por-que/>

Francisco Reyes Villamizar. [CESJUL Colombia] (31 de julio 2020). Insolvencia empresarial en tiempos de crisis por Francisco Reyes Villamizar [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=hnqxvmRb1A8&t=1756s>

Guerrero, L. G. V. (2022, octubre 10). Mipymes: motor social y económico del país. Portafolio.co. <https://www.portafolio.co/mas-contenido/mipymes-motor-social-y-economico-del-pais-572368>

Isaza Upegui, A & Londoño Restrepo, A. (2008). Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial. Editorial LEGIS

Isaza Upegui, A. (2021). Derecho Concursal De Emergencia 1a Ed. (1ed). Legis Editores S. A. <https://librosdigitales.legis.co/reader/derecho-concursal-de-emergencia-1a-ed?location=39>

Jaime Bonet-Morón & Diana Ricciulli-Marín & Gerson Javier Pérez-Valbuena & Luis Armando Galvis-Aponte & Eduardo A. Haddad & Inácio F. Araújo & Fernando S.

Perobelli, 2020. "Impacto económico regional del Covid-19 en Colombia: un análisis insumo-producto," Documentos de trabajo sobre Economía Regional y Urbana 288, Banco de la República de Colombia.

Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N. 46494

Ley 2277 de 2022. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria para la igualdad y la justicia social y se dictan otras disposiciones. Diciembre 13 de 2022. DO. N. 52.247

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2023, abril 21) Las microempresas fortalecen el tejido empresarial colombiano. <https://www.mincit.gov.co/prensa/foto-noticias/microempresas-fortalecen-el-tejido-empresarial#:~:text=Colombia%20registr%C3%B3%201.854.086%20empresas,Industria%20y%20Turismo%20con%20base>

Montiel Fuentes, C.M. (2019). *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Moreno, FJ. (2021). *Las funciones del Derecho concursal: tendencias actuales en el Derecho comparado*. Inciso, 23(1), e 1124. Recuperado de: <http://vlex.com.co/vid/funciones-derecho-concursal-tendencias-873610344>

Peña Nossa, L. (2017). *De las sociedades comerciales. Énfasis en sociedades por acciones simplificadas*. 8va edición (8a ed.). Ecoe Ediciones S.A.S. <http://vlex.com.co/vid/empresa-constitucion-politica-colombia-800654489>

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado Septiembre 27, 2023, de <https://dle.rae.es/incentivo>

Rodríguez Espitia, J.L. (2007). *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2023, 31 de marzo). *Atlas de Insolvencia*. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. <https://www.supersociedades.gov.co/web/procedimientos-de-insolvencia/informes>

Universidad Externado de Colombia. (2018, Mayo 30). *Conferencia: El Problema de la Insolvencia Empresarial - 1* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=UH9v00ffTIY>

Vélez Cabrera, L.G. (2011). *Régimen de insolvencia empresarial colombiano*. Superintendencia de Sociedades

Velilla Moreno, M.A. (2013). *Introducción al derecho económico y de los negocios. Las transformaciones aplicadas al derecho moderno*. Editorial Planeta Colombiana S.A.