

**EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DEUDOR EN EL
RÉGIMEN DE INSOLVENCIA**

Recuento histórico¹

**The Legal Treatment of Debtors in the Insolvency Regime
Historical Overview**

Mónica Lucía Fernández Muñoz²

Resumen: A partir de una visión histórica, la autora intenta mostrar cómo el nuevo régimen colombiano de insolvencia, refleja una transformación estructural del tratamiento jurídico del deudor, transitando de una figura antiguamente asociada con el fraude y el delito, a un agente económico legítimo que merece respaldo institucional para su recuperación, dentro de un marco de legalidad, eficiencia y presunción de buena fe.

Abstract: Using a historical perspective, the author attempts to show how the new Colombian insolvency regime reflects a structural transformation in the legal treatment of debtor debt, shifting from a figure formerly associated with fraud and crime to a legitimate economic agent deserving of institutional support for recovery, within a framework of legality, efficiency, and the presumption of good faith.

Palabras clave: Insolvencia, deudor, fraude, buena fe, crisis empresarial

Fecha de Recepción: 3 de marzo de 2025

Fecha de Aprobación: 4 de abril de 2025

¹ El presente escrito es producto de la investigación titulada “El fenómeno globalizante en el marco normativo colombiano y su relación con las pequeñas y medianas empresas” adscrito al Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Empresa del Politécnico Gran Colombiano Institución Universitaria (Sede Bogotá)

² Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa (Italia), abogada de la Universidad del Cauca, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible y en Docencia Universitaria. Investigadora y docente del Politécnico Gran Colombiano Institución Universitaria. mfernand@poligran.edu.co. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-7885-8600>

Keywords: Insolvency, debtor, fraud, good faith, business crisis

Introducción

Desde una perspectiva histórica de la insolvencia encontramos que esta figura emergió a partir de una doble connotación que le fue asignada a través del tiempo. En un primer momento, la figura fue entendida desde una perspectiva sancionatoria a través de un procedimiento dirigido a constituir una prevención frente a las conductas perjudiciales del deudor y a aislar a este deudor insolvente de la comunidad. Luego, la figura estuvo dirigida a permitir, dentro del principio de igualdad y a través de una ejecución colectiva, la distribución del patrimonio de aquel deudor que no hubiese tenido éxito en el ejercicio de su actividad empresarial.

Desde una primera perspectiva, la deuda era tomada como un sinónimo de pecado o culpa y con esto la figura del deudor fue entendida negativamente, de tal suerte que la asociación entre los conceptos deuda y culpa fundó sus raíces no solo en el derecho sino en el tejido sociocultural de la sociedad. Desde esta lógica, se consideraba que el deudor debía ser sancionado en cuanto ontológicamente defraudador.

Esta lógica sancionatoria de la persona del deudor, fue gradualmente abandonada y sustituida por una aproximación diferente, basada sobre el presupuesto que entiende a la empresa como un valor que debe ser preservado por el bien de la economía. Bajo esta lógica, emergen hoy en día, más que los padecimientos del deudor, las técnicas dirigidas a permitir que el deudor insolvente pueda celebrar un acuerdo con sus acreedores que le permita nuevamente recomenzar. Dentro de este proceso evolutivo, hay incluso países, donde los nuevos sistemas normativos, contrario a lo que sucedía antaño, impulsan la emersión precoz del estado de crisis empresarial, con el fin de reducir en cuanto sea posible las consecuencias negativas.

En este orden de ideas, la presente reflexión es el resultado de una revisión y análisis con relación al itinerario recorrido, en sus distintas épocas y etapas, desde la percepción que en el marco de los procesos concordatarios se ha tenido respecto a la figura del deudor. Con miras a lograr este objetivo y a partir de un enfoque cualitativo, para adelantar esta investigación teórica, se aplicó el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción como tipos generales de investigación y del mismo modo, la técnica de investigación predominante fue la revisión documental, gracias a la cual, se pudieron revisar distintas fuentes bibliográficas desde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina sobre insolvencia empresarial y más especialmente sobre la historia de los procesos concursales y los deudores insolventes.

Resultados de investigación

I.- Evolución de las regulaciones normativas frente al deudor incumplido

Los estudios históricos muestran que en la Grecia antigua a los deudores del Estado les era impuesta una pena que normalmente estaba reservada a los delincuentes y que consistía en la limitación total o parcial de sus derechos civiles, dependiendo de la gravedad de la culpa. Luego, en el derecho romano arcaico, frente al incumplimiento del deudor se aplicaban sanciones ejemplares las cuales, a efecto de proteger los intereses de los acreedores, terminaban por sacrificar incluso el goce de los derechos civiles de la persona, sancionando el vínculo obligacional de naturaleza patrimonial, con reacciones desde un plano personal. De esta manera, los derechos del acreedor encontraban garantía en la vida del deudor, más que en sus bienes, de tal modo que el deudor insolvente pagaba con arresto, esclavitud o incluso con su muerte.

En el derecho romano el sistema de *legis actiones* contemplaba varios procedimientos en caso de condena del deudor al pago de una suma de dinero. En la *manus iniectio*, por ejemplo, se permitía que el deudor incumplido pudiera ser presentado en público para ser rescatado

por cualquier persona, pero si ninguno lo hacía, podía ser asesinado o vendido como esclavo. Incluso en la Ley de las XII Tablas se encontraba una norma que permitía que el *addictus* (deudor insolvente) pudiera ser vendido en el extranjero como esclavo y esta medida se tomaba no solo para expulsar al deudor de la comunidad romana, sino también, como modalidad indirecta de satisfacción para el acreedor. Y si el deudor tenía varios acreedores, la Ley de las XII Tablas, permitía que fuera asesinado y su cuerpo fuera dividido en partes, entre ellos.

Superado el periodo arcaico del derecho romano, en la segunda mitad del siglo IV a.C. surge la *lex poetelia papiria* con la cual, se logró abolir la institución del *nexum* que permitía, hasta ese entonces, al deudor garantizar un crédito, hasta su extinción, con el servicio subordinado de sí mismo o de un miembro de su familia, en favor del acreedor. A partir de ese momento, los deudores fueron clasificados según que el incumplimiento fuese debido a un hecho accidental o una actuación fraudulenta. De este modo, se ha reconocido que el común denominador de todas las normas romanas hasta el código de Justiniano, tuvieron como común denominador el que los actos que los acreedores ordenaran a sus deudores para obtener la satisfacción de sus derechos, debían ser cumplidos en público, con el fin de que el deudor pudiese recibir una marca de infamia que lo acompañara a todas partes.

A partir del siglo II a.C. desaparece la medida de ejecución en la persona del deudor y surge la *bonorum venditio*, una suerte de ejecución de su patrimonio. No obstante, se considera que la ejecución patrimonial que se presentaba en esa época, golpeaba en realidad incluso a la persona del deudor, pues se agredía indiscriminadamente su patrimonio, aún por encima de la suma adeudada; además, el deudor no tenía modo de recuperar eventuales bienes y créditos posteriores, corriéndose incluso el riesgo de enriquecer a aquella persona que hubiese determinado su desastre personal y patrimonial (Purpura, 2006). Se trataba de una función estigmatizante frente a la colectividad por el hecho del procedimiento relacionado con la venta colectiva de su patrimonio a través de un ritual definido como un funeral civil del

deudor. Incluso Cicerón afirmaba que cuando se vendía en subasta pública el patrimonio del deudor, esa venta operaba no solamente sobre sus bienes más significativos sino, además, sobre aquellos bienes que eran necesarios para nutrirse y vestirse.

Esta exposición del deudor insolvente al escarnio público se conservó durante siglos, incluso hasta el siglo XVIII. En el amplio estudio desarrollado por Nuzzo (2017) se evidencia, por ejemplo, cómo durante la comuna italiana de la época medieval a los deudores quebrados e insolventes se les daba un trato análogo a aquél reservado para los casos de fraude, engaño, perjurio, calumnia y falso testimonio, esto es, la “Mitra infame” a través del cual el deudor era exhibido en lugar público con un tocado de papel en la cabeza, que tenía un símbolo de la culpa imputada, esto con el fin de generarle vergüenza, humillación e igualmente con una intención didáctica y correctiva. Los estudios indican que existen evidencias de que en algunas ciudades italianas los deudores insolventes eran sometidos incluso a rituales complejos como el constreñimiento a desnudarse o la utilización de la *pittura infamante* (pintura difamatoria), es decir, la pintura de la imagen del deudor en lugar público, con una clara indicación de su nombre y su actividad. En suma, el tratamiento reservado a los deudores insolventes era idéntico al previsto para los crímenes graves, como aquellos contra la religión, la moral o incluso aquellos con trasfondo sexual, los cuales, se entendía, necesitaban de penas más severas y ejemplares, incluida, además, la posibilidad de arrestar al deudor una vez declarada su situación de quiebra.

De otra parte, en los principales estatutos comunales de Italia la quiebra era castigada con el denominado *bando perpetuo*, esto es, por ejemplo, la privación del derecho a la ciudadanía, la privación de nombrar un abogado defensor, entre otros. A las sanciones penales se acompañaban frecuentemente numerosas *capitis diminutio*, como la prohibición de ejercitar una actividad mercantil con exclusión del arte donde hubiese sido solicitado el registro o incluso la prohibición de construir relaciones sociales de naturaleza comercial o de realizar un trabajo subordinado bajo el mando de un comerciante.

Por otra parte, en Inglaterra, respecto del primer conjunto de normas que en el año 1542 se ocupó de la insolvencia, se encuentra que también fueron más bien normas incriminatorias y punitivas frente al deudor que verdaderas normas regulatorias del fenómeno de la quiebra. Por ejemplo, frente al caso de insolvencia fraudulenta, se activaba un procedimiento de despojo, administración y distribución coactiva de los bienes del deudor entre sus acreedores. La ley preveía una serie de normas penales para el caso de escape del deudor por fuera del reino, consistentes primero en una orden de rendirse y si no lo hacía en los tres meses siguientes, quedaba por fuera de la protección del Rey y podían ser también tomados como prisioneros quienes hubiesen ayudado al deudor a transferir sus bienes fuera del Reino.

El tratamiento dado a los deudores en bancarrota fue muy similar en Francia, donde también se aplicaban castigos como la prisión, aún de por vida y la condena a pagar una suma de dinero para quienes fueran cómplices en la falsa declaración. Napoleón Bonaparte deseaba que los comerciantes insolventes fueran sancionados en cuanto delincuentes potenciales y por ello dedicó una parte importante del código de comercio a la quiebra y la bancarrota y a la vigilancia de los comerciantes.

Los estudios indican que fue a partir de la segunda mitad del siglo XV que se empezó a presentar una leve señal de cambio con relación a la percepción punitiva de la insolvencia. A partir de esa época, empezó a darse una mayor atención a las causas que habrían llevado al deudor a la insolvencia, distinguiendo entre quienes hubiesen llegado a la bancarrota por conductas culposas o dolosas y quienes a pesar de haber actuado honestamente, se hubieran convertido en víctimas de eventos infaustos capaces de alterar el futuro de su empresa. Apareciendo de este modo la figura del “deudor honesto pero desafortunado”, la cual rompe la tradicional asociación conceptual que se tenía entre persona arruinada y persona delincuente. De esta manera, terminó por considerarse que la insolvencia no debía considerarse más como un delito con base en una presunción *iure et de iure*, sino que debía

considerarse bajo una presunción *iuris tantum* la cual podía ser desvirtuada probando que el estado de ruina o quiebra estaba determinado por un caso fortuito y que el comportamiento del comerciante estaba motivado por razones diferentes al fraude de sus acreedores.

Así, poco a poco el estado de insolvencia se entendió como causado no por un comportamiento doloso del deudor, sino por circunstancias extrañas a su voluntad. De este modo, se empieza a reconocer que recurrir a un endeudamiento, según los intereses del deudor o del acreedor, comportaba naturalmente la asunción de un riesgo que debía entrar en el ejercicio de los negocios. De esta manera, el acreedor podía asegurarse frente a las posibles pérdidas, aplicando un interés adecuado; reconociendo, además, que el patrimonio del deudor, y no su libertad personal, era el que entraría a garantizar sus deudas frente al acreedor.

En la segunda mitad del siglo XVII ya se habían empezado a adoptar procedimientos simples que permitían el descargue de las deudas; sin embargo, el principio según el cual, al deudor honesto, pero desafortunado, que cumpliera los requisitos legales, se le debía garantizar la posibilidad de liberarse de las deudas, fue definitivamente consagrado en el sistema inglés, siendo de este modo el primer sistema en iniciar a presentar todos los elementos de una moderna legislación concursal.

Fue hasta el año 1869 que la prisión por deudas empezó a abolirse, pero al final del siglo XIX millares de personas se encontraban en la cárcel por no haber pagado sus deudas, pues aún persistía la regla de la posibilidad de encarcelar a quien tuviese deudas inferiores a 50 libras esterlinas a pesar de contar con el dinero para pagar. Después de unificarse la disciplina reservada a los deudores comerciales (es decir aquellos que empleaban el dinero prestado en una actividad lucrativa) y los deudores no comerciales o comunes (entendidos como aquellos que contraían una deuda por razones de subsistencia), en el año 1970 tuvo lugar la completa supresión de la prisión por deudas.

Con fundamento en lo antes expuesto, podemos observar el itinerario general que sufrió la insolvencia para llegar a convertirse en la figura de salvamento, como la entendemos hoy. Y en este recorrido es importante reconocer que los estancamientos derivados de las crisis económicas, alentaron también a reformar la disciplina de la insolvencia con el fin de atemperar los efectos de esas crisis económicas. Con ello se pasó de un modelo que prácticamente expulsaba a los deudores comerciantes del mercado, a través de la cesación de la actividad de sus empresas, a un nuevo modelo que puso en el centro de su atención a las relaciones comerciales y no más a las consecuencias sancionatorias sobre la persona del deudor. Por esta vía se logró dar una segunda oportunidad a esos deudores insolventes y operó una suerte de dulcificación de las normas concursales.

Con esta nueva visión, la mayor parte de los ordenamientos concursales en Europa, enfatizaron la diferencia entre deudores honestos y deshonestos, presumiendo que todos son honestos e individualizando para sancionar solo a aquellos que efectivamente tuvieran comportamientos fraudulentos, es decir, que actuaran de mala fe. Igualmente, en el marco de una tendencia general hacía entender la insolvencia como un elemento natural o una eventualidad en el ciclo de la empresa, operó la sustitución del término “quiebra” por expresiones equivalentes a “insolvencia” o “liquidación judicial” con el fin de evitar el aura de negatividad y descrédito que históricamente acompañó a esa figura.

II.- Itinerario regulatorio del deudor en los regímenes de insolvencia en Colombia

Según Vélez (2011), en Colombia es posible agrupar en cuatro etapas la regulación sobre los procesos de insolvencia: Una primera caracterizada por la protección de los acreedores y la sanción del deudor, correspondiente a la vigencia del Decreto 750 de 1940; una segunda etapa de transición dirigida a la protección de la empresa y en la que se abandona la postura severa contra el deudor, que coincide con el Decreto 2264 de 1969 y el Decreto 410 de 1971; una tercera etapa donde se consolida la finalidad de protección a la empresa como fuente de

empleo y explotación económica, correspondiente a la Constitución de 1991, la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999; y una cuarta etapa en la cual se produce la consolidación normativa de un régimen de insolvencia, con la protección de la empresa como criterio prioritario y la *par conditio creditorum* como principio estructural.

En efecto, uno de los principios medulares de los procesos concursales ha sido el de *par conditio creditorum* o principio de igualdad de los procesos concursales, de acuerdo con el cual, se persigue que los créditos sean pagados en igual forma, proporción y plazo, exceptuando los órdenes o categorías de pago fijados por la ley. En consecuencia, en los créditos de la misma clase, se entiende que debe respetarse la igualdad de tratamiento para todos los acreedores a efecto de evitar la discriminación entre ellos y como una forma de soportar en igual grado la pérdida derivada de la insolvencia del deudor (Corte Constitucional, T-441 de 2002).

Así pues, los estudios indican que hasta la promulgación de la Ley 153 de 1887 rigieron las leyes españolas que aludían a la quiebra; no obstante, antes de abolirse dichas normas, Colombia había promulgado el Código de Comercio Terrestre, donde se consagraban cinco (5) clases de quiebras (suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento). Bajo este régimen, se apreciaba un presupuesto objetivo para el concurso, esto es, la cesación en el pago de las obligaciones, lo cual, junto con la falta de capacidad para cubrirlas de manera inmediata, conducía indefectiblemente a la quiebra y, de esta manera, no se tenía en cuenta la causa o el motivo de dicha cesación de pagos (Cuberos, 2005, p.42).

Posteriormente, vinieron las reformas de los años 1940 con la ley de quiebras; y luego, en el año 1969, se puso en marcha el concordato preventivo. Así, a través del Decreto 750 de 1940, se estableció un régimen de quiebra con el fin de dar seguridad al crédito, a través de la celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota y de un régimen severo con el

deudor que incluso presumía su culpa, lo inhabilitaba comercialmente y castigaba penalmente todo acto de negligencia o engaño. Bajo este panorama, el propio art. 1 del Decreto 750 de 1940, disponía que entraba en quiebra todo comerciante que sobreseyera o cesara en el pago corriente de sus obligaciones.

De este modo, era deber del deudor poner en conocimiento del juez su situación y demostrar que la quiebra no provenía de su culpa, de tal manera que para el deudor-quebrado no culpable, existía la posibilidad de llegar a un acuerdo de pagos con sus acreedores, denominado “concordato”, el cual, debía ser aprobado en audiencia, por la mayoría simple de los acreedores presentes siempre que representaran el 80% del pasivo; además, se exigía la aprobación del juez y se permitía al deudor no culpable ser rehabilitado, una vez cumpliera con las obligaciones del concordato.

Esta etapa histórica comprendida entre los años 1940 a 1969 (cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable del Decreto 750 de 1940) es conocida como la **etapa peligrosista** por incorporar un régimen muy severo para el comerciante quien era considerado en quiebra solo por el hecho de incurrir en mora en el pago de sus obligaciones (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021, p.17).

Posteriormente, durante la denominada **etapa de intervención del Estado en la economía**, en el año 1969 se expidió el Decreto 2264 a través del cual se crearon dos nuevos mecanismos para que el deudor pudiera establecer unas nuevas reglas para el relacionamiento con sus acreedores, que le permitieran, de ser posible, superar su situación. Dichas figuras se denominaron: concordato preventivo potestativo y concordato preventivo obligatorio, considerados como mecanismos recuperatorios de la empresa, los cuales, sin embargo, luego de un corto tiempo se consideraron insuficientes para enfrentar la crisis empresarial que caracterizó los años 1982 a 1986 (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021, p.17).

Por estas razones, el Decreto 2264 de 1969 fue derogado por el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), que en sus artículos 1910 a 1936 reguló el mecanismo del concordato (preventivo potestativo y obligatorio) para el caso de iliquidez y en sus artículos 1937 y 2010 reguló el proceso de quiebra, para el caso de insolvencia, entendida como desbalance entre activos y pasivos.

Según Sotomonte (2005, p.21), esta reglamentación también presentó deficiencias conllevando a la elaboración de varios proyectos que buscaban su reforma. Es así como se produce la reforma del año 1989 con la expedición del Decreto 350 (nuevo régimen de los concordatos preventivos), en el cual se hizo evidente un giro hacia la protección del empresario, restando protagonismo a los acreedores (Vélez, 2011).

El citado Decreto, en su art. 2 señalaba lo siguiente:

“... El concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito...”

Ulteriormente, llega lo que se conoce como **etapa aperturista** que inició con la promulgación de la Constitución de 1991 (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021, p.18). Durante esta fase se promulgó la Ley 222 de 1995 que consagró el concordato y la liquidación obligatoria (en reemplazo de la quiebra). Esta ley ha sido considerada una etapa fundamental en el proceso de sustitución gradual de la drástica figura de la quiebra por los procedimientos concursales, incluyendo el trámite de liquidación obligatoria, en búsqueda de la satisfacción del pago de obligaciones, pero permitiendo generar posibilidades de recuperación al deudor.

Esta Ley 222 de 1995 introdujo, además, cambios a través de la unificación del concordato potestativo y obligatorio en un solo trámite denominado concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, con el fin de lograr la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

Sin embargo, debido a la crisis económica de finales de los años noventa, que dejó una gran cantidad de sociedades en insolvencia, se generó la necesidad de poder contar con un régimen transitorio que permitiera un procedimiento más ágil y que facilitara reaccionar a la coyuntural crisis económica. Dicho régimen fue creado a través de la Ley 550 de 1999, la que suspendió el proceso concordatario y lo reemplazó por el “acuerdo de reestructuración”, definiéndolo en su art. 5 de la siguiente manera:

“... la convención que ..., se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo...”

Esta Ley 550 de 1999, tenía como objetivo, lograr un convenio con los acreedores, a fin de mantener la empresa, haciendo los ajustes que fueran necesarios para que pudiera superar la crisis sin necesidad de ser liquidada. Para tal fin, las acreencias podían incluso ser convertidas en acciones de capital de la empresa, en bonos de riesgo o en ventajas en la participación.

En la evolución histórica de los procesos concordatarios en Colombia, a esta norma se le atribuyó un importante éxito en la recuperación de empresas en crisis y ha sido considerada como la más efectiva en la historia de los procesos concursales, pues la agilidad en su trámite permitió un importante éxito en términos de empresas recuperadas.

De acuerdo con Cortés:

“la ley 550 de 1999, que establecía un procedimiento extrajudicial más amigable, donde las partes acordaban flexibilidad en sus obligaciones, en aras de poner fin a todas las deudas que habían adquirido en el ejercicio de sus actividades comerciales, dicha ley brindaba mecanismos únicamente para las empresas en situación de crisis, donde su principal objetivo era la reestructuración o reactivación empresarial, a través de ella el legislador se propuso recuperar las empresas en situación de crisis, para evitar que quebraran y lograr una economía un poco más estable, a diferencia del anterior régimen esta ley estaba diseñada para salvar las empresas con dificultades económicas dentro de una economía en crisis y desestabilizada, debido a la situación económica por la que atravesaba el país en dicha vigencia”. (2021, p.10)

Dado que la Ley 550 de 1999 fue concebida como un mecanismo transitorio para atender una situación de crisis económica generalizada, tuvo una vigencia transitoria inicial de 5 años, que se prorrogó luego por 2 años más hasta 2006; por lo cual, como resultado de su pérdida de vigencia, se expidió la Ley 1116 de 2006 que consagró en su artículo 1 como objeto del proceso ordinario de insolvencia:

“... 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...”

La Ley 1116 de 2006 se constituye como la norma que regula el proceso ordinario de insolvencia en Colombia, no obstante en dicha normatividad no se presenta una definición

de lo que debe entenderse por insolvencia, señalándose únicamente los supuestos de admisibilidad al proceso. En consecuencia, en términos generales, podría decirse que la insolvencia se relaciona con aquél estado del deudor que se manifiesta en incumplimiento o en otros factores exteriores, los cuales evidencian que el deudor no está más en grado de satisfacer regularmente sus propias obligaciones.

Según Talero & Wilches (2010, p.273) la insolvencia es un fenómeno económico que se presenta cuando un deudor no puede satisfacer, en los términos pactados, las obligaciones a su cargo; por lo tanto, bajo dicha denominación quedan cobijadas figuras como la iliquidez, la insolvencia en sentido estricto, la cesación de pagos, la incapacidad de pago inminente, entre otras, las cuales están relacionadas con la crisis empresarial. Del mismo modo, la insolvencia ha sido definida como un desequilibrio patrimonial que se da entre el activo realizable y el pasivo exigible, lo que genera una situación objetiva que incapacita al deudor para pagar sus deudas (Londoño , A. & Isaza, A., 2008, p.19).

La Ley 1116 de 2006 regula, entonces, el proceso de reorganización empresarial, entendido como sinónimo de una insolvencia temporal, esto es, como el desequilibrio patrimonial existente entre el activo realizable y el pasivo exigible. Se trata de una insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita para pagar sus obligaciones (Londoño & Isaza, 2008; Cortés. 2021, p.13).

Así pues, tenemos que la reorganización empresarial busca esencialmente la protección del crédito y la preservación de la empresa, con lo que se aspira solucionar los problemas de endeudamiento de las empresas y superar las crisis a través de la generación de riqueza y de empleo, por medio de la obtención de recursos frescos y soportables, entre otros.

Según el inciso 2 del art. 1 de la Ley 1116 de 2006:

“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”.

Es preciso tener en cuenta que, según lo señala la citada norma, debe tratarse de empresas viables desde el punto de vista jurídico y financiero; por lo cual, para mantener esa viabilidad y poder salir de la crisis, el acuerdo de reorganización debe estar muy bien estructurado para que una vez se implemente, la empresa pueda normalizar su ejercicio comercial y pagar sus obligaciones.

El Acuerdo es entonces un instrumento creado para la superación del estado de crisis, siendo una consecuencia de la autonomía contractual (Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento, 2019, p.6). De este modo, el acuerdo al que llegan las partes en un proceso de reorganización, gracias al ejercicio de su libertad negocial, es el que servirá para recomponer los activos y pasivos de la empresa deudora y recuperar su función operacional y administrativa. Se trata pues de un acuerdo privado entre las partes el cual es sometido a un examen de legalidad por parte del juez concursal, quien tiene dos opciones confirmarlo o no.

En este aspecto hay que prestar especial atención pues no se trata, como lo afirma Ardila, de que el acuerdo se limite “a la sola negociación de intereses y plazo” (2019, p.28), pues el acuerdo al que llegan las partes dentro de un proceso de reorganización supone una revisión profunda de la situación de la empresa que permita identificar claramente las causas de la crisis para que a partir de allí se logre planificar una reorganización en todos sus frentes y en suma lograr la subsistencia y perdurabilidad de la empresa que es viable.

Para Rodríguez (2019, p.74) definir si una empresa es viable requiere de un análisis económico que varía de acuerdo a muchos factores como por ejemplo el sector en que se desarrolla, la situación geográfica en que se desenvuelve e incluso las condiciones sociales, económicas y políticas. Es decir, a través de la reorganización se deben buscar soluciones integrales que no se limiten solamente a acuerdos de un mayor plazo y una menor tasa de interés, sino a plantear soluciones a problemas estructurales (administrativos, comerciales, de mercadeo, etc.), que deben quedar recogidas en el denominado plan de negocios (*business plan*).

La importancia de este supuesto no es menor, según lo señala Campuzano (2020), el acuerdo de reorganización debe responder a un plan de viabilidad (plan de negocios) que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo (2020, p.39); es decir, la viabilidad no hace referencia a la idea de sociedad, como conjunto organizado de personas para la consecución de un fin común, sino a la idea de empresa, como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.

Isaza (2021, p.189) considera que un plan de negocios estratégico es distinto en una empresa que se encuentra en crisis y que tiene el reto de lograr la viabilidad futura del negocio de tal modo que pueda competir exitosamente en el mercado y atender de manera oportuna los gastos de administración y el pago de las acreencias reconocidas en el concurso. Pulgar Ezquerro (Pulgar, s..f. p.15) considera que dicho plan puede tener como contenido mínimo los elementos humanos y materiales con los que se proyecta contar, un estudio de mercado, un plan económico y financiero, una proyección de ingresos y gastos, cuentas y balances de la situación empresarial.

La finalidad es pues sanear la empresa desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda sea soportable, permitiendo que siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo (Fernández et al., 2023).

En este orden de ideas, se deberá entender que la viabilidad y en consecuencia la continuidad de la actividad empresarial comporta que el acuerdo con los acreedores tenga como objeto, entre otros medios, la condonación de deudas, la capitalización de las mismas, la ampliación del crédito disponible, la modificación de las obligaciones del deudor, la renegociación de la deuda, etc. (Campuzano, 2020, p.51; Rodríguez, 2019, p.73).

Por otra parte, es necesario no perder de vista que la insolvencia supone la desatención de las obligaciones adquiridas con los acreedores y por lo tanto, siendo ellos los primeros damnificados debe partirse de su protección (Rodríguez, 2019, p.71). De esta manera, como arriba se señaló, la noción de insolvencia comprende la incapacidad de pago o cesación de pagos y por lo tanto, el proceso concursal tiene por objeto el que todos los acreedores sean satisfechos en sus intereses en forma colectiva, igualitaria y proporcional a su crédito, en razón a la cuota parte del patrimonio insuficiente, que a cada acreedor le corresponda. De tal suerte que a los efectos del equilibrio de intereses y la igualdad entre los acreedores se considera que debe evitarse que alguno de ellos sea totalmente satisfecho en su crédito a costa y desmedro de los demás (Pérez-Ragone, 2013, p.644).

De igual modo, en este aspecto, debe tenerse en cuenta que la ley de insolvencia prevé que el pago de las obligaciones debe hacerse atendiendo los privilegios y la prelación establecida en la Ley³, dado que debido al privilegio, algunos acreedores se encuentran en una situación más favorable que otros.

³ Arts. 2495, 2497, 2506 del código Civil. Arts. 71, 45 num.3 Ley 1116 de 2006.

Así pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, la cesación de pagos es suficiente para iniciar un proceso ordinario de insolvencia ya sea en fase de reorganización o de liquidación. Por su parte, en lo que a la incapacidad de pago inminente se refiere, debe tenerse en cuenta que la normatividad expedida para atender la crisis de las empresas con ocasión de la pandemia Covid 19, esto es, los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020, suspendió dicho supuesto de admisibilidad frente a los mecanismos ordinarios de recuperación empresarial, por lo tanto, los deudores solo podían acceder a ellos por la vía de la cesación de pagos⁴.

La temporalidad inicial de esta normativa (Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020) estuvo inicialmente prevista por dos años (hasta el 31 diciembre de 2022) y su vigencia fue prorrogada posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2023⁵. Este límite temporal se sustentó en el pronóstico de restablecimiento de la economía a la normalidad en razón a la extensión de los efectos de la pandemia Covid 19, teniendo en cuenta el impacto que en la actividad empresarial produjeron los hechos que dieron lugar al estado de emergencia (Corte Constitucional, C-237 de 2020; Rodríguez, 2021, p.61).

Actualmente, la Ley 2437 de 2024, estableció como legislación permanente, con ciertas especificaciones y exenciones, los citados Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020 y los Decretos Reglamentarios 842 y 1332 del mismo año. Por ejemplo el artículo 9 de la Ley 2437 señala la aplicación subsidiaria de la Ley 1116 de 2006 en todo lo no dispuesto por aquella, para la negociación de acuerdos de reorganización y los procedimientos de recuperación empresarial.

⁴ Ello significa que el supuesto de admisibilidad a un proceso de reorganización empresarial, consistente en incapacidad de pago inminente, queda reservado para los procesos extrajudiciales.

⁵ La vigencia inicial de estas normas fue prorrogada hasta el 31 diciembre de 2022 a través del art. 136 de la Ley 2159 de 2021 y posteriormente fue prorrogada hasta el 31 diciembre de 2023 (con excepción del par. 3 del art.5, el Título III del Decreto 560 de 2020 y el Título III del Decreto 772 de 2020), a través del inc.2 del art. 96 de la Ley 2277 de 2022.

Dentro de los aspectos más notorios de esta nueva Ley se han destacado: el acceso expedito a los mecanismos de reorganización y liquidación; la protección de las acreencias laborales; la conservación de mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial como, por ejemplo, la capitalización de pasivos, la descarga de pasivos, los pactos de deuda sostenible; el establecimiento de procedimientos más expeditos para las pequeñas empresas; el fomento en el uso de la mediación a través de las Cámaras de Comercio, para facilitar la negociación; los estímulos a la financiación del deudor durante la negociación del acuerdo de reorganización; el rescate de empresas en estado liquidación inminente, entre otros.

III.- Conclusión

En este orden de ideas se puede concluir que la evolución de los regímenes concursales llevó al definitivo abandono de la visión antigua del deudor como defraudador, la cual estuvo influenciada por la propia visión del derecho comercial clásico y una cultura de penalización de su conducta. Visión que generó, como era consecuencia, procesos rígidos, lentos y punitivos.

Al contrario de ello, podemos reconocer cómo el actual régimen concursal tiene un enfoque diferente, que con fundamento en la presunción de buena fe, considera al deudor insolvente como una empresa viable, digna de protección. Un deudor que puede negociar su deuda con los acreedores dado que el sistema ya no tiene como eje la liquidación, sino que prioriza su reorganización, la continuidad de la empresa, la protección del crédito y del empleo, generando posibilidades importantes para su recuperación y para poder superar la crisis, permitiéndole que siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza, protegiendo los puestos de trabajo y el tejido productivo del país.

El actual régimen concursal busca fomentar la confianza entre acreedores y deudores y permite a las empresas mantener su operatividad y consecuente sostenibilidad, mientras gestionan sus pasivos de manera viable y conforme a las exigencias legales. Un sistema que fomenta soluciones equitativas tanto para los acreedores como para los deudores, lo cual genera confianza para todas las partes involucradas.

Referencias

Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento. Commissione Studio Procedure Concorsuali. Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Pisa (2019).

Ardila, Martha (2019). Qué se negocia en una reorganización empresarial, en Actualidad Concursal, n.1, pp. 28-30. Disponible en <https://derechoconcursal.org/images/revista/1-numero-Revista-Actualidad-Concursal.pdf>

Campuzano, Ana (2020) Las clases de acuerdos de refinanciación en el derecho español de insolvencia, En Los procesos de insolvencia. Una mirada desde la perspectiva internacional. Universidad Surcolombiana. Neiva, pp. 9-85. Disponible en: https://dictumabogados.com/wp-content/uploads/2021/02/procesos_insolvencia.pdf#page=10

Corte Constitucional, C-237 de 2020

Corte Constitucional, T-441 de 2002

Cortés, Iván (2021). Abuso del derecho en los procesos de Reorganización Empresarial en Colombia: un análisis desde los principios del derecho concursal, Tesis de Maestría, págs. 83.

Cuberos, Gustavo (2005). Insolvencia: evolución de un concepto, *Revista de derecho privado*, n. 34, p 27-54.

Fernández, Mónica; Gual, José, Denizot, Aude & Villalba, Juan (2023). La cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial: Análisis desde el control de abusividad, *En Via Inveniendi Et Iudicandi*, 18(2), pp. 247–269.

Isaza, Álvaro. (2021) *Derecho concursal de emergencia*. Bogotá: Legis.

Londoño, Álvaro e Isaza, Álvaro (2008). *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial - Ley 1116 del 2006*, 2ª edición, Bogotá: Legis Editores S.A..

Ministerio de Justicia y del Derecho (2021). Elementos fundamentales para la formación en el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante. Disponible en [https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Documents/Cartilla%20con%20contenidos%20ba%CC%81sicos%20del%20diplomado%20IPNNC%20\(1\)%20\(1\).pdf](https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Documents/Cartilla%20con%20contenidos%20ba%CC%81sicos%20del%20diplomado%20IPNNC%20(1)%20(1).pdf)

Nuzzo, Gabriele (2017) Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Anno CXV, pp. 89-125.

Pérez-Ragone, Álvaro (2013). La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, pp. 641 – 678.

Pulgar Ezquerro, Juana. Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación, pp.1-28. Disponible en https://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/08_Reestructuracionempresarial.pdf

Purpura, Gianfranco (2006). La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone. Disponible en <https://sites.unipa.it/dipstdir/portale/lo%20spettacolo%20della%20giustizia/Insolvenza.pdf>

Rodríguez, Juan (2019). Nuevo Régimen de Insolvencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, Juan. (2021) Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sotomonte, David (2005). Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana. En revista e-mercatoria, vol. 4, n. 1, pp.1-56.

Talero, Diana y Wilches, Rafael (2010). Validación judicial de acuerdos privados de reorganización: un ejemplo de la "privatización" del derecho concursal en Colombia. En *Vniversitas* [online]. n.120, pp.271-306. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000100012&lng=en&nrm=iso. ISSN 0041-9060.

Nuevos desafíos DERECHO



Vélez, Luis-Guillermo *Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano. Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia*. Superintendencia de Sociedades, 2011).