

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Naturaleza, finalidad y características

Esta Corporación ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes: 1. Es un verdadero proceso judicial, porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tramitar dicho mecanismo de escrutinio o revisión de las medidas de carácter general, expedidas por las autoridades públicas nacionales y territoriales, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción. De ahí que la providencia que decida el control inmediato de legalidad es una sentencia judicial. 2. Es automático e inmediato, porque, tan pronto se expide el correspondiente acto administrativo general para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, la autoridad pública de la cual emanó dicho acto, debe enviarlo a la jurisdicción contenciosa dentro de las 48 horas siguientes, para que se ejerza el control correspondiente, so pena de que la autoridad judicial competente asuma, de oficio, el conocimiento del asunto. 3. Es autónomo, porque es posible que se controlen los actos administrativos generales expedidos para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el Estado de Excepción y de los decretos legislativos que expida el Presidente de la República para conjurarlo. 4. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del Estado de Excepción. (...) 5. La Sala Plena del Consejo de Estado ha dicho, que es compatible con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso. (...) 6. Es un control participativo, pues facultó a los ciudadanos para intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativos objeto de control. 7. La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa (artículo 189 del CPACA). Sobre el particular, esta Corporación ha dicho que los fallos que desestiman la nulidad de los actos objeto de control o que la decretan sólo parcialmente respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efecto erga omnes, es decir, oponible a todos y contra todos, por otro lado, tienen la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 20 / C.P.A.C.A. – ARTÍCULO 136

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características del control inmediato de legalidad, ver: Consejo de Estado, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, expediente núm. 2002-0949-01, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, expediente núm. 2003-0472-01, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, expediente núm. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, expediente núm. 2009-0732-00, C.P. Enrique Gil Botero.

ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / COMPETENCIA / REQUISITOS DE FORMA – Cumplimiento por parte del Decreto 1332 de 2020

El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma y del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Así, el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Legislador haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos expedidos por éste suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá ocasión para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles. Pues bien, conforme aparece en el texto del Decreto 1332 de 2020, este acto administrativo fue expedido por el Presidente de la República, “En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020.” En el anterior contexto, encuentra la Sala que el Presidente de la República tiene competencia para expedir el acto objeto de control, pues corresponde a su función ejercer la potestad reglamentaria a través de la expedición de los decretos que sean necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, entendidas éstas en sentido formal (expedidas por el Congreso de la República) o material (expedidas por el Gobierno Nacional en calidad de legislador extraordinario). El acto revisado por la Sala, según se deriva de sus antecedentes y considerandos, fue expedido con fuente en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020, “Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”. (...) Desde el punto de vista formal, el Decreto 1332 de 6 de octubre de 2020 examinado contiene los elementos requeridos para la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa, en tanto que tal voluntad se plasma en el objeto, la causa y el motivo y finalidad de su expedición, según se advierte de la lectura de sus considerandos. Aunado a lo anterior, el Decreto 1332 cumple con los demás elementos formales inherentes a todo acto administrativo, tales como: el encabezado, número, fecha, epígrafe o resumen de las materias reguladas, la competencia o la referencia expresa de las facultades que se ejercen, el contenido de las materias reguladas u objeto de la disposición, la parte resolutive y la firma de quien lo suscribe.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / DECRETO LEGISLATIVO 772 DE 2020

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES - Conexidad

En el contexto de escalamiento de la crisis económica y social derivada de la continuidad de la pandemia y sus efectos, con sustento en el Decreto legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, que declaró un nuevo Estado de Emergencia Económica y Social en el territorio nacional, fue expedido el Decreto Legislativo 772 de 2020, desarrollado por el acto administrativo objeto del control de legalidad. Su objetivo radicó en la necesidad de proveer procesos expeditos para agilizar el acceso a la administración de justicia concursal, con miras a lo cual, adoptó medidas especiales, adicionales a las establecidas en el Decreto Ley 560 de 2020, atendiendo en particular, las necesidades de las micro y pequeñas empresas. En este orden, el Decreto Legislativo 772 tiene como núcleos: i) La creación de un régimen especial para pequeñas insolvencias; ii) la adopción de herramientas dirigidas a flexibilizar, agilizar y hacer más eficientes los procesos de insolvencia de empresarios en crisis; iii) la incorporación de herramientas para

facilitar los procesos liquidatorios, maximizar el valor de los bienes de la empresa deudora y proteger a los compradores de unidades de vivienda; iv) beneficios tributarios y v) medidas de fortalecimiento de listas de auxiliares de justicia y de acceso al crédito durante la insolvencia, entre otras. (...) Dentro del marco fijado por el Decreto 772, el Decreto 1332 atendió de manera integral a las dos modalidades de procesos concursales o de insolvencia creados desde la ley 1116 de 2006: i) el recuperatorio o de reorganización, dirigido a la celebración de un acuerdo entre la empresa y sus acreedores, que posibilite conservar la empresa y proteger el crédito y el empleo, y ii) el proceso liquidatorio, que, partiendo de la inviabilidad de la empresa, propende por el pago ordenado de las acreencias a su cargo y el retorno de los activos existentes al mercado. (...) [A]l revisar el contenido y alcance del Decreto 1332 de 2020, la Sala Especial encuentra que existe conexidad material de este acto con la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 623 de 2020, así como con las medidas legislativas extraordinarias adoptadas para conjurarlo mediante el Decreto Legislativo 772 de 2020, siendo concretamente un desarrollo administrativo de este último. En efecto, el Decreto 1332 objeto de control tiene relación directa y específica con los citados actos, en cuanto que, en consonancia con ellos, se dirige a mitigar la situación de emergencia sanitaria derivada de la Pandemia del Covid-19 y a reducir la extensión de sus efectos en el escenario empresarial, teniendo en cuenta, de un lado, el rol activo que corresponde al Estado en la intervención en materia económica, y de otro, el interés general por la acción propositiva del Gobierno Nacional dirigida a equilibrar las medidas de confinamiento y otras requeridas para la prevención del contagio, frente a la necesidad de mitigar la grave e inminente amenaza que para el desarrollo de la actividad económica en el país éstas representan.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEGISLATIVO 560 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 637 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 772 DE 2020

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES – Proporcionalidad

[S]e advierte también que el Decreto 1332 objeto de control de legalidad es proporcional para conjurar la escalada en la crisis de las empresas afectadas y mitigar su impacto en la actividad económica, especialmente, con miras a la recuperación de la pequeña y mediana empresa, fuente primordial de empleo, y por ello, las medidas que reglamentan el proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias y el proceso de liquidación simplificado, creados por el Decreto Legislativo 772 de 2020, son necesarias, coherentes y adecuadas para los fines dispuestos en el Decreto objeto de reglamentación. Ciertamente, las disposiciones del acto sometido a control resultan proporcionales con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional, como son la expansión y alto impacto derivado de la continuidad de la Pandemia del Covid-19 y los graves efectos de ésta en la dinámica económica y en la recuperación de las empresas. Además, el acto objeto de control, antes que sacrificar principios o derechos protegidos en el marco del Estado Social de Estado, propende por su realización. En efecto, lo dispuesto en el acto administrativo examinado no vulnera ni restringe el núcleo esencial de ningún derecho fundamental; contrario sensu, las medidas en él dispuestas responden a los cometidos del Estado Social de Derecho relacionados con la intervención del Estado en el escenario económico y la tutela de la función social inherente a la actividad empresarial.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEGISLATIVO 772 DE 2020

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1332 DE 2020 (6 de octubre) GOBIERNO NACIONAL (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA DIECIOCHO ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04340-00(CA)

Actor: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Demandado: DECRETO 1332 DEL 6 DE OCTUBRE DE 2020

Medio de control: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Norma que se revisa: Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020 *“Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo)*

SENTENCIA

La Sala 18 Especial de Decisión del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de la Ley 1437 de 2011, procede a efectuar el control inmediato de legalidad del Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de Procesos de insolvencia”, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Comercio, Industria y Turismo).

I. ANTECEDENTES

¹ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

1. Acto sometido a control

El Gobierno Nacional remitió a esta Corporación, para los efectos de su control inmediato de legalidad, copia del Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, cuyo tenor literal es el que sigue:

DECRETO REGLAMENTARIO 1332 DEL 6 DE OCTUBRE DE 2020

"Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020, y

CONSIDERANDO

Que la Ley 1116 de 2006 establece el régimen de insolvencia empresarial y su objetivo consiste en proteger el crédito, recuperar y conservar las empresas como unidades de explotación económica y fuentes generadoras de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor, cuando no es posible su recuperación, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

Que la Ley 1116 de 2006 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para conocer como Juez del Concurso en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.

Que el Gobierno nacional expidió el Decreto Legislativo 772 de 2020, por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial.

Que los artículos 11 y 12 del precitado Decreto Legislativo definieron los procesos de reorganización abreviado y liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias, dirigido a aquellos deudores con activos inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), por lo que resulta necesario definir algunos aspectos relativos a los destinatarios de los mencionados procesos, así como la posibilidad que tienen los deudores para acceder a otros procesos, procedimientos o trámites definidos en la Ley 1116 de 2020 y el Decreto Legislativo 560 de 2020.

Que de acuerdo con las reglas establecidas para los procesos de reorganización abreviada y liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias, se debe precisar la aplicación de la coordinación de estos procesos.

Que de conformidad con las etapas señaladas en los procesos de reorganización abreviado y liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias, se estableció la presentación de objeciones a la calificación y graduación de créditos, determinación de los derechos de voto y resulta necesario definir que su presentación se realice ante el Juez del Concurso para que obren en el expediente, así como los términos para la sustentación del plan de negocios y de la propuesta de acuerdo de reorganización.

Que, con el fin de dar claridad sobre la designación de los promotores en el proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias, se hace necesario señalar la aplicación de las normas previstas para tal fin en los procesos de reorganización, en especial las contenidas en la Ley 1429 de 2010.

Que es pertinente desarrollar el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020, respecto a los mecanismos de protección de la empresa y el empleo, para definir algunas obligaciones especiales en cabeza de los deudores que se encuentren en trámite de un proceso de reorganización o hayan solicitado su inicio y cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda, para tramitar con eficacia dichos mecanismos.

Que resulta necesario para el cumplimiento de los fines del Decreto Legislativo 772 de 2020 que durante su vigencia no sea procedente el registro como gravamen judicial de las medidas cautelares decretadas sobre bienes del deudor ejecutado, así como definir su tratamiento en los procesos de insolvencia, especialmente sobre el levantamiento por parte del Juez del Concurso.

Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 del Decreto Legislativo 772 de 2020, en relación con la caducidad de las acciones individuales de cobro, es necesario precisar el alcance de la figura y su aplicación en el proceso de liquidación judicial.

Que el artículo 6 del Decreto Legislativo 772 de 2020, definió los mecanismos de recuperación de valor en los procesos de liquidación, de tal forma que resulta pertinente determinar algunos aspectos relativos a la propuesta de adjudicación directa del liquidador.

Que mediante Boletín No.139 de 3 de septiembre de 2020, la Corte Constitucional declaró que el Decreto Legislativo 772 de 2020, está ajustado a la Constitución, con algunas excepciones relativas al pago de los honorarios del liquidador en los procesos de liquidación judicial simplificado, previsto en el artículo 13 del mencionado decreto.

Que en virtud de lo previsto en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de la Presidencia de la República, el presente decreto estuvo publicado por el término de quince (15) días calendario, entre el 6 y 23 de agosto de 2020.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Sujetos destinatarios de los procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020. Todos los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006 cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de insolvencia de los regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020, independientemente de las causas que originaron la insolvencia. Lo anterior no excluye para estos deudores la posibilidad de, previo a acudir a los mecanismos del Decreto Legislativo 772 de 2020, accedan a los procedimientos y trámites regulados en el Título II del Decreto Legislativo 560 de 2020 y el proceso de validación judicial previsto en el artículo 84 de la Ley 1116 de 2006, siempre que cumplan los requisitos pertinentes.

Artículo 2. Coordinación de procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020. Los procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020 podrán coordinarse con procesos de insolvencia regulados por la Ley 1116 de 2006, siempre que se cumplan los requisitos establecidos la Sección 1 del Capítulo 14, del Título 2, de la Parte 2, del Libro 2, del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 y que las medidas de coordinación sean compatibles con el curso procesal que deba seguir cada partícipe.

Artículo 3. Presentación de objeciones en procesos de pequeñas insolvencias. Las objeciones a la calificación y graduación de créditos, determinación de los derechos de voto y al inventario deben presentarse ante el Juez del Concurso con el fin de que obren en expediente.

Artículo 4. Designación del promotor en los procesos de reorganización abreviada. El Juez del Concurso designará a un promotor de la lista de auxiliares de la justicia o al representante legal para cumplir las funciones de promotor, en los términos establecidos en el artículo 35 de la Ley 1429 de 2010.

El promotor, en virtud de lo previsto en el numeral 4 del párrafo 1, del artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020, deberá presentar y exponer el plan de negocios y la propuesta de acuerdo de reorganización sustentada en el flujo de caja proyectado en la misma reunión de conciliación, inmediatamente después de agotadas todas las sesiones de la misma. El acta de lo ocurrido en las sesiones y el informe de las objeciones formuladas, conciliadas y no conciliadas, deberán presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la última sesión de la reunión de conciliación.

Artículo 5. Obligaciones especiales de los deudores cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda. Con el fin de aplicar lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020, los deudores cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda deberán reportar, desde la solicitud de admisión al proceso, la totalidad de los proyectos destinados a vivienda en los que participen y el estado de los mismos; además deberán informar de manera detallada y pormenorizada la identidad de los adquirentes, el estado de las obligaciones con cada uno, relacionando el monto adeudado por estos y valor entregado, la

identificación de la unidad de vivienda prometida en venta y la cifra pendiente por pagar al acreedor hipotecario por cada unidad. Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario.

Parágrafo. Los deudores sujetos a un proceso de reorganización iniciado con anterioridad, que cumplan estas características y que hubieren acreditado las condiciones para la aplicación del artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020, deberán reportar la información indicada en el inciso anterior, a más tardar el día anterior a la convocatoria de la audiencia de confirmación del acuerdo.

Artículo 6. Gravámenes judiciales como garantía mobiliaria en un proceso de insolvencia.

Durante la vigencia del Decreto Legislativo 772 de 2020, en el trámite de un proceso de insolvencia los gravámenes judiciales, cuya inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias se hubiera efectuado por el beneficiario de la medida, a partir de la vigencia del presente decreto, se cancelarán como consecuencia del levantamiento del embargo que le dio origen. En el evento en que el embargo se levante de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 772 de 2020, el juez competente procederá al levantamiento del gravamen, como consecuencia del levantamiento del embargo que le dio origen.

Los gravámenes judiciales registrados antes de la vigencia del Decreto Legislativo 772 de 2020 conservarán todos sus efectos de garantía mobiliaria en el proceso de insolvencia.

Artículo 7. Caducidad de las acciones individuales de cobro. Se entiende que la caducidad de la que trata el artículo 6 del Decreto Legislativo 772 de 2020 opera sobre las acciones de cobro con las que cuenta el acreedor dentro del proceso de liquidación judicial para obtener su pago con cargo a la masa de bienes del deudor.

Artículo 8. Propuesta de adjudicación directa del liquidador. Para efectos de la aplicación del último inciso del artículo 6 del Decreto Legislativo 772 de 2020, el liquidador podrá presentar directamente al Juez del Concurso, sin necesidad de votación de los acreedores, una propuesta de adjudicación de bienes que incluya la adjudicación de unidades de bienes a acreedores o entre grupos de acreedores, preservando las prelacións legales.

Artículo 9. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y estará vigente hasta que se cumpla el término de vigencia establecido en el Decreto Legislativo 772 de 2020.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.”

2. Actuación procesal surtida

2.1. Por reparto de la Secretaría General de esta Corporación el presente asunto fue remitido al despacho del consejero Ponente el 8 de octubre de 2020, para el trámite de rigor.

2.2. Mediante auto de 19 de octubre de 2020 el consejero Ponente avocó el conocimiento del presente asunto, en única instancia, y con arreglo a lo previsto en los artículos 185 y 186 de la Ley 1437 de 2011, dispuso notificar dicha decisión al Presidente de la República, a través del Secretario Jurídico de la Presidencia, y al Ministro de Industria, Comercio y Turismo, así como al director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, e igualmente comunicar a la comunidad en general sobre la existencia de este proceso, en orden a que cualquier ciudadano interviniera por escrito para defender o impugnar la legalidad del Decreto Reglamentario 1332 de octubre de 2020, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Comercio, Industria y Turismo) e invitar a las entidades públicas, organizaciones privadas y expertos en materia de derecho comercial y/o en materia de insolvencia empresarial, para que presentaran su concepto sobre este asunto.

Igualmente, se dispuso oficiar al Gobierno Nacional (Presidencia de la República y ministro de Comercio, Industria y Turismo), para que remitiera copia de los antecedentes administrativos que sirvieron de fundamento al Decreto 1332 de 6 de octubre de 2020, o de cualquier otro documento relevante para su expedición, y se ordenó a la Secretaría General de esta Corporación que, vencido el término de que trata el numeral 4 del artículo 185 del CPACA, remitiera el asunto al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

3. Intervenciones

En el presente asunto intervino el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a través de apoderado judicial, y remitió copia del Decreto 1332 del 2020 y de los antecedentes administrativos que dieron lugar a su expedición.

4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Quinto delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto en el que solicitó a la Sala Especial de Decisión que se declare que el acto objeto de control se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, luego de hacer un examen formal y material del mismo.

Señaló que es procedente el control de legalidad del Decreto 1332 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, en razón a que: (i) es un acto de contenido general, por cuanto sus mandatos se emitieron en acatamiento y en desarrollo de lo previsto en el Decreto Legislativo 772 de 2020, que contiene medidas especiales en materia de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial, con lo cual se dirige a un número indeterminado de personas que se beneficiarán de sus disposiciones; (ii) fue expedido en ejercicio de la función administrativa, pues es resultado de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, específicamente con el fin de facilitar la cumplida ejecución de un decreto de naturaleza legislativa, y (iii) se emitió como desarrollo del Decreto 772 de 2020, que, a su turno, fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo de facultades conferidas por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, con el que se declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

Afirmó que el Decreto 1332 de octubre 6 de 2020 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones constitucionales, y con el objetivo de desarrollar las medidas especiales en materia de insolvencia que adoptó el Gobierno Nacional en el Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica⁴.

Indicó, refiriéndose al contenido material del Decreto 1332 de 2020, que (i) señaló cuáles sujetos destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006 podrían ser admitidos a un proceso de insolvencia de los regulados en el Título II del Decreto legislativo 772 de 2020, precisando que aquellos que no quedaran cobijados por el mismo podían acudir a los procedimientos y trámites regulados en el Título II del anterior Decreto Legislativo 560 de 2020 y al proceso de validación judicial previsto en el artículo 84 de la Ley 1116 de 2006; del mismo modo se indicó que los procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto legislativo 772 de 2020 podrán coordinarse con procesos de insolvencia regulados por la Ley 1116 de 2006, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la Sección 1 del Capítulo 14, del Título 2, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 y que las medidas de coordinación resulten compatibles con el curso procesal que debía seguir cada partícipe; también se previó la posibilidad de formular objeciones en los procesos de pequeñas insolvencias y el funcionario ante quien deberán

presentarse, la manera como debía designarse al promotor de los procesos de reorganización abreviada y las funciones que éste debe desarrollar conforme a lo previsto en el numeral 4º del párrafo 1º del artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020. (ii) se ocupó de precisar que en su parte final reguló la manera y razones por las que se mantendría o levantarían los gravámenes judiciales efectuados como garantía mobiliaria de un proceso de insolvencia, cómo operaría la caducidad de las acciones individuales de cobro, la posibilidad de que el liquidador pueda presentar al juez del concurso, sin necesidad de votación de los acreedores, una propuesta de adjudicación directa de bienes, y especificó que sus previsiones estarían vigentes hasta el cumplimiento de la vigencia del Decreto 772 de 2020.

Apuntó que, en este caso en particular, además de producirse el desarrollo normativo de un decreto legislativo emitido dentro de un estado de excepción, el acto analizado **no vulnera ni limita el núcleo esencial de ningún derecho fundamental**, ya que las medidas adoptadas procuran desarrollar las previsiones que el Gobierno Nacional estableció para mitigar los efectos que la emergencia social, económica y ecológica generó en el sector empresarial⁷. En relación con la necesidad, precisó que el acto bajo estudio resultaba necesario para poder articular las medidas que adoptó el Gobierno Nacional en el Decreto Legislativo 772 de 2020, con las normas ordinarias vigentes con las que coexistiría y, a su vez, facilitar y regular su aplicación en los procesos de insolvencia que tuvieran que afrontar diferentes actores del sector empresarial por la declaratoria y efectos de la emergencia social, económica y ecológica. Respecto a la finalidad de las medidas, estimó que los aspectos regulados tienen como principal y único objetivo, facilitar la aplicación de las medidas adoptadas para mitigar los efectos generados en el sector empresarial por la declaratoria de la emergencia social, económica y ecológica que se originó con el COVID 19, previsiones que a su vez acataron las disposiciones que sobre el particular estableció el Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020.

Precisó que, del análisis de las previsiones contenidas en el Decreto 1332 de 2020, se evidencia que se trata de disposiciones que atienden el criterio de proporcionalidad, puesto que este acto administrativo, además de respetar el Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020, busca reglamentar su aplicación para que tengan efecto y puedan aplicarse las medidas que el Gobierno Nacional

estableció con la finalidad de mitigar los efectos generados en el sector empresarial por la declaratoria de la emergencia social, económica y ecológica.

Subrayó que, atendiendo a lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-378 del 2 de septiembre de 2020, con la cual se declaró la exequibilidad de la mayoría de las previsiones contenidas en el Decreto Legislativo 772 de 2020, se encuentra que las disposiciones que fueron condicionadas en su entendimiento y/o declaradas inexequibles por la citada Corporación, no fueron desarrolladas ni tuvieron incidencia en el contenido del Decreto Reglamentario 1332 del 6 de octubre de 2020, situación que pudo obedecer a que, al momento de su expedición, ya se tenía conocimiento de la sentencia de constitucionalidad y pudieron hacerse los ajustes que dicho pronunciamiento comportaba. Por último, el Decreto que ahora es objeto de control no contiene ninguna disposición discriminatoria, y tampoco incurre en alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 15 de la Ley 137 de 1994⁸.

Finalmente, indicó que el acto objeto de control no contradice mandatos constitucionales o legales, que se trata de una reglamentación expedida en virtud de las competencias constitucional y legalmente atribuidas al Presidente de la República, que respeta los lineamientos contemplados en la Ley 137 de 1994.

I. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, y en los artículos 118, numeral 8 y 136 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ejercer el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general, proferidos por autoridades del orden nacional, en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos expedidos durante los estados de excepción.

En sesión virtual número 10 efectuada el 1º de abril de 2020, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aprobó “[...] *asignar los controles inmediatos de legalidad a las salas especiales de decisión, de conformidad, entre otros, con los artículos 107-4, 185-1 y 111-8 del CPACA y 23, 29-3 y 42 del Acuerdo 080 de 2019 [...]*”.

En el caso particular, según se señaló en el auto en el que se avocó el conocimiento de este asunto, el Decreto 1332 de 6 de octubre de 2020 es un acto de carácter general dictado por una autoridad del orden nacional (el Presidente de la República y el ministro de Comercio Industria y Turismo), en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 2020, expedido durante el Estado de Excepción declarado a través del Decreto 637 de 6 de mayo de 2020, conforme aparece en sus considerandos.

Se trata, de un acto de carácter general que desarrolla un decreto legislativo y, por ende, es susceptible del control inmediato de legalidad.

2.2. Naturaleza, finalidad y características del control inmediato de legalidad

El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en Ley Estatutaria 137 de 1994² y en la Ley 1437 de 2011³ para examinar “[...] *las medidas de carácter general que sean dictadas [...]*” por las autoridades públicas, tanto del orden nacional, como territorial, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar o reglamentar los decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

El examen de legalidad se realiza mediante la confrontación del acto administrativo con las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución), la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994), el decreto que declara la situación de excepción, y los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional para conjurarla.

Esta Corporación⁴ ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes:

² Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴ Ver, entre muchas otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, expediente núm. 2002-0949-01, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, expediente núm. 2003-0472-01, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, expediente núm. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, expediente núm. 2009-0732-00, C.P. Enrique Gil Botero.

1. Es un verdadero proceso judicial, porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tramitar dicho mecanismo de escrutinio o revisión de las medidas de carácter general, expedidas por las autoridades públicas nacionales y territoriales, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción. De ahí que la providencia que decida el control inmediato de legalidad es una sentencia judicial.

2. Es automático e inmediato, porque, tan pronto se expide el correspondiente acto administrativo general para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, la autoridad pública de la cual emanó dicho acto, debe enviarlo a la jurisdicción contenciosa dentro de las 48 horas siguientes, para que se ejerza el control correspondiente, so pena de que la autoridad judicial competente asuma, de oficio, el conocimiento del asunto.

3. Es autónomo, porque es posible que se controlen los actos administrativos generales expedidos para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el Estado de Excepción y de los decretos legislativos que expida el Presidente de la República para conjurarlo.

4. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del Estado de Excepción. Es de aclarar que, aunque en principio, podría pensarse que el control integral supone que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, se confronta frente a todo el ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta que, debido a la complejidad y extensión del ordenamiento jurídico, el control inmediato de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el proceso.

5. La Sala Plena del Consejo de Estado⁵ ha dicho, que es compatible con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso. De modo que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de excepción, puede demandarse posteriormente en nulidad simple o en nulidad por inconstitucionalidad, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

6. Es un control participativo, pues facultó a los ciudadanos para intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativos objeto de control.

7. La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa (artículo 189 del CPACA). Sobre el particular, esta Corporación ha dicho que los fallos que desestiman la nulidad de los actos objeto de control o que la decretan sólo parcialmente respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efecto erga omnes, es decir, oponible a todos y contra todos, por otro lado, tienen la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia. Entonces, la decisión adoptada en un fallo desestimatorio, en estos casos, en tanto se contrae a un estudio de legalidad limitado dado su carácter oficioso, ajeno a la naturaleza dispositiva del control judicial asignado a la justicia administrativa, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y -por lo mismo- no es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.

Por su parte, la sentencia que declare la nulidad del acto administrativo objeto de control, hace tránsito a cosa juzgada absoluta. En efecto, la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo tiene efectos *erga omnes* de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no es posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación.

2.3. Control inmediato de legalidad del Decreto 1332 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional

⁵ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: (i) del 7 de febrero de 2000, expediente núm. CA-033, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; (ii) del 20 de octubre de 2009, expediente núm. 2009-00549, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y (iii) del 9 de diciembre de 2009, expediente núm. 2009-00732, C.P. Enrique Gil Botero.

Procede la Sala Especial a realizar el control inmediato de legalidad de este acto administrativo, para lo cual dividirá su análisis en dos partes: formal y material. En lo inherente al aspecto formal, se revisarán la competencia y los requisitos de forma; y respecto de los materiales, se examinará, de un lado, lo atinente a la sujeción a normas superiores y la conexidad o relación de la resolución objeto de control con los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional para superar el Estado de Excepción, y de otro, la proporcionalidad de sus disposiciones.

2.3.1. Control de los aspectos formales

2.3.1.1. En cuanto a la competencia

En orden a verificar este aspecto, la Sala precisa que, conforme al artículo 115 de la Constitución Política el Presidente de la República es jefe de Estado, jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, y el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; y el Presidente y el ministro o director de Departamento, en cada caso particular, constituyen el Gobierno.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 189 ibídem, al Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, le corresponde, *“11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”*.

Ahora bien, debe anotarse que, conforme al artículo 59 de la Ley 489 de 1998, corresponde a los Ministerios, entre otras funciones, *“2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones”*.

Esta Corporación⁶, refiriéndose a la facultad reglamentaria establecida en el artículo 189 numeral 11 de la C.P., ha precisado que fue instituida como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, de tal suerte

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 28 de junio de 2019, proferida en el expediente con radicado número 11001 0324 000 2009 00511 00, C.P. Oswaldo Giraldo López.

que, al hacer uso de tal potestad, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia. En ese contexto, se entiende que la potestad a que alude la norma constitucional no puede ser ejercida para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico.

En otros términos, la actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y de suyo, debe respetar tanto su texto como su espíritu. Por ello, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone.

El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma y del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Así, el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Legislador haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos expedidos por éste suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá ocasión para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles⁷.

Pues bien, conforme aparece en el texto del Decreto 1332 de 2020, este acto administrativo fue expedido por el Presidente de la República, *“En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020.”*

En el anterior contexto, encuentra la Sala que el Presidente de la República tiene competencia para expedir el acto objeto de control, pues corresponde a su función ejercer la potestad reglamentaria a través de la expedición de los decretos que sean necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, entendidas éstas en

⁷ Consejo de Estado, Sección, Sentencia de agosto 21 de 2008, proferida en el expediente con radicado número. 0295-04, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sentido formal (expedidas por el Congreso de la República) o material (expedidas por el Gobierno Nacional en calidad de legislador extraordinario).

El acto revisado por la Sala, según se deriva de sus antecedentes y considerandos, fue expedido con fuente en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020, *“Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”*.

2.3.1.2. En cuanto a los requisitos de forma

Desde el punto de vista formal, el Decreto 1332 de 6 de octubre de 2020 examinado contiene los elementos requeridos para la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa, en tanto que tal voluntad se plasma en el objeto, la causa y el motivo y finalidad de su expedición, según se advierte de la lectura de sus considerandos.

Aunado a lo anterior, el Decreto 1332 cumple con los demás elementos formales inherentes a todo acto administrativo, tales como: el encabezado, número, fecha, epígrafe o resumen de las materias reguladas, la competencia o la referencia expresa de las facultades que se ejercen, el contenido de las materias reguladas u objeto de la disposición, la parte resolutive y la firma de quien lo suscribe.

2.3.2. Control de aspectos materiales

2.3.2.1. Conexidad

En relación con el análisis de conexidad en el marco del control inmediato de legalidad, el Consejo de Estado⁸ ha precisado que *“[...] Se trata de establecer si la materia del acto objeto de control inmediato tiene fundamento constitucional y guarda relación directa y específica con el estado de emergencia declarado y el decreto legislativo que adopta medidas para conjurarlo. Se puede afirmar que hay conexidad entre el decreto legislativo y el decreto que lo desarrolla cuando entre uno y otro hay una correlación directa [...]”*.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-15-000-2015-0257800 (CA), sentencia de 24 de mayo de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

En este orden, se debe establecer si el Decreto 1332 de 6 de octubre de 2020, *“Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”*, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y el ministro de Industria, Comercio y Turismo), guarda relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción y las normas que se han expedido para superar dicha situación, en particular, el Decreto Legislativo 772 de 6 de mayo de 2020.

A este examen se procede enseguida, previa enunciación de los principales factores que precedieron su expedición, así:

2.3.2.1.1. El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política y en la Ley 137 de 1994, declaró por medio del Decreto 637 de 6 de mayo de 2020 el *“Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días”*⁹, con el fin de adoptar todas las medidas necesarias para conjurar la crisis derivada de la Pandemia COVID-19, dirigidas, de un lado, a evitar la propagación de la misma, y de otro, a reducir la extensión de sus efectos negativos en la economía y demás sectores de la vida nacional, atendiendo, entre otras, a las siguientes motivaciones:

[...]

Que mediante Resolución número 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19.

Que ante la insuficiencia de las medidas ordinarias y la sobreviniencia e imprevisibilidad de la situación originada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, el presidente de la República, en compañía de los ministros del despacho, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional mediante el decreto 417 de 2020, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19.

Que al amparo del estado excepcional decretado se expidieron, durante los treinta (30) días de vigencia del estado de emergencia, 73 decretos legislativos con múltiples medidas tendientes a conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, en diferentes ámbitos de la vida nacional.

[...]

⁹ Artículo 1º.

Que a pesar de las medidas contenidas en los decretos legislativos dictados en el marco de la Emergencia declarada por el decreto 417 de 2020, todas ellas referidas a proveer soluciones para enfrentar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, la situación económica generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 ha superado cualquier estimación.

Que los hechos descritos anteriormente, así como su gravedad expresada ampliamente, impactan económica y socialmente a la mayoría de la población colombiana.

[...]

Que es absolutamente necesario e ineludible que se adopten prontas medidas para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

[...]

Que la adopción de medidas de rango legislativo -decretos legislativos-, autorizada por el Estado de Emergencia, busca fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, mediante la protección a los empleos, la protección de las empresas y la prestación de los distintos servicios para los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país.

[...]”

2.3.2.1.2. Posteriormente, el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, entre ellas, las derivadas del decreto declarativo del estado de emergencia, expidió el Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020, el cual estuvo precedido de un contexto perfilado por: i) la acreditación de profundización de la crisis económica sobreviniente con ocasión de las medidas adoptadas para enfrentar la emergencia sanitaria; ii) la evidencia de estancamiento en la actividad comercial y el incremento en la solicitud de admisión de empresas a procesos concursales de reorganización de emergencia, en los términos del Decreto 560 de 2020, así como el aumento en solicitudes de admisión a liquidación judicial, en casos de inviabilidad o incumplimiento de acuerdos de reorganización; iii) estudios efectuados por los gremios (Fenalco, Fedesarrollo) sobre la actualización de proyecciones de crecimiento económico decrecientes y el riesgo de recesión económica puesto de presente por el Fondo Monetario Internacional; el avance relevante en los índices de estancamiento del comercio, la reducción de niveles de consumo en los hogares, la disminución de nóminas de personal y el cierre de empresas.

2.3.2.1.3. El anterior escenario de profundización de la crisis puso de presente que, si bien en el marco de la primera etapa de facultades excepcionales (Decreto Legislativo 417 de 2020) se adoptaron múltiples medidas orientadas a conjurar la

crisis, que en el ámbito del desarrollo empresarial representaron alivios económicos, luego devinieron en insuficientes frente a la prolongación del confinamiento y el estancamiento comercial, constituyendo un agravante para la perspectiva de recuperación de las empresas y del empleo asociado, de manera prioritaria, en el sector de las mipymes. Dentro de esta perspectiva se hizo manifiesta la urgencia de adopción de nuevas medidas, adicionales a las medidas transitorias especiales que en materia de insolvencia fueron creadas con el Decreto 560 de 2020.

2.3.2.1.4. En el contexto de escalamiento de la crisis económica y social derivada de la continuidad de la pandemia y sus efectos, con sustento en el Decreto legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, que declaró un nuevo Estado de Emergencia Económica y Social en el territorio nacional, fue expedido el Decreto Legislativo 772 de 2020, desarrollado por el acto administrativo objeto del control de legalidad.

Su objetivo radicó en la necesidad de proveer procesos expeditos para agilizar el acceso a la administración de justicia concursal, con miras a lo cual, adoptó medidas especiales, adicionales a las establecidas en el Decreto Ley 560 de 2020, atendiendo en particular, las necesidades de las micro y pequeñas empresas. En este orden, el Decreto Legislativo 772 tiene como núcleos: i) La creación de un régimen especial para pequeñas insolvencias; ii) la adopción de herramientas dirigidas a flexibilizar, agilizar y hacer más eficientes los procesos de insolvencia de empresarios en crisis; iii) la incorporación de herramientas para facilitar los procesos liquidatorios, maximizar el valor de los bienes de la empresa deudora y proteger a los compradores de unidades de vivienda; iv) beneficios tributarios y v) medidas de fortalecimiento de listas de auxiliares de justicia y de acceso al crédito durante la insolvencia, entre otras.

2.3.2.1.5 Bajo la óptica del enfoque específico expuesto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, "por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020 sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia".

Dentro del marco fijado por el Decreto 772, el Decreto 1332 atendió de manera integral a las dos modalidades de procesos concursales o de insolvencia creados desde la ley 1116 de 2006: i) el recuperatorio o de reorganización, dirigido a la

celebración de un acuerdo entre la empresa y sus acreedores, que posibilite conservar la empresa y proteger el crédito y el empleo, y ii) el proceso liquidatorio, que, partiendo de la inviabilidad de la empresa, propende por el pago ordenado de las acreencias a su cargo y el retorno de los activos existentes al mercado.

2.3.2.1.6. A continuación la Sala procede a revisar el contenido y alcance del Decreto 1332 de octubre 6 de 2020, a la luz del Decreto Legislativo 772 de 2020, objeto de reglamentación.

i) Destinatarios de las medidas de pequeña insolvencia y Coordinación de procesos de insolvencia

De manera acorde con la finalidad de rescatar a las empresas afectadas por las medidas de confinamiento y otras, el artículo 1º, en desarrollo de los artículos 11 y 12 del Decreto 772, determina como sujetos destinatarios, a los deudores cuyos activos sean iguales o inferiores a 5.000 SMMLV, dejando abierta la posibilidad de acceder a los procesos creados por el Decreto 560 de 2020 y al trámite de validación de acuerdos extrajudiciales consagrado en la ley 1116 de 2006.

Así mismo, el artículo 2º del Decreto objeto de control, hace explícita la coordinación de los procesos de reorganización abreviada y liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias, con los demás procesos de insolvencia adelantados bajo la vía ordinaria, esto es, los procesos de reorganización empresarial y los de liquidación judicial previstos en la ley 1116 de 2006, siempre que se verifique el cumplimiento de los requisitos que para estos procesos establece el Decreto 1074 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”, en materia de los referidos procesos de insolvencia.

Las normas pertinentes son las siguientes:

Artículos 1º y 2º del Decreto 1332

“Artículo 1. Sujetos destinatarios de los procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020. Todos los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006 cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de insolvencia de los regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020,

independientemente de las causas que originaron la insolvencia. Lo anterior no excluye para estos deudores la posibilidad de, previo a acudir a los mecanismos del Decreto Legislativo 772 de 2020, accedan a los procedimientos y trámites regulados en el Título II del Decreto Legislativo 560 de 2020 y el proceso de validación judicial previsto en el artículo 84 de la Ley 1116 de 2006, siempre que cumplan los requisitos pertinentes.”

“Artículo 2. Coordinación de procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020. Los procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020 podrán coordinarse con procesos de insolvencia regulados por la Ley 1116 de 2006, siempre que se cumplan los requisitos establecidos la Sección 1 del Capítulo 14, del Título 2, de la Parte 2, del Libro 2, del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 y que las medidas de coordinación sean compatibles con el curso procesal que deba seguir cada partícipe.”

Artículos 11 y 12 del Decreto 772

“Artículo 11. Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos de reorganización y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias, los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de reorganización abreviado.

Para estos efectos, el deudor o los acreedores deben presentar la solicitud de admisión ante el Juez del Concurso, y en los términos que este establezca, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 1116 de 2006 y el supuesto de cesación de pagos. (...)”

“Artículo 12. Proceso de liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos de liquidación judicial y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias, los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV) solo podrán ser admitidos a un proceso de liquidación simplificado.

Para estos efectos, el deudor debe presentar la solicitud de admisión ante el Juez del Concurso, y en los términos que éste establezca, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 1116 de 2006 (...)”

ii) Presentación de Objeciones, Sustentación del Plan de Negocios y presentación de la propuesta de Acuerdo de Reorganización

El Decreto 772 estableció de manera detallada las etapas de los procesos de reorganización abreviada y liquidación judicial simplificada, determinando su inclusión en el contenido de la providencia de apertura expedida por el Juez del proceso.

Para efectos de la cumplida ejecución de dichas etapas, el Decreto 1332 objeto de control se ocupó de precisar que la presentación de las objeciones a la calificación y graduación de créditos se debe realizar ante el Juez del Concurso, aspecto necesario y que sigue los lineamientos ya establecidos para los procesos de insolvencia del régimen ordinario.

Así mismo, con arreglo a dichas etapas, el Decreto objeto de control se ocupó también de precisar los términos para la sustentación del plan de negocios y de la propuesta de acuerdo de reorganización, actividades a cargo del Promotor designado en los procesos de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias, a la luz de lo previsto en el inciso 3º del artículo 11 del Decreto 772, sobre las ordenes que debe contener la providencia de apertura del proceso de reorganización abreviado.

Las normas pertinentes son las que a continuación se transcriben, destacando las materias específicas que fueron objeto de reglamentación por el Decreto 1332 para efectos de la debida aplicación de las disposiciones del Decreto Legislativo 772.

Artículo 3º y 4º Decreto 1332

“Artículo 3. Presentación de objeciones en procesos de pequeñas insolvencias. Las objeciones a la calificación y graduación de créditos, determinación de los derechos de voto y al inventario **deben presentarse ante el Juez del Concurso** con el fin de que obren en expediente.”

“Artículo 4. Designación del promotor en los procesos de reorganización abreviada. El Juez del Concurso designará a un promotor de la lista de auxiliares de la justicia o al representante legal para cumplir las funciones de promotor, en los términos establecidos en el artículo 35 de la Ley 1429 de 2010¹⁰.

¹⁰ “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo” (Esta Ley simplificó trámites en materia de procesos de reorganización y liquidación judicial previstos en la Ley 1116 de 2006)

El promotor, en virtud de lo previsto en el numeral 4 del párrafo 1, del artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020, **deberá presentar y exponer el plan de negocios y la propuesta de acuerdo de reorganización sustentada en el flujo de caja proyectado en la misma reunión de conciliación, inmediatamente después de agotadas todas las sesiones de la misma.** El acta de lo ocurrido en las sesiones y el informe de las objeciones formuladas, conciliadas y no conciliadas, deberán presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la última sesión de la reunión de conciliación.

Parágrafo 1. La reunión de conciliación de las objeciones a la calificación y graduación de créditos, determinación de los derechos de voto y determinación de los derechos de voto y de presentación del plan de negocios y el acuerdo de reorganización, será presidida por el Juez del Concurso, en uso de sus facultades de conciliador, de conformidad con el numeral 6 del artículo 5 la Ley 1116 de 2006. La reunión no será grabada y se sujetará al siguiente procedimiento: (...)”

Artículo 11 del Decreto 772 (inciso 3º)

“Artículo 11. Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias. (...)

En la providencia de apertura se incluirán, además de las órdenes aplicables del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006, las siguientes:

1. Se designará al promotor conforme a lo previsto en la Ley 1116 de 2006
2. Se ordenará a quien ejerza las funciones de promotor presentar el proyecto de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto incluyendo aquellas acreencias causadas entre la fecha de corte presentada con la solicitud de admisión al proceso y la fecha de inicio del proceso, y al deudor actualizar el inventario de activos y pasivos con corte al día anterior al auto de admisión, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto de inicio del proceso.
3. Se impartirá la orden al deudor de inscribir el formulario de ejecución concursal en el Registro de Garantías Mobiliarias de que trata la Ley 1676 de 2013.
4. Se impartirá la orden de informar a los despechos judiciales que estén conociendo de procesos ejecutivos, de cobro coactivo, y de restitución, tanto judiciales como extrajudiciales, promovidos contra el deudor, con el fin de que apliquen los artículos 20, 22 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y lo previsto en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo.
5. Se fijará una fecha que tenga lugar dentro de los tres (3) meses siguientes para realizar la reunión de conciliación de objeciones a la calificación y graduación de créditos, determinación de los derechos de voto y presentación del acuerdo de reorganización. Las objeciones, junto con las pruebas que las soportan, se deberán presentar a más tardar con cinco (5) días de antelación a la fecha de la reunión. Este escrito y las pruebas

presentadas harán parte del expediente. Desde la presentación de cada objeción, el deudor deberá realizar esfuerzos de acercamiento con el acreedor objetante con el fin de conciliarla.

6. Se fijará una fecha para realizar una audiencia de resolución de objeciones y de conformación del acuerdo de reorganización.

El deudor deberá acreditar ante el Juez del Concurso, el cumplimiento de las órdenes impartidas en el auto de inicio del proceso de reorganización abreviado, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de cada término, salvo que la orden indique un término diferente. En el evento en que no cumpla satisfactoria y oportunamente con las órdenes impartidas en la providencia de apertura, o en cualquier momento que el juez lo considere adecuado para la buena marcha del proceso, podrá dar por terminada la función encabeza del representante legal o del deudor en caso de las personas naturales comerciantes y designar a un promotor de la lista de la Superintendencia de Sociedades, conforme al procedimiento previsto en el reglamento.

Desde la providencia de apertura y durante todas las etapas hasta la confirmación del acuerdo, el promotor, en caso de haber sido nombrado, deberá colaborar con el deudor en la elaboración del plan de negocios y la propuesta de acuerdo de reorganización, sustentado en el flujo de caja proyectado que prepare el deudor.

Parágrafo 1. La reunión de conciliación de las objeciones a la calificación y graduación de créditos, determinación de los derechos de voto y presentación del plan de negocios y el acuerdo de reorganización, será presidida por el Juez del Concurso, en uso de sus facultades de conciliador, de conformidad con el numeral 6 del artículo 5 de la Ley 1116 de 2006. La reunión no será grabada y se sujetará al siguiente procedimiento:

1. El Juez del Concurso procederá a la verificación de asistencia de los acreedores presentes o representados
2. A continuación, quien ejerza las funciones de promotor presentará un resumen de las objeciones conciliadas y aquellas que se encuentren pendientes.
3. El Juez del Concurso exhortará a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento y podrá suspender la reunión a efectos de que el deudor y sus acreedores puedan resolver sus diferencias, fijando inmediatamente fecha para su reanudación.
4. Agotadas todas las sesiones de la reunión de conciliación, quien ejerza las funciones de promotor levantará un acta de lo ocurrido y la allegará al expediente dentro de los tres (3) días siguientes a la última sesión, junto con el informe de objeciones formuladas, conciliadas y no conciliadas e, igualmente, expondrá el plan de negocios y la propuesta de acuerdo de reorganización, sustentado en el flujo de caja proyectado por el deudor.

(...)"

iii) Atención especial a procesos de reorganización de empresas de la construcción de inmuebles destinados a vivienda

Atendiendo al rango constitucional inherente al derecho a la vivienda previsto en el artículo 51 de la Constitución Política, y con sustento en la definición conferida por la Corte Constitucional a este derecho como "*aquel dirigido a satisfacer la necesidad humana de disponer de un sitio de vivienda, sea propio o ajeno, que cuente con condiciones suficientes para que quienes allí habiten puedan realizar de manera digna su proyecto de vida*"¹¹, el Decreto 772 enfatiza en el incremento desbordado de procesos de insolvencia de sociedades constructoras, en virtud del estancamiento económico generado en la pandemia y las medidas adoptadas, poniendo de presente la necesidad de adoptar medidas orientadas a proteger los derechos de los promitentes compradores de vivienda y simultáneamente, coadyuvar a la recuperación de las citadas empresas.

Con miras al objetivo citado, el artículo 5º del Decreto 772 estableció mecanismos particulares para los citados procesos de reorganización, y, a su turno, el Decreto 1332 lo reglamentó en el sentido de definir algunas obligaciones especiales, en especial de información, para las empresas deudoras que hayan solicitado su ingreso al proceso de reorganización o que hayan sido admitidas a dicho trámite concursal, cuando quiera que su objeto social es la actividad de construcción de inmuebles destinados a vivienda.

Las disposiciones a las que se refiere este acápite son las siguientes:

Artículo 5 Decreto 1332

Artículo 5. Obligaciones especiales de los deudores cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda. Con el fin de aplicar lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020, los deudores cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda deberán reportar, desde la solicitud de admisión al proceso, la totalidad de los proyectos destinados a vivienda en los que participen y el estado de los mismos; además deberán informar de manera detallada y pormenorizada la identidad de los adquirientes, el estado de las obligaciones con cada uno, relacionando el monto adeudado por estos y valor entregado, la

¹¹ Sentencia T – 895 del 16 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

identificación de la unidad de vivienda prometida en venta y la cifra pendiente por pagar al acreedor hipotecario por cada unidad. Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario.

Parágrafo. Los deudores sujetos a un proceso de reorganización iniciado con anterioridad, que cumplan estas características y que hubieren acreditado las condiciones para la aplicación del artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020, deberán reportar la información indicada en el inciso anterior, a más tardar el día anterior a la convocatoria de la audiencia de confirmación del acuerdo.

Artículo 5 del Decreto 772

Artículo 5. Mecanismos de protección durante los procesos de reorganización empresarial para los compradores de inmuebles destinados vivienda. Los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, que se sometan a un proceso, procedimiento o trámite de los establecidos en la legislación vigente, que tengan como objeto la construcción y venta de inmuebles destinados a vivienda, podrán, sin autorización previa del Juez del Concurso, realizar pagos del crédito hipotecario sobre el cual se constituyó la hipoteca de mayor extensión, directamente, o mediante el pago que realice el adquirente al acreedor hipotecario con la correspondiente subrogación, en la alícuota o proporción que sea aplicable, con el fin de que el acreedor hipotecario levante el gravamen sobre la unidad respectiva y, posteriormente, suscriba la escritura pública de transferencia de dominio de dicha unidad de vivienda a favor del adquirente, siempre y cuando, el adquirente hubiere pagado previamente al deudor la totalidad del precio pactado o se hubiere subrogado en el pago de la alícuota ante el acreedor hipotecario. En todo caso, el deudor deberá informar al Juez del Concurso acerca de las operaciones, dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización, aportando la lista discriminada de los compradores, la identificación de la unidad y el monto pagado, allegando los soportes respectivos.

Las cláusulas del acuerdo de reorganización deberán respetar los compromisos del contrato de promesa de compraventa o del documento contractual relativo al inmueble destinado a vivienda y contener estipulaciones para que, según el avance de obra y demás condiciones propias de cada proyecto, se cumpla con la obligación de transferir los inmuebles a los promitentes compradores y no simplemente la devolución de los anticipos diferidos en el tiempo. En el evento en el que los inmuebles estén gravados con hipoteca de mayor extensión, deberá contener las estipulaciones relativas al proceso para el levantamiento proporcional y la transferencia de los inmuebles a los promitentes compradores.

iv) Mecanismos de recuperación de valor en los procesos de liquidación, cancelación automática de gravámenes judiciales en procesos de insolvencia y adjudicación directa por el liquidador

Tanto en los procesos recuperatorios o de reorganización ordinarios y en los de liquidación de las empresas deudoras, a la luz de la regulación prevista en la Ley 1116 de 2006, está presente el riesgo de pérdida de valor de los activos en razón a circunstancias como los tiempos requeridos desde el inicio del respectivo proceso, para el adelantamiento de gestiones judiciales tales como el levantamiento de medidas cautelares adoptadas en procesos de ejecución, u otras internas al proceso concursal como los tiempos inherentes al avalúo de los bienes, su traslado y trámite de objeciones; las dificultades de venta de los activos en el mercado, su deterioro e imposibilidad de venta por debajo del valor del avalúo, por expresa prohibición legal, entre otras.

En el contexto de estancamiento de la economía y crisis empresarial, que afecta especialmente a la pequeña y mediana empresa, el Decreto Legislativo 772 de 2020 se enmarca en el objetivo de flexibilizar, disminuir y agilizar los citados trámites y facilitar el mantenimiento del valor de los activos. Medidas como el levantamiento automático de las medidas cautelares practicadas en procesos ejecutivos y de cobro coactivo sobre los bienes del deudor; la inclusión de herramientas para maximizar el valor de los activos como su venta en subasta cuando no es factible la enajenación en la etapa de venta directa, y la adjudicación directa de los bienes que no logran ser convertidos en dinero, guardan armonía con la necesidad de orientar la insolvencia en dirección a la realidad de la recuperación de la empresa o de la pronta liquidación de su patrimonio cuando a ello haya lugar.

Por su parte, dentro del escenario de medidas dirigidas a la preservación de la empresa y el empleo, previstos en el artículo 4 del Decreto 772, el Decreto 1332 se refirió a la cancelación de gravámenes judiciales inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias. Así mismo, en cuanto concierne a las medidas de recuperación de valor en los procesos liquidatorios, contenidas en el artículo 6 del Decreto 772, el Decreto 1332 objeto de control, precisó en el artículo 8, algunos aspectos relativos a la adjudicación directa por parte del liquidador.

Las normas en referencia son las siguientes:

Artículos 6 y 8 del Decreto 1332

Artículo 6. Gravámenes judiciales como garantía mobiliaria en un proceso de insolvencia.

Durante la vigencia del Decreto Legislativo 772 de 2020, en el trámite de un proceso de insolvencia los gravámenes judiciales, cuya inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias se hubiera efectuado por el beneficiario de la medida, a partir de la vigencia del presente decreto, se cancelarán como consecuencia del levantamiento del embargo que le dio origen. En el evento en que el embargo se levante de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 772 de 2020, el juez competente procederá al levantamiento del gravamen, como consecuencia del levantamiento del embargo que le dio origen.

Los gravámenes judiciales registrados antes de la vigencia del Decreto Legislativo 772 de 2020 conservarán todos sus efectos de garantía mobiliaria en el proceso de insolvencia.

Artículo 8. Propuesta de adjudicación directa del liquidador. Para efectos de la aplicación del último inciso del artículo 6 del Decreto Legislativo 772 de 2020, el liquidador podrá presentar directamente al Juez del Concurso, sin necesidad de votación de los acreedores, una propuesta de adjudicación de bienes que incluya la adjudicación de unidades de bienes a acreedores o entre grupos de acreedores, preservando las prelación legal.

Artículo 4 y 6 del Decreto 772

Artículo 4. Mecanismos de protección de la empresa y el empleo. A partir de la fecha de inicio de un proceso de reorganización de los que trata la Ley 1116 de 2006 y este Decreto Legislativo, con el objetivo de preservar la empresa y el empleo, las medidas cautelares practicadas en procesos ejecutivos o de cobro coactivo que recaen sobre bienes distintos a los sujetos a registro, de los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, se levantarán por ministerio de la ley, con la expedición del auto de inicio del proceso, por lo tanto, el juez que conoce de la ejecución deberá entregar los dineros o bienes al deudor, incluso si el proceso ejecutivo no se hubiere remitido para su incorporación en el proceso concursal. El promotor o quien ejerza su función deberá verificar el destino de los bienes desembargados e informar al juez dentro del término que este indique.

Artículo 6. Mecanismos de recuperación de valor en los procesos de liquidación. En cualquiera de los procesos de liquidación judicial de los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, deberá preferirse la adjudicación en bloque o en estado de unidad productiva. Si no pudiera hacerse en tal forma, los bienes serán adjudicados en forma separada, siempre con el criterio de generación de valor. No obstante, el liquidador podrá poner a consideración de los acreedores con vocación de pago la celebración de uno o varios contratos de fiducia para la transferencia total o parcial de los bienes y adjudicación como pago con derechos fiduciarios, en conjunto con el texto del contrato correspondiente y sus condiciones. El Juez de Concurso dará traslado de la propuesta y el contrato por el término de cinco (5) días.

Esta propuesta deberá ser aprobada por la mayoría de los acreedores con vocación de pago.

En caso de guardar silencio, se entenderá que el acreedor respectivo vota positivamente la propuesta. El contrato de fiducia y sus cláusulas no son de responsabilidad de Juez del Concurso, sin embargo, por solicitud de cualquier acreedor, éste podrá, antes de su aprobación, requerir ajustes en las cláusulas que no correspondan a la finalidad de adjudicación como mecanismo de pago y la administración razonable de los activos, o aprobarlo sujeto a la realización de los ajustes que considere necesarios.

Igualmente, el liquidador podrá adjudicar unidades de bienes a acreedores o entre grupos de acreedores, preservando las prelacións legales en forma directa.

Parágrafo 1. Los adjudicatarios deberán recibir el pago en dinero a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes al desembargo de los recursos para el pago. Vencido dicho plazo sin que se hubieren recibido estas sumas por parte de los acreedores operará la caducidad y, como consecuencia de la misma, éstas sumas acrecentarán la masa. Respecto de bienes cuya tradición implique indefectiblemente una actuación previa por parte del beneficiario del pago, éste tendrá la carga de cumplir con lo que corresponda dentro de los treinta (30) días previstos en el artículo 58 de la Ley 1116 de 2006, so pena de que opere la caducidad y, como consecuencia, tales bienes también acrecentarán la masa.

Parágrafo 2. Agotada la etapa de venta directa de activos en el marco de cualquier proceso de liquidación judicial, se podrá acudir al sistema de martillo electrónico. Para estos efectos, el precio de base no será inferior al setenta por ciento (70%) del avalúo y, de no lograrse la venta el precio base para un segundo remate será el cincuenta por ciento (50%) del avalúo. De no lograrse la venta, se procederá a la adjudicación en los términos de la Ley 1116 de 2006.

v) Caducidad de las acciones de cobro de los acreedores en los procesos de la pequeña insolvencia

Como parte integral de las herramientas dirigidas a preservar el valor de la masa en los procesos liquidatorios y a lograr maximizar el valor de retorno de los activos que la conforman, el parágrafo 1º del artículo 6 del Decreto Legislativo 772 determinó los plazos para que los acreedores adjudicatarios reciban las sumas de dinero en pago , o, en ausencia de liquidez, los bienes objeto de adjudicación. Definidos los plazos en uno y otro caso, quedó determinado el reintegro a la masa de las sumas de dinero o de los bienes no recibidos y, la operancia de la caducidad de las acciones de cobro.

Dentro de este contexto, el Decreto 1332, a través del artículo 7 precisó el alcance de la figura de la caducidad definida en la disposición citada del Decreto objeto de reglamentación.

Las disposiciones en referencia son las siguientes:

Artículo 7 del Decreto 1332

Artículo 7. Caducidad de las acciones individuales de cobro. Se entiende que la caducidad de la que trata el artículo 6 del Decreto Legislativo 772 de 2020 opera sobre las acciones de cobro con las que cuenta el acreedor dentro del proceso de liquidación judicial para obtener su pago con cargo a la masa de bienes del deudor.

Parágrafo 1 del Artículo 6 del Decreto 772

Artículo 6. Mecanismos de recuperación de valor en los procesos de liquidación.

(...)

“Parágrafo 1. Los adjudicatarios deberán recibir el pago en dinero a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes al desembargo de los recursos para el pago. Vencido dicho plazo sin que se hubieren recibido estas sumas por parte de los acreedores operará la caducidad y, como consecuencia de la misma, éstas sumas acrecentarán la masa. Respecto de bienes cuya tradición implique indefectiblemente una actuación previa por parte del beneficiario del pago, éste tendrá la carga de cumplir con lo que corresponda dentro de los treinta (30) días previstos en el artículo 58 de la Ley 1116 de 2006, so pena de que opere la caducidad y, como consecuencia, tales bienes también acrecentarán la masa.”

En los anteriores términos, al revisar el contenido y alcance del Decreto 1332 de 2020, la Sala Especial encuentra que existe conexidad material de este acto con la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 623 de 2020, así como con las medidas legislativas extraordinarias adoptadas para conjurarlo mediante el Decreto Legislativo 772 de 2020, siendo concretamente un desarrollo administrativo de este último. En efecto, el Decreto 1332 objeto de control tiene relación directa y específica con los citados actos, en cuanto que, en consonancia con ellos, se dirige a mitigar la situación de emergencia sanitaria derivada de la Pandemia del Covid-19 y a reducir la extensión de sus efectos en el escenario empresarial, teniendo en cuenta, de un lado, el rol activo que corresponde al Estado en la intervención en materia económica, y de otro, el interés general por la acción propositiva del Gobierno Nacional dirigida a equilibrar las medidas de confinamiento y otras requeridas para la prevención del contagio, frente a la necesidad de mitigar la grave e inminente

amenaza que para el desarrollo de la actividad económica en el país éstas representan.

2.3.2.2. Proporcionalidad

Ahora bien, a partir del análisis atrás efectuado, se advierte también que el Decreto 1332 objeto de control de legalidad es proporcional para conjurar la escalada en la crisis de las empresas afectadas y mitigar su impacto en la actividad económica, especialmente, con miras a la recuperación de la pequeña y mediana empresa, fuente primordial de empleo, y por ello, las medidas que reglamentan el proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias y el proceso de liquidación simplificado, creados por el Decreto Legislativo 772 de 2020, son necesarias, coherentes y adecuadas para los fines dispuestos en el Decreto objeto de reglamentación.

Ciertamente, las disposiciones del acto sometido a control resultan proporcionales con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional, como son la expansión y alto impacto derivado de la continuidad de la Pandemia del Covid-19 y los graves efectos de ésta en la dinámica económica y en la recuperación de las empresas.

Además, el acto objeto de control, antes que sacrificar principios o derechos protegidos en el marco del Estado Social de Estado, propende por su realización. En efecto, lo dispuesto en el acto administrativo examinado no vulnera ni restringe el núcleo esencial de ningún derecho fundamental; contrario sensu, las medidas en él dispuestas responden a los cometidos del Estado Social de Derecho relacionados con la intervención del Estado en el escenario económico y la tutela de la función social inherente a la actividad empresarial.

2.4. Conclusión

Por consiguiente, la Sala Especial encuentra que el Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, *“Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”* expedido por el Presidente de la República y el ministro de Comercio, Industria y Turismo, se encuentra ajustado a derecho, y así lo declarará en la parte resolutive de esta

providencia. Se aclara, sin embargo, conforme se ha reiterado en la jurisprudencia de esta Corporación¹², que “[...] si bien es cierto que el control automático supone un control integral, no puede pretenderse con ello que, al ejercer tal control, el juez revise todo el ordenamiento jurídico [...]”, por lo cual los efectos de esta sentencia tienen la autoridad de cosa juzgada relativa (artículo 189 del CPACA), es decir, sólo frente a los aspectos analizados y decididos en ella.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de su Sala Especial de Decisión No. 18, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

DECLARAR que el Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, “*Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia*” expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, se encuentra ajustada a derecho, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Presidente Sala 18 Especial de Decisión

Firmado electrónicamente
ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera de Estado
Salvamento parcial de voto

Firmado electrónicamente
MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero de Estado

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera de Estado

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Consejero de Estado
Salvamento parcial de voto

¹² Sobre este aspecto consultar: Sentencia de 20 de octubre de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00549OO(CA); Sentencia de 23 de noviembre de 2010, exp. 11001-03-15-000-2010-00196-00(CA); Sentencia de 18 de enero de 2011, exp. 11001-03-15-000-2010-00165-00(CA); Sentencia de 12 de abril de 2011, exp. 1100103-15-000-2010-00170-OO(CA).

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / CONTROL INMEDIADO DE LEGALIDAD / REQUISITOS FORMALES – El artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 desborda la competencia reglamentaria del Gobierno nacional

La norma controlada desborda la competencia reglamentaria del Gobierno nacional, porque amplía el espectro de los sujetos destinatarios del proceso abreviado de insolvencia, establecido en el artículo 1 del Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020, y, por ende, no guarda conexidad con éste. (...) [C]uando el artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 señala que los destinatarios de dicho régimen son todos los deudores “independientemente de las causas que originaron la insolvencia”, desborda la restricción que impuso el legislador extraordinario respecto de los sujetos que pueden ser amparados por los mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación empresarial por causa de la pandemia.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEGISLATIVO 772 DE 2020 – ARTÍCULO 1

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Artículo 4 del Decreto 1332 de 2020

La sentencia no indica la razón concreta por la cual el artículo 4 del Decreto 1332 de 2020 no contraría la disposición que desarrolla al señalar que el promotor se designará en los términos del artículo 35 de la Ley 1429 de 2010, cuando el artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020 ordena la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006. (...) Teniendo en cuenta que la sentencia dedujo la validez del artículo 4 del Decreto 1332 de 2010 sin aludir a la diferencia existente entre la remisión normativa contenida en él y la establecida en el artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020, para concluir con certeza la legalidad de la disposición reglamentaria era necesario hacer explícitos los motivos aquí desarrollados y que sustentan la razón por la cual ese apartamiento no da lugar a declarar la nulidad de la norma ni a condicionar su validez.

FUENTE FORMAL: LEY 1420 DE 2010 – ARTÍCULO 35 / LEY 1116 DE 2006 / DECRETO LEGISLATIVO 772 DE 2020 – ARTÍCULO 11

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Artículo 5 del Decreto 1332 de 2020

Ausencia de las razones concretas por las que el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 supera el control inmediato de legalidad en relación con la expresión “Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario. (...)”. (...). Debió efectuarse el análisis concreto respecto de la mencionada previsión, porque de la simple comparación de su literalidad con la del artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 que desarrolla, en los términos contenidos en la sentencia, no es posible concluir, prima facie, su legalidad. Esto, porque el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 no excluyó expresamente la posibilidad de decretar el embargo de los bienes gravados con hipoteca de mayor extensión, mientras que el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 lo hizo expresamente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA DIECIOCHO ESPECIAL DE DECISIÓN

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO CONJUNTO DE LOS CONSEJEROS ROCÍO ARAÚJO OÑATE Y ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04340-00(CA)

**Actor: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO**

Demandado: DECRETO 1332 DEL 6 DE OCTUBRE DE 2020

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011¹³ y con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala 18 Especial de Decisión, a continuación se exponen las razones por las que se suscribe el vocativo de la referencia con salvamento parcial de voto.

1.1 Síntesis del caso

1. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo remitió a esta Corporación, para su control inmediato de legalidad, copia del Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, *“Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”*.

2. La norma controlada reglamentó los artículos 5, 6, 11 y 12 del Decreto Legislativo 772 del 21 de mayo de 2020, *“por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”*, expedido con ocasión del Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Gobierno nacional en el Decreto 637 de 2020.

1.2 El fallo de la Sala 18 Especial de Decisión

3. En sentencia del 24 de agosto de 2021, la Sala 18 Especial de Decisión declaró ajustado a derecho el Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020, al encontrar que la norma cumple los requisitos formales y materiales exigidos para superar el control inmediato de legalidad.

¹³ Artículo 129. **firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo. // Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.// Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

4. Por una parte, advirtió que guarda conexidad material con el Decreto 637 de 2020, declaratorio del segundo Estado de emergencia económica, social y ecológica y con el Decreto Legislativo 772 de 2020, porque está estrechamente ligado a la finalidad con que éstos fueron expedidos y se dirige a mitigar la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia de la Covid-19 y a reducir la extensión de sus efectos en el escenario empresarial.

5. De otra parte, encontró que las disposiciones del decreto controlado son proporcionales, necesarias, coherentes y adecuadas para los fines dispuestos en el Decreto Legislativo 772 de 2020 que desarrolla; esto es, conjurar la escalada en la crisis de las empresas afectadas y mitigar su impacto en la actividad económica, por las siguientes razones:

- Contribuye a la recuperación de la pequeña y mediana empresa, fuente primordial de empleo.
- No vulnera ni restringe el núcleo esencial de ningún derecho fundamental.
- Responde a los cometidos del Estado social de derecho, relacionados con la intervención del Estado en el escenario económico y la tutela de la función social inherente a la actividad empresarial.

1.3 Razones del salvamento parcial de voto

1.3.1 Debió declararse la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 por las siguientes razones:

6. La norma controlada desborda la competencia reglamentaria del Gobierno nacional, porque amplía el espectro de los sujetos destinatarios del proceso abreviado de insolvencia, establecido en el artículo 1 del Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020, y, por ende, no guarda conexidad con éste.

7. El artículo 1 del Decreto Legislativo 772 de 2020 dispuso lo siguiente:

***“Finalidad y ámbito de aplicación de mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación. El régimen de insolvencia regulado en el presente Decreto Legislativo tiene por objeto proteger adecuadamente el orden público económico y 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 de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los mecanismos adicionales de salvamento y recuperación y de liquidación judicial de las empresas, de manera que se logre retornar rápidamente los activos a la economía de forma ordenada, eficiente y económica.*”**

Las herramientas aquí previstas, aplicables a los deudores que se han afectado como consecuencia de la emergencia antes mencionada y que buscan poder atender la proliferación de procesos, procedimientos y trámites de insolvencia, estarán disponibles desde la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, hasta dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia del mismo.” (negrillas fuera de texto)

8. Sobre la constitucionalidad de esta disposición se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-378 de 2020, señalando lo siguiente:

(...) **“el régimen de insolvencia al que se refiere el Artículo 1 del decreto legislativo en estudio es aplicable a los deudores cuya crisis (i) ha sido el resultado de las causas de la declaratoria o (ii) se ha agravado como consecuencia de tales causas o de las medidas tomadas para evitar la extensión de sus efectos. También es necesario destacar que, en lo que sea pertinente, las medidas adoptadas por el decreto legislativo examinado son predicables de aquellos procesos, procedimientos y trámites que se encontraban en curso, adelantados por deudores afectados igualmente por las razones asociadas a la declaración del Estado de emergencia económica, social y ecológica en el Decreto legislativo 637 de 2020.”** (negrilla y subraya fuera de texto)

9. Por su parte, el artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 dispone:

“Sujetos destinatarios de los procesos de insolvencia regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020. Todos los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006 cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de insolvencia de los regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020, **independientemente de las causas que originaron la insolvencia.”**

10. De la literalidad confrontada de las disposiciones señaladas y de lo expuesto por la Corte Constitucional, salta a la vista que los destinatarios del proceso de reorganización abreviado, previsto en el título II del Decreto Legislativo 772 de 2020, son las empresas afectadas por la declaratoria de emergencia social, económica y ecológica y/o por las medidas adoptadas para mitigar su causa o evitar la extensión de sus efectos.

11. Entonces, cuando el artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 señala que los destinatarios de dicho régimen son todos los deudores **“independientemente de las causas que originaron la insolvencia”**, desborda la restricción que impuso el legislador extraordinario respecto de los sujetos que pueden ser amparados por los mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación empresarial por causa de la pandemia.

12. El exceso en la competencia reglamentaria es razón suficiente para no declararla ajustada a derecho e impide afirmar que el artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 guarda conexidad con el Decreto Legislativo 772 de 2020 que desarrolla.

13. Lo anterior, porque el hecho de que el régimen de insolvencia beneficie a todas las empresas sin importar la causa por las que se pretende acceder a él, contraviene la finalidad para la que fue expedida esa medida extraordinaria, es decir, brinda mecanismos abreviados para la recuperación de las empresas afectadas por la crisis sanitaria y las drásticas medidas de salud y de orden público que debieron adoptarse para su contención y control.

14. En consecuencia, la decisión que debía adoptarse era la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 1332 de 2020, en relación con la expresión “***independientemente de las causas que originaron la insolvencia***”, y no la de declararla ajustada a derecho.

1.3.2 Ausencia de las razones concretas por las que el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 supera el control inmediato de legalidad en relación con la expresión “*Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario. (...)*”

15. Debió efectuarse el análisis concreto respecto de la mencionada previsión, porque de la simple comparación de su literalidad con la del artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 que desarrolla, en los términos contenidos en la sentencia, no es posible concluir, *prima facie*, su legalidad.

16. Esto, porque el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 no excluyó expresamente la posibilidad de decretar el embargo de los bienes gravados con hipoteca de mayor extensión, mientras que el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 lo hizo expresamente.

17. El artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 establece:

“Mecanismos de protección durante los procesos de reorganización empresarial para los compradores de inmuebles destinados vivienda. Los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, que se sometan a un proceso, procedimiento o trámite de los establecidos en la legislación vigente, que tengan como objeto la construcción y venta de inmuebles destinados a vivienda, podrán, sin autorización previa del Juez del Concurso, realizar pagos del crédito hipotecario sobre el cual se constituyó la hipoteca de mayor extensión, directamente, o mediante el pago que realice el adquirente al acreedor hipotecario con la correspondiente subrogación, en la alícuota o proporción que sea aplicable, con el fin de que el acreedor hipotecario levante el gravamen sobre la unidad respectiva y, posteriormente, suscriba la escritura pública de transferencia de dominio de dicha unidad de vivienda a favor del adquirente, siempre y cuando, el adquirente hubiere pagado previamente al deudor la totalidad del precio”

pactado o se hubiere subrogado en el pago de la alícuota ante el acreedor hipotecario.

En todo caso, el deudor deberá informar al Juez del Concurso acerca de las operaciones, dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización, aportando la lista discriminada de los compradores, la identificación de la unidad y el monto pagado, allegando los soportes respectivos.

Las cláusulas del acuerdo de reorganización deberán respetar los compromisos del contrato de promesa de compraventa o del documento contractual relativo al inmueble destinado a vivienda y contener estipulaciones para que, según el avance de obra y demás condiciones propias de cada proyecto, se cumpla con la obligación de transferir los inmuebles a los promitentes compradores y no simplemente la devolución de los anticipos diferidos en el tiempo. En el evento en el que los inmuebles estén gravados con hipoteca de mayor extensión, deberá contener las estipulaciones relativas al proceso para el levantamiento proporcional y la transferencia de los inmuebles a los promitentes compradores.

18. A su turno, el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 señala:

“Obligaciones especiales de los deudores cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda. Con el fin de aplicar lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020, los deudores cuya actividad es la construcción de inmuebles destinados a vivienda deberán reportar, desde la solicitud de admisión al proceso, la totalidad de los proyectos destinados a vivienda en los que participen y el estado de los mismos; además deberán informar de manera detallada y pormenorizada la identidad de los adquirentes, el estado de las obligaciones con cada uno, relacionando el monto adeudado por estos y valor entregado, la identificación de la unidad de vivienda prometida en venta y la cifra pendiente por pagar al acreedor hipotecario por cada unidad. **Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario. (...)**”

19. De la lectura armonizada de estas dos disposiciones, se concluye que el mecanismo dispuesto en el Decreto Legislativo 772 de 2020 permite el pago directo a los financiadores del crédito hipotecario por parte del deudor-constructor o el pago del promitente comprador al vendedor con la consiguiente subrogación, sin necesidad de que el juez del concurso lo autorice.

20. Habilitar esta posibilidad tiene como propósito facilitar el levantamiento, total o en la alícuota correspondiente, del gravamen hipotecario y la posterior transferencia del bien al comprador, respetando las condiciones del contrato de promesa de compra venta o del documento que contenga las estipulaciones contractuales correspondientes, conforme lo señala la misma norma.

21. Bajo esta lógica, que no se decreten medidas cautelares de embargo sobre estos inmuebles declarados por el deudor-constructor en el proceso de reorganización abreviada, salvo que el juez del concurso considere lo contrario, es una regla que armoniza con la finalidad misma de ese tipo de procesos, sean ordinarios o excepcionales.

22. En efecto, en los procesos de reorganización empresarial de que trata la Ley 1116 de 2006 el Juez del concurso cuenta con total autonomía para decretar cualquier medida cautelar que considere oportuna y necesaria, sobre cualquiera de los bienes y derechos que posea el deudor¹⁴.

23. Lo mismo ocurre respecto de las medidas cautelares que esos bienes o derechos se hayan decretado en procesos que cursan con anterioridad a la apertura del de reorganización empresarial, pues el artículo 20 *ejusdem*¹⁵ dispone que los procesos quedarán a disposición del juez para que determine si hay lugar a mantenerlas vigentes o deben levantarse.

24. Al respecto, debe recordarse que en la reorganización empresarial no se impone una forma precisa de cómo debe negociarse el acuerdo o cómo deben pagarse las obligaciones. Esto corresponde a la esfera negocial del deudor mientras que al juez del concurso le corresponde verificar las fórmulas del acuerdo para determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, como son, por ejemplo, la oportunidad en que debe presentarse, la información exigida, las mayorías con las que debe venir votado, su carácter general y el respeto de la prelación legal de créditos.

25. Entonces, como la medida cautelar de embargo restringe la libre disposición del derecho de dominio que tiene el deudor, si la regla fuera opuesta, el mecanismo de pago directo, subrogación y transferencia de la propiedad previsto en el artículo 5 del Decreto 772 de 2020 no podrían materializarse en forma célere y oportuna para los fines de la reorganización y recuperación de la empresa como garantía de los derechos de los compradores de las viviendas.

26. De suyo, la regla supera el juicio de necesidad jurídica porque el artículo 1521 del Código Civil dispone que toda enajenación de inmuebles embargados constituye objeto ilícito, salvo que se cuente con la autorización del juez o si el acreedor consiente en tal enajenación, lo cual pone de presente que si en la reorganización empresarial abreviada se aplicara esta regla, no podrían adelantarse dichos acuerdos extrajudiciales en virtud de la autonomía de la voluntad, pues requerirán siempre la autorización del juez.

¹⁴ **Ley 1116 de 2006. Artículo 19. Inicio del proceso de reorganización.** La providencia que decreta el inicio del proceso de reorganización deberá, comprender los siguientes aspectos: (...) 7. Decretar, cuando lo considere necesario, medidas cautelares sobre los bienes del deudor y ordenar, en todo caso, la inscripción en el registro competente la providencia de inicio del proceso de reorganización, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad. (...).

¹⁵ **Ley 1116 de 2006. Artículo 20. Nuevos procesos de ejecución y procesos de ejecución en curso.** A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada. (...).

27. De otra parte, la medida se advierte proporcional y carente de arbitrariedad o discriminación alguna, porque protege el derecho a la vivienda de todos los promitentes compradores en igualdad de condiciones, quienes no cuentan con una posición de acreedores con prelación ni sus contratos de promesa o documentos de estipulaciones análogas constituyen gravámenes o limitaciones del dominio que les garanticen la entrega de la vivienda o la devolución del dinero, como si ocurre con las hipotecas respecto de los acreedores que tienen esas garantías para el pago de sus acreencias.

28. Conforme con lo dicho, son éstas las razones concretas que dan lugar a declarar la legalidad del artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 en lo relativo a la expresión “**Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario**”, contenida en ella, y que no se deducen de la llana confrontación literal de los textos normativos en los términos señalados en la sentencia.

1.3.3 La sentencia no indica la razón concreta por la cual el artículo 4 del Decreto 1332 de 2020 no contraria la disposición que desarrolla al señalar que el promotor se designará en los términos del artículo 35 de la Ley 1429 de 2010, cuando el artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020 ordena la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006

29. El artículo 4 del Decreto 1332 de 2020 establece:

“ Designación del promotor en los procesos de reorganización abreviada. El Juez del Concurso designará a un promotor de la lista de auxiliares de la justicia o al representante legal para cumplir las funciones de promotor, en los términos establecidos en el artículo 35 de la Ley 1429 de 2010¹⁶. ”

30. Por su parte, el artículo 11 del DL 772 señala los siguiente:

Artículo 11. Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos de reorganización y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias, los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la **Ley 1116 de 2006**, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de reorganización abreviado. (...) En la providencia de apertura se incluirán, además de las órdenes aplicables del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006, las siguientes: **1. Se designará al promotor conforme a lo previsto en la Ley 1116 de 2006.**”

31. Aunque la confrontación literal de las remisiones efectuadas en las dos normas advierte una diferencia en relación con la remisión normativa al régimen

¹⁶ “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo” (Esta Ley simplificó trámites en materia de procesos de reorganización y liquidación judicial previstos en la Ley 1116 de 2006)

aplicable para la designación de los promotores en los procesos de reorganización abreviado, el reglamento no excedió la norma desarrollada.

32. Lo anterior, por cuanto la Ley 1429 de 2010 contentiva del régimen de formalización y generación de empleo, cuenta con normas especiales para la recuperación de los negocios, su reactivación y los procesos de reorganización de las pequeñas empresas, esto es, aquellas que tienen menos de 50 trabajadores y cuyos activos totales no superan 5.000 SMMLV.

33. Una de esas normas especiales es el artículo 35 *ejusdem*, en el que se dispone *“Las funciones que de acuerdo con la Ley 1116 de 2006 corresponden al promotor serán cumplidas por el representante legal de la persona jurídica deudora o por el deudor persona natural comerciante, según el caso.”*.

34. Por su parte, la Ley 1116 de 2006 en su artículo 3 excluye de su ámbito de aplicación a quienes estén sujetos a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar y en el artículo 67 dispone que sea el juez del concurso quien designe al promotor, en calidad de auxiliar de la justicia, escogido de la lista elaborada para el efecto por la Superintendencia de Sociedades.

35. Consecuentemente, la interpretación sistemática, armónica y coherente de la remisión efectuada a la Ley 1116 de 2006 en el artículo 11 del Decreto Legislativo con lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 1116 de 2006 y lo señalado en el artículo 35 de la Ley 1429 de 2010, imponía que fuera el reglamento el que clarificara lo relativo a la designación del promotor en los procesos abreviados de reorganización empresarial de pequeñas insolvencias.

36. Conforme con ello, la modificación efectuada por el reglamento y su consecuente exceso respecto de lo previsto en la medida extraordinaria y de excepción es tan solo aparente, porque en realidad correspondió a una precisión de la norma aplicable, necesaria desde el ámbito fáctico y también desde lo jurídico por razón de los principios de especialidad y taxatividad, como se explicó anteriormente.

37. Dicha precisión es consonante con el carácter abreviado del proceso de reorganización empresarial creado en el Decreto Legislativo 772 de 2020 para pequeñas empresas y personas naturales comerciantes, porque simplifica la actuación y en esa medida la torna célere respecto de aquellas que requieren de un promotor que provenga de las listas de la Superintendencia de Sociedades para adelantar el proceso de reorganización y recuperar condiciones de solvencia.

38. De igual manera, contribuye a materializar las finalidades de la medida extraordinaria, entre ellas, la protección del crédito, la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, la normalización de sus relaciones comerciales y crediticias.

39. Estas mismas razones de finalidad, necesidad, celeridad y eficacia de los procesos abreviados de reorganización empresarial con causa en la crisis originada por la pandemia, sustentan la razonabilidad de la remisión efectuada en el reglamento para la aplicación del 35 de la Ley 1429 de 2011 en lo relativo a la designación del promotor.

40. Teniendo en cuenta que la sentencia dedujo la validez del artículo 4 del Decreto 1332 de 2010 sin aludir a la diferencia existente entre la remisión normativa contenida en él y la establecida en el artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020, para concluir con certeza la legalidad de la disposición reglamentaria era necesario hacer explícitos los motivos aquí desarrollados y que sustentan la razón por la cual ese apartamiento no da lugar a declarar la nulidad de la norma ni a condicionar su validez.

Conforme con todo lo anterior, quedan sentadas las razones por las que se suscribe esta sentencia con salvamento parcial de voto.

Rocío Araújo Oñate

Magistrada

(firmado electrónicamente)

Alberto Montaña Plata

Magistrado

(firmado electrónicamente)