

LA CONCILIACIÓN EN EL TRÁMITE DE INSOLVENCIA DE PERSONAL NATURAL NO COMERCIANTE, INEFICACIA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Francis Eduard Sánchez Pamplona *

Diana Carolina Cruz Cuervo *

Resumen

Desde la Constitución Política de 1886 se encuentra presente el derecho a la asociación y posteriormente, en la constitución política de 1991 se consagra la protección a la propiedad privada, debido a la importancia que el desarrollo y la explotación de esta irradia en la economía nacional. Vista la productividad de la propiedad privada como el motor que impulsa el desarrollo social, debido a esta importancia y el legislador en pro de una efectiva protección en el año 2006 expide la Ley 1116 la cual regla cómo opera el régimen de insolvencia o reorganización empresarial en Colombia, en aras de la igualdad, la colectividad y en busca de un equilibrio financiero.

En el año 2010 se expide la Ley 1380 por la cual se establece la insolvencia de la persona natural no comerciante, sin embargo, dicha norma fue declarada inconstitucional, y el trámite que se encuentra reglado en la Ley 1564 de 2012, el Código General del Proceso, trámite que en su esencia permite a la persona que no posee la naturaleza de comerciante, establecer un acuerdo con los acreedores con el fin de cancelar las obligaciones pendientes. Este proceso que es beneficioso para la protección de los bienes del deudor y asegurar un pago de los compromisos adquiridos, tiene por requisito la audiencia de conciliación, la cual por su alto costo se ha convertido en un obstáculo que no permite el acceso a la justicia por aquellas personas que pretenden acceder a los beneficios de esta ley.

* Abogado, con estudios de maestría en derecho procesal de la Universidad Libre, cursando la especialización en derecho procesal en la Universidad Libre, Conciliador adscrito al Centro Nacional de Arbitraje de Colombia.

* Abogada, con estudios de maestría en derecho procesal de la Universidad Libre, cursando la especialización en derecho procesal en la Universidad Libre, Conciliadora adscrita al Centro Nacional de Arbitraje de Colombia.

Palabras claves: Insolvencia, Persona Natural no Comerciante, Mecanismos alternativos de solución de conflictos, Conciliación.

Summary

Since the Political Constitution of 1886, the right to association has been present and later, in the political constitution of 1991, the protection of private property is enshrined, due to the importance that the development and exploitation of this radiates in the national economy. Considering the productivity of private property as the engine that drives social development, due to this importance and the legislator in favor of effective protection in 2006 issued Law 1116 which regulates how the insolvency or business reorganization regime operates in Colombia, for the sake of equality, the community and in search of a financial balance.

In 2010, Law 1380 was issued, which established the insolvency of the non-merchant natural person, however, this rule was declared unconstitutional, and the procedure that is regulated in Law 1564 of 2012, the General Code of the Process, a procedure that in its essence allows the person who does not have the nature of a merchant, to establish an agreement with creditors in order to cancel pending obligations. This process, which is beneficial for the protection of the debtor's assets and ensuring payment of the acquired commitments, requires a conciliation hearing, which due to its high cost has become an obstacle that does not allow access to justice by those people who intend to access the benefits of this law.

Keywords: Insolvency, Non-Merchant Natural Person, Alternative dispute resolution mechanisms, Conciliation.

Introducción

El presente artículo realiza una investigación de revisión de naturaleza teórica frente al estado actual del trámite de insolvencia de personal natural no comerciante, y parte de la premisa que la actual regulación contenida en el Código General del Proceso no es acorde con las necesidades que presenta un deudor que se declara en cesación de pagos, de ahí que se considere como esta situación ha generado que este mecanismo legal sea pocamente usado por la ciudadanía, además que se tenga una visión errónea por parte de esta.

Igualmente se expresa que en las actuales condiciones derivadas de la pandemia del Covid-19, la reglamentación original no esta relacionada con las necesidades de ayuda que quieren

los deudores los cuales no tienen la naturaleza de comerciantes, ya que, para este caso, el gobierno nacional profirió Decretos de conjuración de la crisis económica en el sector empresarial y que fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional.

Así las cosas, el objetivo que se persigue con el siguiente artículo, es plantear la necesidad actual de regulación del trámite de insolvencia de personal natural no comerciante en el contexto de los efectos económicos que ha traído la pandemia del Covid-19 para que esta sea reformada y adecuada a las circunstancias actuales, a través de una regulación de emergencia, que, al mismo nivel de lo hecho por el gobierno frente a la reestructuración empresarial, se le brinden a los deudores no comerciantes, la posibilidad de contar con una herramienta que propicie un acercamiento con sus acreedores y que de esta forma, el Estado legislador pueda propiciar mejores condiciones para que, quienes consumen, principalmente personas naturales no comerciantes, puedan coadyuvar al resurgimiento de la economía nacional.

Por lo anterior, el presente escrito se divide en tres partes, la primera que trata de la evolución histórica de los regímenes de insolvencia en Colombia, la segunda que expone sobre los Mecanismos alternativos para la solución de conflictos, haciendo alusión especial a la conciliación, como un instrumento del cual bebe su origen y naturaleza el trámite de insolvencia actualmente previsto en el C.G.P., y finalmente, la tercera parte que alude al estado actual del trámite de insolvencia de persona natural no comerciante durante la pandemia.

1. Regímenes de insolvencia en Colombia - evolución histórica.

Se tiene conocimiento que uno de los instrumentos con los que cuentan las sociedades para desarrollarse y de esta manera satisfacer las necesidades es la economía, la cual entonces se inscribe como la base que determina y condiciona todas las demás relaciones de los seres humanos, ya sea entre ellos, o el resto de la naturaleza. Por ello, cualquiera que sea la relación a la que se aluda, será necesario que existan instituciones sean estatales, en tanto éstas tengan el monopolio de regulación, o en su defecto, que sean de derecho privado, por delegación dada por la autoridad.

De esta manera, se tiene entonces, que existe una importante relación entre las instituciones sociales, entre las cuales yace el derecho y las estructuras propias del intercambio de las personas, en donde el derecho en tanto invención humana, provista de unos fines, y caracterizada por unas funciones, tanto regulatoria como de protección de las garantías individuales como colectivas. Así las cosas, se considera que los cambios estructurales que la sociedad presenta, a partir de los cambios económicos se pueden evidenciar en el mediano y largo plazo, a través de instituciones idóneas, uno de esos cambios es el crédito, que posibilita el funcionamiento de la economía, y coadyuva en orientación y dirección.

En esta evolución, se han generado diversos modelos de relación entre el Estado y la economía, acorde a las tendencias ideológicas que han imperado en la existencia de la humanidad, por ejemplo, de pasar de un Estado pasivo propio del liberalismo clásico, a un estamento estatal fuerte, epicentro de las relaciones económicas, aludiendo aquí al socialismo. Actualmente, se comprende que la dirección de la economía es titularidad del Estado, y si es un modelo de mercado en el marco de un Estado de Derecho, este debe proveer porque prevalezca el respeto de los Derechos Fundamentales, y lo que ya con antelación se mencionó, la satisfacción de las necesidades, por ello la jurisprudencia constitucional reconoce que la economía nacional y el desarrollo social se encuentran estructurados por empresas, entendidas estas como piedra angular del mercado (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2013).

Bajo este entendido se ha considerado contemporáneamente que una de las formas de proveer por la garantías más importantes tanto colectivas como individuales, al igual que la generación de medios para que los necesidades insatisfechas dejen de serlo, es el acceso al crédito, que se ha convertido en una herramienta fundamental para el desarrollo económico, el crecimiento del sistema financiero, y la posibilidad de que las personas accedan a mejorar sus condiciones de vida, al respecto, la doctrina comparada ha identificado las siguientes variables que permiten estudiar el acceso al crédito como institución en demasía importante para los países. Estas son: i) el tamaño de la empresa, entendida como actividad económica organizada (art. 25 del C. de Co.) respecto al acceso a los mercados de financiamiento; ii) la experiencia de la empresa y la confianza que de ella tienen las instituciones financieras; iii) la inversión en tecnología (certificaciones de calidad, licencias y capacitación de los

trabajadores) respecto a obtención de financiamiento externo, y disminución de gastos operacionales,; y iv) el acceso al crédito depende la localización geográfica y del sector económico de la empresa (Botello-Peñaloza, 2015).

En este contexto, se ha considerado que el sector financiero es un sujeto clave en el crecimiento económico de las sociedades, por ello, “la inclusión financiera ha cobrado relevancia en las agendas de política de gobiernos en economías desarrolladas y emergentes, así como en las de organizaciones multilaterales. De allí ha surgido el término inclusión financiera, el cual señala si un individuo o grupo social tiene acceso a los productos financieros formales y hace uso de ellos” (Cano, Esguerra, García, Rueda, Velasco, 2014, p. 1).

Sin embargo, la inclusión financiera aludida, no siempre ha generado los resultados que se han querido, por lo cual, los Estados se han visto inmersos en crear herramientas que coadyuven a generar alivios monetarios, por el aumento desmedido y en algunos casos, irresponsable de créditos otorgados por diferentes entidades del sector financiero, siendo las bancarias las que, sin lugar a duda, han llamado la atención por su protagonismo, así como por su referencia social. Por esta vía, se han creado medios de ayuda a la normalización de la cartera financiera, que actualmente tienen por nombre regímenes de insolvencia.

En el caso colombiano, los antecedentes de la insolvencia actual obedecen al régimen de quiebras y concordatos que durante su existencia fue únicamente aplicable para sujetos de derecho comercial. Respecto a la quiebra se tiene el Decreto 750 de 1940 que en su artículo 1 estableció: “Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones [...]”.

Al respecto la doctrina del momento, considero que dicha norma establecía tres requisitos para efectos de que se pueda acudir al régimen de quiebras: i) el sobreseimiento de pagos por parte del comerciante, ii) una cualificación de ser comerciante, y iii) la mercantilidad de la obligación. Igualmente, el artículo 10 del mentado Decreto en mención estableció un régimen de presunciones de cesación de pagos, según reza a continuación:

“Para declarar la quiebra sin iniciativa del deudor es indispensable que conste la cesación de pagos del quebrado. La cesación de pagos puede probarse sumariamente

con letras y otros instrumentos negociables exigibles y no pagados, con cheques acompañados de constancia del girado sobre la falta de provisión para pagarlos, con declaraciones de nudo hecho, con certificación de autoridad, de cámara de comercio o de banco establecido en Colombia, y en general por todos los medios probatorios admitidos por la ley. (...)”

Ahora bien, Vélez Cabrera (2011) indica que el desarrollo histórico de la insolvencia se ha dividido en tres etapas, la primera de ellas es la *peligrosista* que va desde 1940 hasta 1969, comienza con la expedición del Decreto 750 de 1940 ya aludido, y que caracterizó al comerciante en quiebra por el solo hecho de incurrir en mora del pago de sus obligaciones, exigiendo que el comerciante adujera ante el Juez, su estado de cesación de pagos. No hacerlo, le hacía presumir su mala fe comercial, y hacerse sujeto de un proceso penal (Vélez, 2011), de llegar a un arreglo directo con los acreedores, este se llamaba concordato resolutivo, siendo el antecedente más remoto de tal figura que a continuación se hará alusión, y que se caracterizaba por:

1. Los acreedores que representaran más del 51% del pasivo podían solicitar al Juez, la convocatoria de una reunión general para evitar la liquidación forzosa del deudor.
2. Sí la mitad más uno de los acreedores presentes votaba favorablemente el acuerdo, y representaban el 80% del pasivo, se podía celebrar un concordato.
3. Aprobado el acuerdo por el Juez era de obligatorio cumplimiento para el deudor y los acreedores.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado al Decreto 750 de 1940 como un régimen de quiebra que buscaba dar seguridad al crédito, por medio de la celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota, pero que era un ordenamiento severo con el deudor que llevo a presumir su culpa, inhabilitarlo comercialmente y castigarlo penalmente por cualquier acto negligencia o engaño (Corte Constitucional, Sentencia C.006 de 2018).

Posteriormente se referencia la segunda etapa llamada *intervencionista* que tiene va entre los años 1969 y 1990, y que concuerda con la reforma constitucional de 1968 que atribuyó una función de intervención estatal en la economía, posibilitando que existieran empresas de economía mixta. Durante este periodo la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable del Decreto 750 de 1940 arguyendo que el gobierno había excedido las facultades otorgadas

por el legislador para expedirlo, por lo cual el gobierno se vio en la obligación de proferir el Decreto 2264 de 1969 que innovó con dos concordatos, el primero, el preventivo potestativo y el segundo, el preventivo obligatorio, sin embargo, la norma en mención fue derogada por el Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio de 1971 que continuó regulando los tipos de concordato, y que posteriormente fue parcialmente reformado por el Decreto 350 de 1989 (Vélez Cabrera, 2011), siendo esta última norma caracterizada por:

1. Todo empresario imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o que temiera razonablemente llegar a dicho estado tenía la facultad de solicitar la admisión al trámite de un concordato preventivo potestativo (artículo 1).
2. La solicitud debía ser presentada por el empresario o por su apoderado ante el juez civil del circuito,
3. El presupuesto factico era el incumplimiento de las obligaciones mercantiles patrimoniales, o dentro de los sesenta días siguientes a éste.
4. Se estableció el concordato obligatorio para empresas que tuvieran un pasivo externo superiora la tercera parte del valor de sus activos.
5. A diferencia de su antecesor, no se hace alusión a los conceptos de insolvencia y cesación de pagos, sino que se alude a la "imposibilidad de cumplir" y a uno más étéreo: el "temor razonable de incumplimiento" (Cuberos Gómez, 2005).

Finalmente se encuentra la tercera etapa de *apertura*, que coincide con la promulgación de la Constitución en 1991 y la expedición de la Ley 222 de 1995 (Vélez Cabrera, 2011), esta última norma se caracterizó por la doctrina, bajo los siguientes elementos conceptuales: i) es la transición de la quiebra al procedimiento concursal, ii) unificó el concordato potestativo y obligatorio en un solo trámite, y iii) contempló el trámite de liquidación obligatoria, con la finalidad de que el pago de obligaciones se hiciera con los bienes del deudor (Rodríguez Espitia, 2020).

Con posterioridad y derivada de la crisis económica que germinó en el sudeste asiático, pero que abarcó a todos los países, el legislador promulga la Ley 550 de 1999 que tenía por finalidad, atender la cantidad de sociedades que aducían declararse en reestructuración, dicha norma se caracterizó por: i) suspender el concordato previsto por la Ley 222 de 1995, y en su lugar crea el acuerdo de reestructuración, ii) tenía inicialmente una vigencia transitoria de

5 años hasta el 31 de diciembre de 2004, empero, se prorrogó 2 años más para el sector privado, y iii) sigue vigente exclusivamente para los entes territoriales (Vélez Cabrera, 2011).

Concordante con la Ley 222 de 1995 que constituyó una transición de la figura de la quiebra por los procedimientos concursales, incluyendo dentro de estos, el trámite de liquidación obligatoria, que buscaba satisfacer el pago de obligaciones con los bienes que estaban bajo titularidad del deudor. En dicha norma se alude por primera vez, la finalidad de protección a la empresa como fuente de empleo y unidad de explotación económica, generando posibilidades de recuperación al deudor y abandonando el papel protagónico del crédito en los procesos concursales (Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 2018).

1.1. Insolvencia empresarial (reestructuración) Ley 1116/2006.

Con la promulgación de la Ley 1116 de 2006 comenzó a hablarse al interior del orden jurídico colombiano del termino de insolvencia, que según la definición dada por la RAE significa "*Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda*", donde "*solvencia*" significa "*Carencia de deudas*" y "*Capacidad de satisfacerlas*". Ya desde una óptica económica, la doctrina ha considerado la existencia de algunos criterios que permiten darle identidad al termino "Insolvencia" de cara a satisfacer la finalidad del régimen por el cual se busca generar mecanismos para que tanto personas naturales como jurídicas tengan un alivio económico, un respiro crediticio, una nueva oportunidad de satisfacer en mejores condiciones y con la anuencia de sus acreedores las obligaciones en mora. Así pues, los indicadores económicos de la insolvencia expuestos por Cuberos Gómez (2005) son:

- a. *Índice de solvencia*: resulta al dividir el pasivo corriente, es decir, los activos de pronta realización por los pasivos de pronto pago, entendiendo dicha termino de tiempo en un lapso no mayor a un año.

Este índice permite identificar las obligaciones de cercano vencimiento, así las cosas, si el índice es superior a la unidad hay solvencia; por el contrario, si el resultado es inferior a la unidad existe insolvencia.

- b. *Índice de liquidez inmediata o prueba ácida*: da como resultado a partir de dividir los activos líquidos (aquellos que se pueden convertir en efectivo), por el pasivo corriente.

Se hace alusión a alta liquidez cuando el resultado es mayor que la unidad; o baja en el caso contrario.

- c. *Índice de solidez*: yace de dividir el activo total por el pasivo total, que permite observar globalmente el respaldo patrimonial que existe para soportar el total de endeudamiento.

Ahora bien, tratándose específicamente de la Ley 1116 de 2006 se destacan como características, respecto a su finalidad tiene por objeto la protección del crédito, la recuperación y la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo (artículo 1). Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado que el régimen de insolvencia 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, por su parte, el trámite de liquidación judicial busca la liquidación ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor (Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2012).

Por su parte, se ha indicado que sus criterios de actuación se han identificado a partir de: i) agregación de valor, ii) preservar empresas viables, iii) normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, y iv) propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general (artículo 1). Respecto a su ámbito de aplicación de conformidad con el artículo 2 se entiende que son las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación de este, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto, igualmente están sometidos al régimen de insolvencia empresarial, las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos que tengan la realización de actividades empresariales.

El artículo 3 de la Ley 1116 de 2006 establece las personas excluidas del régimen empresarial de reestructuración, entre las cuales se destacan: 1. Las Entidades Promotoras de Salud, las

Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. 2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias. 3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. 4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito. 5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial. 6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas. 7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.

El artículo 4 indica los principios del régimen, entre los cuales se encuentran siguientes:

1. *Universalidad*: el total de los bienes del deudor y la totalidad de sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia.
2. *Igualdad*: respecto de todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de prelación de créditos y preferencias.
3. *Eficiencia*: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de estos.
4. *Información*: Tanto deudor y acreedores deben proporcionar la información oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.
5. *Negociabilidad*: Las actuaciones deberán propiciar el no litigio, de forma proactiva, informada y de buena fe.
6. *Reciprocidad*: En casos de insolvencia transfronteriza, se propenderá por el reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con autoridades extranjeras.
7. *Gobernabilidad económica*.

A su vez la Ley 1116 establece como requisitos de admisibilidad, que, al momento de presentación de la solicitud, exista:

1. Una *situación de cesación de pagos*: se presenta cuando el sujeto de derecho comercial incumpla el pago por más de 90 días de 2 o más obligaciones a favor de 2 o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos 2 demandas de ejecución presentadas por 2 o más acreedores para el pago de

obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente Ley (artículo 9).

2. O *Incapacidad de pago inminente*: se predica cuando el deudor acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año. En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas (artículo 9).

Igualmente, la Ley 1116 de 2006 tenía por finalidad contemplar un proceso ágil acorde con los principios de la Constitución económica y con la normatividad comercial colombiana e internacional, incorporando normas al ordenamiento jurídico colombiano de la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)* que están contenidas a partir de los artículos 85 y ss., y que se sintetizan en: i) regular la cooperación entre las autoridades competentes de Colombia y de los Estados extranjeros, ii) contar con un mecanismo que dote de mayor seguridad jurídica al comercio y a las inversiones, iii) que exista una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de los acreedores y del deudor, y iv) garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor (artículo 85).

Asimismo, en el acápite de *insolvencia transfronteriza* se establecen un listado de casos de este régimen y que a continuación se relacionan: i) cuando un tribunal o un representante extranjero solicita asistencia a autoridades colombianas en relación con un proceso extranjero; igualmente, ii) cuando se solicita la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia; iii) que estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en Colombia; y iv) los acreedores u otras personas interesadas que

estando en un Estado extranjero tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia (artículo 86).

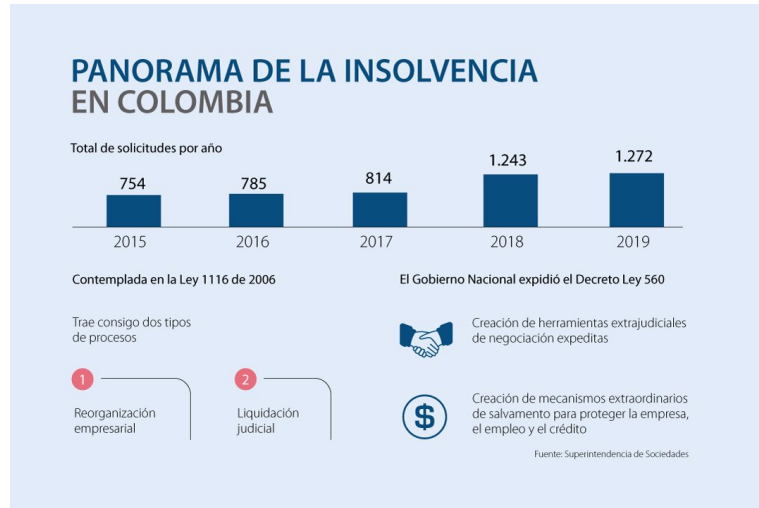


Ilustración 1 Panorama de la insolvencia en Colombia. Extraído de [\[https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/cinco-pasos-para-acogerse-a-un-proceso-de-insolvencia-en-medio-de-la-pandemia-3003627\]](https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/cinco-pasos-para-acogerse-a-un-proceso-de-insolvencia-en-medio-de-la-pandemia-3003627)

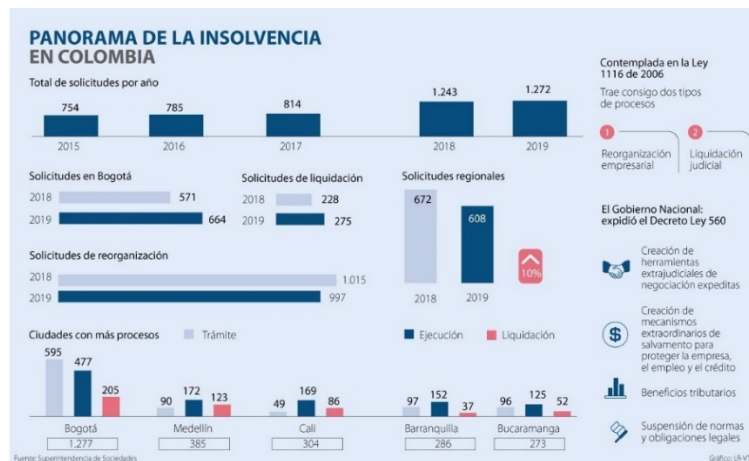


Ilustración 2 Panorama de la insolvencia en Colombia. Extraído de [\[https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/cinco-pasos-para-acogerse-a-un-proceso-de-insolvencia-en-medio-de-la-pandemia-3003627\]](https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/cinco-pasos-para-acogerse-a-un-proceso-de-insolvencia-en-medio-de-la-pandemia-3003627)

1.2. Insolvencia de persona natural no comerciante: Código General del Proceso

Tiene por antecedente la Ley 1380 de 2010, que en su artículo 1 establecía la finalidad de ser un régimen que le permitiera al deudor persona natural no comerciante, acogerse a un procedimiento de negociación de deudas en audiencia de conciliación extrajudicial a través de la celebración de un acuerdo de pago con sus acreedores, cumpliendo así con sus obligaciones pecuniarias pendientes sin importar su naturaleza, con excepción de las obligaciones alimentarias y de los procesos ejecutivos originados en las mismas. Dicha norma fue declarada inexecutable por la Sentencia C-685 de 2011.

Actualmente este régimen se encuentra previsto en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), a partir del artículo 531 y ss., el cual se encuentra reglamentado por el Decreto 2677 de 2012. Respecto a su procedencia, el artículo 531 del C.G.P. aplica a los siguientes procedimientos: i) negociación de deudas a través de un acuerdo con los acreedores para obtener la normalización de las relaciones crediticias; ii) convalidación de los acuerdos privados a los que llegue el deudor con sus acreedores, finalmente, y iii) la liquidación de su patrimonio. En relación con el ámbito de aplicación se relaciona con los procedimientos contemplados para personas naturales no comerciantes en sus obligaciones personales.

Sin embargo, cuando sean controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, su trámite de insolvencia se sujetará al régimen de la Ley 1116 de 2006 (artículo 532). Vale destacar, que el artículo 10 del C. de Co. Reza: “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”, a la vez, que el artículo 14 de la misma norma establece las personas que son inhábiles para ejercer el comercio.

De su parte el artículo 538 del C.G.P. regula los supuestos de insolvencia bajo la cesación de pagos, entendiendo por esta, la situación de una persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de 2 o más obligaciones a favor de 2 o más acreedores por más de 90 días, o contra el cual cursen 2 o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva, en donde, el valor porcentual de las obligaciones en mora deberá representar no menos del 50% del pasivo total a su cargo.

1.3.Régimen de insolvencia durante la Pandemia del Covid-19

Dable es destacar que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 *“Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”* en donde se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al Coronavirus COVID-19. Por su parte, el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política proferido por el presidente declaró la Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días calendario.

En el marco de la pandemia el gobierno nacional profirió el Decreto 560 de 2020 que busca flexibilizar los procedimientos de negociación directa para que, entre deudores y acreedores, de manera extraprocesal, sin intervención del juez se solucionaren los conflictos económicos de los primeros. En este sentido, en el Decreto aludido se establecieron unos mecanismos que permitieran la consecución de recursos para el establecimiento de garantías y un régimen de protección a los acreedores que colocaran recursos al igual que se otorgaran unos alivios financieros de flujo de caja.

Así, el Decreto 560 reiteró las mismas normas del régimen general previsto en la Ley 1116 de 2006 respecto a que el proceso comenzará con la solicitud del deudor al juez concursal para que fuera admitido en el trámite de un procedimiento de insolvencia, requiriendo mostrar ante un supervisor los cinco estados financieros básicos de los últimos tres años de la compañía, el inventario de sus activos y pasivos, el plan de negocio para la reorganización y un proyecto de calificación de créditos.

De esta manera, la normatividad expedida por el gobierno nacional para conjurar la crisis tiene tres aspectos primordiales: i) precisión en la información financiera que presentara el deudor, ii) un plan de negocios por parte del deudor, pues allí yace la forma en la que se puede superar la crisis, y iii) la comunicación fluida entre el deudor y sus acreedores.

Asimismo, el Decreto en mención permite que el deudor pueda negociar con todos o con una parte de sus acreedores por un término de tres meses, para lograr un acuerdo, tiempo en el cual, se suspendan los procesos ejecutivos o de cobro coactivo, y se aplacen los pagos de obligaciones por conceptos de gastos de administración que estime necesarios, excluyendo salarios, aportes parafiscales o de seguridad social (Rojas Castañeda, 2020).

Igualmente, el Decreto 460 de 2020 en su artículo 4 establece los siguientes mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial que flexibilizan los plazos de pago de las obligaciones y la generación de pagos a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva de la siguiente manera:

- a. *Capitalización de pasivos* mediante la suscripción voluntaria, por parte de cada acreedor interesado a través de acciones o la participación que corresponda según el tipo societario. De igual forma por bonos riesgo y demás mecanismos de subordinación de deudas que en libre autonomía de las partes se pacten.
- b. *Descarga de pasivos* en los casos en que el pasivo del deudor sea superior a su valoración como empresa en marcha, valoración realizada conforme lo establece el artículo 226 del Código General del Proceso, deberá ser aprobada por una mayoría acreedores externos que representen por lo menos el 60% de aquellos con vocación de pago, sin que afecte los derechos de acreedores laborales, pensionados, alimentos de menores o acreedores garantizados.
- c. *Pactos de deuda sostenible* con el fin de reducir los términos de pago de las obligaciones en el tiempo, por lo cual, en los acuerdos de reorganización se podrán incluir pactos de deuda sostenible, bajo los cuales se contemple respecto al pago y la extinción total de las obligaciones a favor de las entidades financieras, su reestructuración o reperfilamiento, para lo cual deberá ser aprobada por el 60% de la categoría de acreedores financieros y ser suscrito en los términos del acuerdo de reorganización.

Ahora bien, en el marco del Decreto 560 de 2020, el gobierno nacional profirió el Decreto 842 que lo reglamenta y que mitiga la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas como consecuencia de la emergencia producida por el COVID-19, ambas normas estarán vigentes hasta el 15 de abril de 2022, sustentándose en los siguientes pilares como son el acceso a los mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito, así como la generación de mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.

A continuación, se relaciona la cantidad de solicitudes de insolvencia tanto a nivel comparativo durante los últimos cuatro años, encontrándose que para el 2020 a agosto se contaba con similar cantidad de solicitudes de las presentadas en 2017, y en el caso del presente año, la gráfica evidencia un aumento de las solicitudes de reestructuración desde junio.

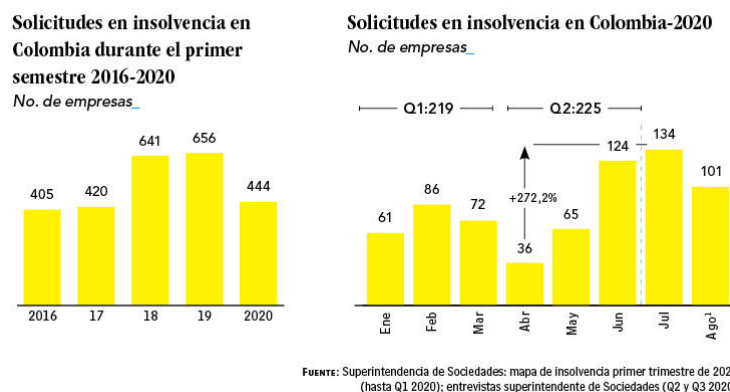


Ilustración 3 Solicitudes en insolvencia en Colombia. Extraído en

[<https://www.dinero.com/empresas/articulo/los-procesos-de-insolvencia-para-empresas-por-la-pandemia/297684>]

También se encuentra el Decreto 772 de 2020, mediante el cual se establecen una serie de disposiciones generales procedimentales referentes a la implementación de los mecanismos que deberán llevarse a cabo en los procesos de insolvencia, entre las cuales destacan el uso de tecnologías y de inteligencia artificial para adelantar medidas de protección de las empresas y el empleo, así como el aplazamiento de los gastos de administración.

En tal sentido, el mentado Decreto estableció como finalidad y el ámbito de aplicación de mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación del régimen de insolvencia, protegiendo adecuadamente el orden público económico y buscando mitigar la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decretos 637 y 417 de 2020), además de las finalidades ya previstas en el régimen ordinario de recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

2. Mecanismos alternativos para la solución de conflictos-conciliación.

Los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos -MASC, han tenido un notable desarrollo en Colombia a partir de la deficiencia que presenta la administración de justicia estatal, y que comúnmente se ha denominado “*congestión judicial*” o como la Corte Constitucional le llama “*mora judicial*” y que se ha definido como un fenómeno multicausal, que en algunas ocasiones es de origen estructural, que conlleva a que no exista la posibilidad para que los asociados disfruten efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia:

“[E]l derecho a acceder a la justicia es un derecho fundamental que, además, forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, y tiene un significado múltiple que comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres, que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional” (Corte Constitucional, Sentencia C-222 de 2013).

lo cual puede evidenciarse como resultado de acumulaciones procesales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos (Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017), y que se puede evidenciar en tres situaciones concretas:

1. Incumplimiento de los términos legales para adelantar actuaciones judiciales;
2. No existe un motivo razonable que justifique dicha demora;
3. Y la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial (Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017).

Guevara Agudelo (2017) a su vez decanta como causas de la congestión judicial en Colombia, la carencia de funcionarios judiciales, la excesiva carga laboral, la implementación de la acción de tutela y del habeas corpus, los actos dilatorios por los

apoderados de las partes, y la excesiva ritualidad, así como el culto a las formas; a la vez que establece como consecuencias de la mora judicial, la pérdida progresiva de calidad en los fallos judiciales, la desconfianza ciudadana e inseguridad jurídica, al igual que el incremento desmesurado del fenómeno de justicia por mano propia.

Actualmente, la congestión judicial en términos numéricos se presenta de la siguiente manera, y es que según la Contraloría General de la República a 2019 por cada 100 procesos judiciales, 50 quedaron pendientes para trámite y resolución de fondo, lo que se traduce en un índice de congestión efectivo alcanzó el 50,75%, que afecta las diferentes ramas de la siguiente manera:

- J. administrativa, con 60,02%.
- J. disciplinaria, con 58,84%.
- J. laboral, con 57,63%.
- J. civil, con 53,59%.
- J. de familia, con 53,25%. (Vanguardia, 2020).

Por lo anterior, y dada la necesidad que se pueden resolver las controversias de la mejor manera posible, se han desarrollado alternativas que buscan a partir de la autonomía de las partes, acudir a un juez diferente del estatal en pro de obtener mayor celeridad, economía y eficacia, así deban realizar sufragar económicamente los gastos que implica dicha decisión. En tal sentido, los MASC son mecanismos alternativos que se encuentran amparados por la Ley, y que acorde con las necesidades sociales puede variar la cantidad de utilidades, pues dentro de los mecanismos autocompositivos el más connotado por la ciudadanía es la conciliación, mientras que, tratándose de heterocompositivos el más usual es el arbitraje.

Ahora bien, tratándose específicamente de la conciliación, esta ha tenido un largo pero ajuzgado reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional, al tiempo que se ha observado como el legislador ha previsto para los diferentes procesos en las diversas ramas, tener por requisito de procedibilidad el agotamiento de la vía conciliatoria y permitir que en cualquier momento del proceso, las partes puedan acudir a ella, al respecto vale citar algunas normas procesales vigentes:

- La Ley 1437 de 2011 -CPACA-, art. 180: “En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento”.
- Ley 1564 de 2012 – CGP-, art. 372: “Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento”.
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, art. 19: “La conciliación podrá intentarse en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda.”
- Ley 1563 de 2012 – Estatuto de Arbitraje-, art. 24: “Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvencción, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados.”

De igual manera, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha conceptualizado a la conciliación como “un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable” (Sentencia C-902 de 2008), y ha diferenciado cuando se presenta en el escenario judicial, de cuando se realiza fuera de un proceso.

En tal sentido, la *conciliación extrajudicial* se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, mediante la cual, las partes resuelven de manera pacífica su problema o conflicto sin tener que acudir a un juicio, y que, a su vez, se ha dividido en conciliación en *derecho* cuando es realizada a través de centros de conciliación o ante autoridades investidas de funciones conciliatorias; y en *equidad* cuando se realice ante conciliadores facultados para decidir de esta manera (Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2008).

De su lado, la *conciliación judicial* es un medio de resolución del conflicto a través de una decisión o fallo, de tal forma que coloque fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta solución de la controversia el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo

entre las partes del litigio, está investido para convalidar lo acordado por las partes, otorgándole efectos de cosa juzgada (Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2008).

Como características genéricas a las dos modalidades de conciliación se encuentran de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-893 de 2001:

1. Es un mecanismo de acceso a la administración de justicia que permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de los derechos, no siendo siempre como imposición judicial, sino más como búsqueda autónoma de los asociados.
2. Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso de este, el cual puede ser voluntario, u obligatorio como requisito de procedibilidad.
3. Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero permitiendo que ambas partes ganen mediante la solución de este y eviten los costos y consecuencias que un proceso judicial trae consigo.
4. El conciliador en tanto administrador de justicia lo realiza de manera transitoria, y su capacidad de acción germina de la habilitación de las partes, conforme los términos preceptuados por el artículo 116 constitucional.
5. También se presenta habilitación cuando las partes solicitan el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación.
6. El régimen de impedimento y recusaciones de los funcionarios conciliadores se rige por lo estatuido para el efecto por el Código General del Proceso.
7. Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final que el conciliador avala mediante un acta tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo (artículo 66 de la Ley 446 de 1998).
8. Por regla general es susceptible de ventilar por esta vía los derechos transigibles y por parte de sujetos capaces de disponer.
9. Están excluidos asuntos de orden público o que estén regulados por normas imperativas que son las relacionadas con el orden constitucional (artículo 4 constitucional) y el orden público, así, se encuentran, la seguridad del Estado, las normas procesales (artículo 13 del C.G.P.), los intereses de terceros, las buenas

costumbres (artículo 16 del Código Civil) y la moralidad en el ejercicio de los negocios (Melo Rubiano, 2015).

- 10.** La conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia.

Así las cosas, se han considerado como ventajas de la conciliación, entre otras, que su fundamento yace en la autonomía de la voluntad de las partes en su expresión conflictual, de tal manera que a ella puedan acudir los ciudadanos en tanto sean sujetos con capacidad de disposición para solucionar sus conflictos. Igualmente, el hecho de que las personas acudan a la conciliación y de tener un acuerdo entre las partes quedan satisfechas, genera como resultado que la mejor solución a un conflicto sea aquella que las mismas partes han acordado. Asimismo, se alude a la efectividad del acuerdo conciliatorio en tanto que la Ley le otorga el merito de cosa juzgada y el tránsito a merito ejecutivo, adecuando su efectividad al mismo nivel de una sentencia judicial (Baquero Vanegas, 2017).

Asimismo, mediante la conciliación, las partes solucionan sus conflictos de una forma más expedita, si se le compara con la duración que tienen los procesos judiciales en Colombia, en el sentido, en que la duración de la negociación directa propia de este MASC la colocan las partes. Igualmente, la rapidez que se predica de la conciliación también redundará en disminución de costos económicos tanto tangibles como intangibles. Finalmente, al ser un mecanismo autocompositivo, las partes tienen las prerrogativas de control del procedimiento y sus resultados, y de contar con confidencialidad o reserva de la información suministrada durante la audiencia, y al cual aplica todo el régimen previsto de protección de la información que yace en los procesos judiciales (Baquero Vanegas, 2017).

Frente a las desventajas que pueden predicarse de esta forma de resolución de controversias, se debe decir que la doctrina y la jurisprudencia son tímidas de manifestarlas, sin embargo, no por ello, se puede decir que no existan, en tal sentido, puede aseverarse que, sin tener una generalización apresurada de las afirmaciones, así como dejar claridad, que para efectos de observar las desventajas que contiene la conciliación en la actualidad sea menester siempre

acudir al caso concreto, son cuatro las situaciones complejas que afronta este MASC de cara a la eficacia que se reputa de su naturaleza.

En primer lugar, se predica que, en ocasiones por las circunstancias de los conflictos, así como derivado de la naturaleza de la controversia, las partes requieren que quien acuda a ser un tercero en la solución de esta, tenga conocimientos de experticia de cara a generar alternativas más realizables de solución, y que no simplemente sea un mero espectador del conflicto y las desavenencias que expongan las partes.

En segundo lugar, se encuentra que en la práctica la conciliación se ha convertido en un requisito más para acudir a la jurisdicción, donde en la mayoría de las ocasiones y por la complejidad que ha escalado el conflicto ya no existe interés directo de las partes por solucionar pacíficamente y de forma directa la controversia. Finalmente, y tratándose de conciliaciones que versan sobre obligaciones dinerarias, se ha observado, que en ocasiones el incumplimiento de las mismas ocasiona que la parte afectada tenga que acudir a la jurisdicción para solicitar la ejecución de dicha obligación, lo cual ocasiona que la administración de justicia se congestione, al respecto valga traer a colación que el Consejo Superior de la Judicatura (2016), recientemente evidenció a propósito de la mora judicial que contiene la jurisdicción civil, que de 1280 procesos que contiene un despacho para ser admitidos, un 65% es decir 803 demandas dan cuenta de pretensiones de naturaleza ejecutiva.

3. El trámite de insolvencia de persona natural no comerciante durante la pandemia.

Como se observó con antelación, durante el término que duraron los dos estados de emergencia que declaró el gobierno nacional para conjurar la crisis que ha traído para el país la pandemia del COVID-19, y particularmente para la economía, se expidieron tres Decretos que reglamentan la insolvencia empresarial y que fueron expuestos con antelación.

Ahora bien, en virtud del numeral 7 del artículo 241 que reza:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 7. Decidir definitivamente sobre la

constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”

Y el párrafo del artículo 215[†] de la Constitución Política que indica:

“El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

La Corte Constitucional realizó el control automático de constitucionalidad del Decreto 560 de 2020 a través de la Sentencia C-237 de 2020, y del Decreto 772 de 2020 por medio de la Sentencia C-378 de 2020. El máximo tribunal examinando la constitucionalidad de los Decretos en el amparo del estado de excepción tiene presente el análisis de la parte formal que cumpla tres exigencias básicas: i) la suscripción por el presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Asimismo, examina el fondo o contenido material de la norma analizada y que comprende el escrutinio de los principios que guían los estados de excepción (Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2020).

Respecto al examen material de fondo, en la Sentencia C-237 de 2020 el máximo tribunal constitucional expresó en relación con el contenido del Decreto 560. En primer lugar, que el riesgo de una crisis empresarial profunda no es una cuestión hipotética o conjetural y en este sentido el COVID-19 ha generado el reto de preservación de la actividad económica organizada y de las múltiples iniciativas privadas, aunado a la generación de empleo y riqueza en tiempos agudos, por ello, la Constitución no es indiferente a dicha coyuntura por las siguientes razones:

1. La empresa es base del desarrollo y la Constitución establece una libertad general para su ejercicio (artículo 333 superior).

†

2. La actividad económica organizada constituye una de las fuentes de empleo más significativas, de tal forma que su protección permite el ejercicio del derecho al trabajo y de la protección del empleo (artículos 25, 53 y 334 superiores).
3. Las empresas producen, transforman y colocan en circulación bienes y servicios, de cuya existencia depende la subsistencia de otros sectores de la economía, por lo que, un impago generalizado de las obligaciones puede afectar los derechos e intereses de los acreedores (artículos 58 y 333 constitucionales).
4. La generación de excedentes de las actividades empresariales constituye un presupuesto de las labores de recaudo tributario (artículos 338 y 363 de la Carta Política).

Tras realizar dicho análisis y constatar que es necesario que el ordenamiento jurídico colombiano prevea unas reglas de salvamiento empresarial, con miras a que el Estado reactive la economía interna, la Corte Constitucional determinó los límites que debe cumplir la expedición del Decreto 560 de 2020 y que se relacionan a continuación: i) la obligación de fijar reglas que garanticen la prevalencia de créditos en función de los sujetos destinatarios y las necesidades que con ellos se satisfacen, ii) el deber de protección del debido proceso, iii) la obligación de respetar la propiedad privada y los derechos adquiridos conforme a la ley, y iv) la igualdad de los acreedores y el derecho a participar en las decisiones que los afectan.

Realizado el análisis anterior, el máximo tribunal adujo que el contenido del Decreto 560 de 2020: i) supera las exigencias a los decretos legislativos adoptados en desarrollo del estado de emergencia, ii) el objeto de la regulación se inscribe en la urgencia de procurar la continuidad de la empresa como base del desarrollo y fuente generadora de empleo, iii) intenta ofrecer soluciones de reestructuración económica y que están comprendidas por el margen de acción del que dispone el presidente de la República, iv) establece dos procedimientos de negociación orientados a incentivar instancias ágiles de negociación de acuerdos de reorganización a fin de enfrentar las dificultades del deudor, y v) adopta medidas tributarias para que las empresas dispongan de recursos para poder continuar con el giro ordinario de los negocios.

Por lo anterior, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto 560 de 2020, dejando la exequibilidad condicionada de los artículos 3º, 4º, 5º y 8º bajo las siguientes consideraciones:

- Respecto al artículo 3º bajo el entendido que entre las pequeñas acreencias a las que se refiere la norma en mención, se encuentran comprendidas las correspondientes a créditos de alimentos a favor de menores de 18 años y adultos mayores.
- En relación con el artículo 4, bajo el entendido que no podrán afectarse los créditos por alimentos a favor de adultos mayores.
- Respecto al artículo 5 las rebajas de sanciones, intereses y capital a que alude no significan en ningún caso la posibilidad de la condonación de deudas fiscales.
- Finalmente, en referencia del párrafo primero del artículo 8º también se encuentran excluidos de la permisión de aplazamiento, los créditos de alimentos a favor de menores de 18 años y adultos mayores.

De igual manera, se encuentra la Sentencia C-378 de 2020, que declaró la exequibilidad de los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 14, 15, 16 y 17 del Decreto 772 de 2020 bajo los argumentos que la expedición de la norma por parte del Gobierno nacional fueron expuestos adecuadamente y con suficiencia, en donde, igualmente se logró evidenciar que los efectos de la crisis empresarial originada como consecuencia de la extensión de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio para la contención de la pandemia del Covid-19, exigía una intervención especial en el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006, acorde a la coyuntura.

No obstante, el máximo tribunal declaró la exequibilidad condicionada del párrafo 1 del artículo 3 del Decreto Legislativo 772 de 2020 en el entendido de que la disposición de facilidades tecnológicas y apoyo en la secretaría del despacho para el diligenciamiento y radicación de la solicitud y su información y/o la radicación en físico de documentos y memoriales, aplica para todos los sujetos del concurso. Por otra parte, declaró la inconstitucionalidad de las expresiones “e interventor” y “e intervención” del inciso primero del artículo 7, la expresión “o no presentar la sustentación durante la misma,” contenida en el párrafo 2 del artículo 11 y el párrafo 3 en su integridad, así como la inexecutable del párrafo 3 de Artículo 12 y del Artículo 13 en su totalidad.

Ahora bien, se observó que durante la pandemia del Covid-19 el gobierno colombiano ha proferido sendas normas de reestructuración empresarial que buscan generar instrumentos legales y económicos para que las empresas en tanto detentadoras del empleo, y artífices del desarrollo del país, puedan continuar sus actividades negociales, teniendo para ello, un espacio de diálogo y concertación con sus acreedores.

De esta manera, ha sido notable como la mayoría de la población ha identificado este mecanismo, pero no ha identificado que para personas naturales no comerciantes, también existe un régimen previsto en el Código General del Proceso y que puede ser una útil herramienta de cara a negociar sus acreencias incumplidas por ocasión de la pandemia, en este sentido se ha expresado que “[l]a ley [1564 de 2012-Código General del Proceso] no ha tenido la divulgación que esta merece y las personas naturales siguen experimentando el estrés que una situación de estas genera sin conocer que existen soluciones de negociación con todos los acreedores en la misma mesa” (Botero, 2020).

Desconocimiento que de por sí ya genera una dificultad de acceso a la insolvencia, aunado al hecho de un dilema que tiene que afrontar el deudor y que es el tarifario, puesto que los gastos a sufragar durante el desarrollo del trámite de insolvencia están a cargo del deudor, por lo cual resulta contradictorio que quien se declara en insolvencia económica por cesación de pago, tenga además que asumir los costos del servicio, cuando precisamente es de su interés acudir a este medio de “respiración económica”, dada su falta de liquidez, en tal sentido:

“[L]as tarifas fijadas en el Decreto reglamentario han resultado demasiado onerosas para las personas que se encuentran en situación de insolvencia pues de por sí, cuando llegan a esta situación, no solo están en dificultades de atender sus necesidades básicas sino que para acudir a este trámite en muchas ocasiones deben acudir a un nuevo préstamo con lo cual agravan más su situación económica” (Nieto, 2016, p. 3).

Concomitante con otras dificultades que se pueden sintetizar en, primero, el deudor debe demostrar en realidad que es un no comerciante, segundo, se presenta la situación problemática de si las personas que acuden al trámite de insolvencia de no comerciante y tienen participación en una sociedad comercial o son administradoras de la misma, pero

carecen de la condición de controlantes, pueden ser sujeto del régimen de la Ley 1564 de 2012, puesto que existen antecedentes jurisprudenciales que consideran que ostentar el cargo de representante legal de una sociedad comercial, convierte a mercantil la calidad de la persona que ostenta dicho cargo (Nieto, 2016).

Igualmente, puede darse una situación particular al inicio del trámite y que incida en la etapa de negociación de deudas, se trata de la notificación a los acreedores, que, por ejemplo, no pueden ser citados para hacerse parte del mentado trámite, por cuanto el deudor carece de conocimiento de su correo electrónico (que es la forma de notificación contemplada en los Decretos anteriormente analizados y concordantes con el Decreto 806 de 2020), o que conociendo la dirección del que era su domicilio se entera que para el momento de comenzar la insolvencia, ya no vive allí, o modificó su lugar de negocios (Nieto, 2016).

Tal anomalía puede desencadenar que el hecho de no poder notificar al acreedor respectivo, deje al conciliador en una situación apremiante ya que una de sus obligaciones es la de “ citar al deudor y a sus acreedores de conformidad con lo dispuesto en este título” (Numeral 1° del artículo 537 del C.G.P.), lo cual conllevará al trámite de emplazamiento y del consiguiente nombramiento de un curador ad litem, término de tiempo durante el cual, el trámite de la insolvencia tendría una suspensión que no está contemplada en la Ley, y que atentaría contra el principio de celeridad del mismo (Nieto, 2016).

Asimismo, se ha observado, que, en algunas ocasiones, cuando el deudor acude a la insolvencia, y notifica a sus acreedores del sector financiero del trámite, algunas entidades financieras registran una calificación negativa, por el hecho de que el deudor decida acudir a esta instancia de negociación de deudas, de igual manera, se ha observado que en algunos sectores de la población, existe la visión errada de considerar que una persona al declararse en insolvencia por cesación de pagos, es porque “la insolvencia está dada para no pagar”, lo cual es completamente erróneo.

Finalmente se han identificado otras desventajas que trae el actual régimen de insolvencia de persona natural no comerciante y que se pueden resumir en la desprotección a los deudores en debilidad manifiesta, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia en distintos fallos, se hace necesario acudir a la acción de tutela para la protección al deudor que se encuentre en dicha situación, al respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

“Como consecuencia de ese obrar del Banco, se violaron los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad de la actora y de su compañero. El primero, por cuanto, pese a tratarse de personas merecedoras de protección especial en razón de las difíciles circunstancias por las que atraviesan, se las sometió al mismo tratamiento a que se somete a un deudor que no se encuentra en tales condiciones de debilidad. De este modo, al no considerarse su condición especial, se les dio un tratamiento discriminatorio en virtud del cual se les exigió el cumplimiento forzado de una obligación con total indiferencia con su condición de debilidad manifiesta. y el segundo, por cuanto a los deudores se les negó el tratamiento debido a todo ser humano por su sola condición de tal; es decir, se les negó su condición de seres dotados de razón, libertad y responsabilidad, se los cosificó pues se vio en ellos sólo el sujeto pasivo de una obligación mercantil incumplida pero no unos seres humanos merecedores de tratamiento especial en razón de su estado de debilidad” (Sentencia T-170 de 2005, subraya no original).

En consonancia la doctrina ha manifestado que es necesario realizar una reforma para incluir y/o ubicar en un lugar determinado al interior del régimen de persona natural no comerciante a los deudores, que ostentan tal calidad, ya que, en la actualidad no encuentran reconocimiento en la normatividad vigente, teniendo entonces que acudir al juez de tutela decidir para que decida acerca de la protección que debe dársele o no, según el caso concreto, a los deudores en estado de debilidad manifiesta (Montiel Fuentes, 2014).

Conclusiones.

El derecho concursal o derecho de insolvencia en Colombia desde su configuración en la década de los años cuarenta del siglo XX, hasta la actualidad ha procurado por contener las reglas que direccionen la negociación de deudas entre el deudor y los acreedores, cuando aquel se declara en cesación de pagos o incapacidad de pago inminente, con miras a generarle posibilidades de reestructuración del patrimonio para que, por regla general, pueda negociar la forma de cumplimiento de sus obligaciones, sin necesidad que los bienes constitutivos de su peculio llegaren a ser perseguidos, acudiendo de forma excepcional a la etapa de liquidación del mismo.

Actualmente, el régimen de insolvencia en Colombia tiene doble regulación atendiendo al criterio de especialidad y de la naturaleza de los deudores, teniendo para el caso de los sujetos de derecho comercial, tanto personas naturales, como jurídicas, la Ley 1116 de 2006, y para quienes siendo personas naturales que no ostenten la calidad de comerciantes, lleven su reestructuración acudiendo a lo regulado por la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

A partir de la pandemia del Covid-19 y especialmente desde la declaración del estado de excepción por emergencia por parte del gobierno nacional, el Estado colombiano profirió normas que regulen la reestructuración empresarial y la salvación económica del gremio productivo nacional, contando para ello con un régimen especial que adecuado a las consecuencias que ha traído la pandemia para la economía doméstica, puedan evitar la liquidación, continuar ejerciendo su actividad y de esta manera contribuir al mantenimiento del empleo, el desarrollo del país, y el crecimiento sostenible de la nación.

No obstante, lo predicho, se considera que el actual régimen de insolvencia de persona natural no comerciante además de ser una institución del derecho nacional que en los años de vigencia de la norma, no ha sido lo suficientemente conocida, ni aplicada en debida forma por la población, llegando a considerársele una figura legal que sirve para no pagar, cuando se sabe que tal no es más que una falsedad, pues lo que busca la insolvencia es otorgarle un respiro económico al deudor, para que en unas condiciones optimas para él y sus acreedores, pueda dar cumplimiento a sus obligaciones.

Así las cosas, se tiene que si bien esta dada la norma para que se propicien tramites de insolvencia de persona natural no comerciante, la poca practica que se tiene de ella, aunado al hecho que, no existe suficiente publicidad de la misma para que la población, en su mayoría consumidora, y ostentadora de ser sujetos que dinamizan la economía interna, puedan en casos de crisis graves como la que actualmente el mundo está atravesando, contar con medios excepcionales que coadyuven a la protección del crédito, el respeto de los derechos ajenos y la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común.

Bibliografía

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2005.

Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2012

Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2020.

Corte Constitucional, Sentencia C-378 de 2020.

Doctrina

Baquero Vanegas, L. (2017). *La congestión judicial como una de las Principales causas para que los ciudadanos decidan tomar la Justicia por mano propia*. Bogotá: Universidad Libre, Facultad de Derecho. Disponible en [<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15966/MONOGRAF%C3%8DA%20FINAL%20-%20ENTREGA%20CENTRO%20DE%20INVESTIGACI%C3%93N-.pdf?sequence=1>]

Botero, E. (2020). “*Por la pandemia tendremos un incremento en las deudas que personas naturales no podrán pagar*”. Disponible en [<https://actualicese.com/por-la-pandemia-tendremos-un-incremento-en-las-deudas-que-personas-naturales-no-podran-pagar/>]

Botello-Peñaloza, (2015). Determinantes del acceso al crédito de las PYMES en Colombia. En *Revista Ensayos de economía*, Volumen 25, No. 46, pp. 135-156.

Cano, Esguerra, García, Rueda, Velasco. (2014). *Inclusión financiera en Colombia*. disponible en [<https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/6618/6.%20Inclusi%C3%B3n%20financiera%20en%20Colombia.pdf?sequence=2&isAllowed=y>]

Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Resultados del estudio de tiempos procesales*. Bogotá: Corporación Excelencia para la Justicia. Disponible en [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0]

Cuberos Gómez, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. *En Revista de Derecho Privado*, núm. 34, junio, 2005, pp. 27-54. disponible en [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri168.pdf]

Guevara Agudelo, L.K (2017). *La congestión judicial como una de las principales causas para que los ciudadanos decidan tomar la Justicia por mano propia*. Bogotá: Universidad Libre, Facultad de Derecho. Disponible en [<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15966/MONOGRAF%c3%8dA%20FINAL%20-%20ENTREGA%20CENTRO%20DE%20INVESTIGACI%c3%93N-.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]

Melo Rubiano, E. (2015). *La recepción de la nova lex mercatoria en el régimen de fuentes del derecho privado colombiano: la eficacia del acto jurídico por su objeto*. Bogotá: Universidad Santo Tomás. Disponible en [<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1985/Rubianomelo2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]

Montiel Fuentes, C.M. (2014). “La debilidad manifiesta de algunas personas naturales no comerciantes en estado de insolvencia”, en *Revista E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 1, enero-junio, 2014, pp. 29-48.

Nieto, L.A. (2020). *Insolvencia (negociación de deudas) de persona natural no comerciante. ¿mito o realidad?*, disponible en [<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Conciliacion-e-insolvencia/Articulos-academicos>]

Rodríguez Espitia, J.J. (2020). *Nuevo régimen de insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rojas Castañeda, D. (2020). *Supersociedades ha recibido 135 solicitudes de insolvencia durante la crisis*. Disponible en [https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/supersociedades-ha-recibido-135-solicitudes-de-insolvencia-durante-la-crisis-3016570]

Vanguardia. (2020). *Congestión judicial es superior al 50%: Contraloría*. Disponible en [https://www.vanguardia.com/colombia/congestion-judicial-es-superior-al-50-contraloria-CH2669141]

Normatividad

Decreto 750 de 1940

Decreto 2677 de 2012

Decreto 417 del 17 de marzo de 2020

Decreto 560 de 2020.

Decreto 637 de 2020.

Decreto 772 de 2020.

Decreto 842 de 2020.

Ley 1116 de 2006

Ley 1564 de 2012

Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de salud.