

EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE: HISTORIA DE UN FRACASO

Luis Javier Moreno Ortiz

RESUMEN

Este ensayo pretende dar cuenta del efímero régimen de insolvencia de la persona física no comerciante. Para cumplir con este propósito se emplea el método analítico, a partir de los elementos de juicio que suministran las fuentes relevantes: en materia legal, se examina el proceso de formación de la Ley 1380 de 2010; en materia jurisprudencial, se construye un marco general sobre la insolvencia de las personas físicas y jurídicas, a modo de contexto necesario para analizar las sentencias relativas a la constitucionalidad de dicha ley; en materia doctrinal, se traen a cuento algunos estudios sobre los efectos de la jurisprudencia constitucional en modernización del derecho mercantil.

Palabras clave

Régimen de insolvencia, derecho comercial, derecho constitucional, no comerciantes.

ABSTRACT

This essay seeks to account for the transient regime of insolvency of the non-commercial individuals. To fulfill this purpose the analytical method used, from the evidence they provide relevant sources: legal matters, examines the formation of Act 1380 of 2010; in jurisprudence, we construct a general framework insolvency of natural persons and legal entities as a context for reviewing rulings on the constitutionality of the law; in matters of doctrine, it brings up some studies on the effects of constitutional jurisprudence in the modernization of commercial law.

Key words

Insolvency law, commercial law, constitutional law, not traders.

SUMARIO

I. Introducción. A. Metodología. B. Fuentes. C. Alcance. II. El régimen de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. A. La Ley 1380 de 2010. a) Proyecto original y exposición de motivos. b) Debates en las cámaras. c) Conciliación de los textos aprobados. B. Jurisprudencia constitucional sobre régimen de insolvencia.

a) Sentencias tipo c sobre el régimen de insolvencia de comerciantes. b) Sentencias tipo t sobre casos concretos de insolvencia de comerciantes. c) Sentencias tipo c sobre la constitucionalidad de la Ley 1380 de 2010. C. Críticas de la doctrina a la jurisprudencia constitucional sobre insolvencia. a) Crítica sobre la interpretación constitucional. b) Crítica sobre las decisiones constitucionales. c) Crítica sobre la incidencia de la acción de tutela. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

*No os espante la pobreza; nadie vive tan pobre como nació.
Lucio Anneo Séneca.*

En los tiempos que corren, algunas personas prefieren perderlo todo: esposa, familia, trabajo, honor, e incluso la salud, antes que perder el crédito. En la sociedad de consumo el ser humano es irrelevante, lo que cuenta es el consumidor. En este contexto, pocas situaciones son tan difíciles en lo vital y en lo económico como la insolvencia. Sin embargo, el ser humano no se agota en consumir, o en celebrar contratos, pues es, además, ciudadano. La suerte de los ciudadanos no puede ser indiferente a un Estado Social y Democrático de Derecho, como no lo es la suerte de los seres humanos. Esta multiplicidad de roles, visible en los conflictos de intereses que pueden surgir en las controversias diarias, implica la interferencia del derecho público en el derecho privado, como ocurre, por ejemplo, en el estatuto del consumidor y en la protección, incluso judicial, de sus derechos.

A. Metodología

La metodología aplicada en este documento es la analítica. Se pretende analizar la estructura, la naturaleza, la función, la finalidad y el fracaso práctico del régimen de insolvencia de la persona física no comerciante, vigente en la República de Colombia entre el 25 de enero de 2010 y el 19 de septiembre de 2011, a partir del texto de la Ley 1380 de 2010, que se examina desde su presentación como proyecto de ley hasta el texto sancionado por el Presidente de la República, con anotaciones relevantes de lo dicho por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina.

B. Fuentes

El proceso de formación de la Ley 1380 de 2010 se documenta a partir de lo que aparece publicado en varios números de la Gaceta del Congreso, en los cuales aparece el proyecto original, su exposición de motivos, sus informes para ponencia en los cuatro debates

reglamentarios, su informe de conciliación y su aprobación por ambas Cámaras. La Ley 1380 de 2010 se documenta a partir de lo que aparece publicado en el Diario Oficial 47.603 del 25 de enero de 2010. La jurisprudencia constitucional empleada se documenta a partir de lo que aparece en su página web: www.constitucional.gov.co La doctrina que se cita se documenta a partir de textos que aparecen publicados en soporte físico y en soporte electrónico, en reconocidas revistas científicas y académicas.

C. Alcance

El presente ensayo no pretende limitarse a hacer una mera revisión descriptiva del contenido del régimen de insolvencia de la persona física no comerciante, a partir de su efímero referente legal, sino que busca también revisar la validez del discurso que argumenta sobre su necesidad, dar cuenta del contexto jurisprudencial en el cual surge y desaparece, y presentar anotaciones críticas de la doctrina, como elementos de juicio relevantes para elaborar el análisis.

II. El régimen de insolvencia de las personas físicas no comerciantes

*El que se sabe pobre lo sabe todo.
Jules Michelet.*

En una sociedad de consumo entrar en situación de insolvencia es una mala noticia para todos los agentes económicos, algo así como el principio del fin. A esta situación no escapan las sociedades ni los comerciantes, que suelen tener algo de experiencia y conocimiento del mercado. Sin embargo, la situación es más grave y más gravosa cuando se trata de la insolvencia de personas físicas no comerciantes, pues ellas no cuentan con la magnífica garantía de limitar por anticipado su responsabilidad patrimonial. Proteger el crédito parece ser una condición *sine qua non* para recuperar las finanzas personales, satisfacer las obligaciones pendientes con los acreedores y evitar los perniciosos efectos económicos que se derivan de un incumplimiento parcial que se torna definitivo. La quiebra o la bancarrota, que puede derivarse de una situación de insolvencia, no es una buena noticia para nadie, pues implica que todos los involucrados pierden.

A. La Ley 1380 de 2010

El proceso de formación de la Ley 1380 de 2010, “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante”, se inicia el 31 de julio de 2008, con la presentación en la Cámara de Representantes del Proyecto de ley 55 de 2008, que aparece publicado en la Gaceta del Congreso 494 de 2008 y culmina el 25 de enero de 2010 con su promulgación, por medio de publicación en el Diario Oficial 47.603 de esta fecha. Los autores del proyecto son los Representantes a la Cámara Simón Gaviria, Roy Barrera, Omar Flórez, Carlos Ramiro C., David Luna, Guillermo A. Santos, Eduardo Crissien, y los Senadores Gina María Parody, Aurelio Iragorri Hormaza y Mario Salomón Náder.

a) Proyecto original y exposición de motivos

El proyecto original se presentó el 31 de julio de 2008 en la Cámara de Representantes, y se radicó con el número 55 de 2008 Cámara¹. Está conformado por 22 artículos, organizados en dos títulos y en seis capítulos. En el título primero aparece su finalidad, que es la de proteger el crédito y recuperar las finanzas de las personas físicas no comerciantes, por medio de un trámite único de negociación de deudas y, además, proteger la buena fe en las relaciones comerciales (art. 1). Su ámbito de aplicación es el que corresponde a las personas que tengan su domicilio en el país (art. 2). Reconoce una serie de principios orientadores, entre los cuales se destacan los de universalidad, igualdad, eficacia, celeridad, información, buena fe y publicidad (art. 3). Establece como supuestos objetivos de la situación de insolvencia: tener dos o más obligaciones vencidas por más de 180 días, siempre que éstas representen el 30% del pasivo total, y éste sea superior a las dos terceras partes del activo total. Si la persona tiene obligaciones vencidas que representen el 80% del pasivo total, no podrá ampararse en esta ley. Sólo se puede acudir a este trámite una vez cada 6 años (art. 4). En los artículos 5 y 6 atribuye competencia a los centros de conciliación del domicilio del deudor, a los cuales faculta para pedir la información necesaria para negociar las

¹ Tanto el proyecto original como su exposición de motivos aparecen publicados en la Gaceta del Congreso 494 de 2008.

deudas; verificar los supuestos objetivos de insolvencia; y elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos.

En el título segundo se regula lo concerniente al trámite de negociación de deudas, valga decir, lo que tiene que ver con la correspondiente solicitud (cap. I, arts. 7 a 11); con la audiencia de verificación de acreencias, conciliación de objeciones y consideración de propuesta de pago (cap. II, arts. 12 a 14); con el acuerdo de negociación de deudas (cap. III, arts. 15 a 18); con normas especiales para el pequeño productor agropecuario y pesquero (cap. IV, art. 19); con disposiciones finales sobre apoderados, representantes, inexactitud de la información y vigencia (cap. V, arts. 20 a 22).

La exposición de motivos del anterior proyecto, pese a su extensión, no es un ejemplo de prolijidad. No obstante, logra precisar el objeto del proyecto, a sus antecedentes y fundamento, y algunas consideraciones generales. Respecto del objeto, hace una síntesis apretadísima de su contenido, que no merece la pena repetir. En cuanto a sus antecedentes, el vuelo se remonta a la República de Venecia y a la costumbre de romper el banco del comerciante en la Plaza de San Marcos y aterriza, sin más ni más, en la Constitución Política de 1991. En los fundamentos constitucionales están los principios de: Estado Social y Democrático de Derecho, soberanía, supremacía de la Constitución, inalienabilidad de los derechos de la persona, y las reglas sobre fines del Estado y sobre la dirección general de la economía por éste. Sin embargo, el fundamento principal es la Sentencia C-699 de 2007, por medio de la cual la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de la Ley 1116 de 2006, relativa al régimen de insolvencia empresarial, exhortó al Congreso de la República a expedir un régimen universal para personas naturales no comerciantes. De las consideraciones generales, se destacan la de proteger a las personas físicas no comerciantes, más numerosas que las personas comerciantes, en su crédito y su patrimonio, por medio de un mecanismo expedito y sencillo, inspirado en el sistema de quiebras de los Estados Unidos, en particular de los Capítulos VII y XIII del Código Federal de Quiebras, del cual se alaba su celeridad, eficacia y facilidades; y la de establecer, a partir de lo dicho en la obra *Código de Quiebra de los Estados Unidos de América*, revisada por Eduardo M. Favier Dubois y publicada por la editorial

Errepar en Buenos Aires en 2002, y del aporte del profesor Juan José Rodríguez Espitia, como metas de un buen mecanismo de bancarrota: generar resultados eficientes ex post, para maximizar el valor a repartir; preservar el papel coercitivo de la deuda; garantizar la prioridad de los reclamos.

b) Debates en las cámaras

Para que un proyecto de ley pueda convertirse en ley de la República, es menester que sea aprobado en cuatro debates por ambas cámaras. Dos de estos debates deben darse en las respectivas comisiones permanentes y los dos restantes deben darse en las plenarios. Al haber sido presentado en la Cámara de Representantes, el trámite comenzó en la Comisión Tercera de ésta, con un informe de ponencia elaborado por los Representantes Simón Gaviria Muñoz, Ángel Custodio Cabrera, Omar Flórez Vélez, Bernardo Miguel Elías, Álvaro Alférez Tapias y Jorge Julián Silva Meche². En este informe se traen a cuento, como antecedentes, las Leyes 222 de 1995, sobre procesos concursales, 550 de 1999, sobre reactivación empresarial y reestructuración de entes territoriales; y 1116 de 2006, sobre régimen de insolvencia empresarial; se reitera lo dicho en la exposición de motivos sobre el Código Federal de Quiebras de los Estados Unidos y se anota que algo semejante ocurre en España y Uruguay; y se presentan estadísticas relevantes en la materia³, como la de que 15.7 millones de personas (el 36.6% de la población) tienen acceso al menos a un producto financiero: 15 millones de personas (el 35% de la población) tienen una cuenta de ahorros, 3.6 millones de personas (el 8.4% de la población) tienen tarjetas de crédito y 527 mil personas (el 1.2% de la población) tienen crédito hipotecario.

El informe de ponencia para segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes fue presentado por los Representantes Simón Gaviria Muñoz, Ángel Custodio Cabrera, Omar Flórez Vélez, Bernardo Miguel Elías, Álvaro Alférez Tapias, Jorge Julián Silva Meche, Gilberto Rondón, Oscar Mauricio Lizcano y Wilson Borja⁴. De su contenido vale la pena destacar lo siguiente: precisa que el

² El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 865 de 2008.

³ La fuente de estas estadísticas es la Asociación Bancaria Colombiana, Asobancaria, y corresponden al mes de marzo del año 2008.

⁴ El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 239 de 2009.

proyecto inicial, salvo algunas correcciones de redacción, fue aprobado por la Comisión, con la adición de un inciso en el artículo 4, relativo a la incapacidad de pago inminente, y con un artículo nuevo relativo a los deudores del programa de reactivación agropecuaria nacional (PRAN). En cuanto a los antecedentes y las condiciones generales, se limita a reiterar lo dicho en el informe rendido a la comisión. Entre los cambios que se proponen, algunos tienen que ver con mejorar la redacción, otros con aumentar los porcentajes máximos y mínimos para acceder al régimen de insolvencia, y se aclaran algunos aspectos del trámite. El texto del proyecto aprobado por la plenaria aparece publicado en la Gaceta del Congreso 562 de 2009.

Luego de cumplir su trámite en la Cámara de Representantes, el proyecto de ley fue radicado con el número 346 de 2009 en el Senado de la República. El informe de ponencia para debate en la Comisión Tercera de esta cámara fue presentado por los Senadores Mario Salomón Náder, Aurelio Iragorri Hormaza, Guillermo García Realpe, Omar Yepes Alzate, Yolanda Pinto Afanador, Bernabé Celis Carrillo y Jairo Mantilla Colmenares⁵. En los antecedentes que trae el informe, aparece una clara alusión a la Constitución de 1821, que incorpora a nuestra legislación las Ordenanzas de Bilbao, vigentes en la época colonial, a la Constitución de 1886, que adopta como código nacional el Código de Comercio del Estado de Panamá, a los Decretos 750 de 1940 y 2264 de 1969 sobre concordato y quiebra, al Código de Comercio de 1971 y a la reforma que se le introdujo por el Decreto 350 de 1989, a las Leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 1116 de 2006. El informe también da noticia de la realización de un foro en torno del proyecto, en el cual participaron entidades públicas y privadas vinculadas al crédito, a la hacienda, a los impuestos, al comercio, a la industria, a superintendencias y gremios, y algunas universidades; reitera lo dicho en los anteriores informes sobre los fundamentos del proyecto; precisa que se trata de un proyecto que regula un tema concursal, en tanto parte del derecho mercantil; y, a lo dicho sobre conveniencia y necesidad, agrega que el proyecto puede ser un importante instrumento de descongestión judicial y de solución pronta y eficaz de controversias.

⁵ El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 912 de 2009.

El informe de ponencia para el último debate, en la plenaria del Senado de la República, fue presentado por los Senadores Mario Salomón Náder, Aurelio Iragorri Hormaza, Guillermo García, Omar Yepes, Yolanda Pinto, Bernabé Celis y Jairo Mantilla⁶. El proyecto, además de reiterar lo ya dicho sobre el informe rendido a la comisión, introduce un pliego de modificaciones al texto hasta ese momento aprobado. El texto final del proyecto aprobado por la plenaria aparece publicado en la Gaceta del Congreso 1318 de 2009.

c) Conciliación de los textos aprobados

Al existir discrepancias entre las cámaras, fue menester integrar una comisión de conciliación, conformada por el Senador Aurelio Iragorri Hormaza y por el Representante Simón Gaviria Muñoz⁷. En su informe, la comisión propone un texto conformado por 41 artículos, organizados en dos títulos y dos capítulos. Este informe fue aprobado por las plenarias de ambas cámaras y pasó a sanción del Presidente de la República. El proyecto fue sancionado por éste y promulgado, mediante publicación en el Diario Oficial 47.603, el 25 de enero de 2010.

Respecto de lo dicho sobre el contenido del proyecto original, al contrastarlo con la ley que a la postre resultó del proceso legislativo, se debe destacar lo siguiente: se mantiene igual lo relativo a su finalidad y ámbito de aplicación (arts. 1 y 2); a los principios orientadores de universalidad, igualdad, eficacia, celeridad, información, buena fe y publicidad, se agregan los de colectividad, transparencia, equilibrio, simplicidad y prevalencia de los derechos fundamentales (art. 3); se fijan como supuestos objetivos de situación de cesación de pagos el incumplir dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de noventa días, o que cursen en contra del deudor una o más demandas de ejecución o de jurisdicción coactiva para hacer efectivo el pago de alguna de sus obligaciones, siempre que el valor de las obligaciones con cesación de pagos o reclamadas judicial o coactivamente representen no menos del 50% del pasivo total del deudor, y se agrega una exclusión para efectos de la ley, la de los créditos del cónyuge, compañero permanente o parientes

⁶ El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 1297 de 2009.

⁷ El informe de la comisión de conciliación aparece publicado en la Gaceta del Congreso 1313 de 2009.

hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, así como los créditos a favor de las sociedades controladas por cualquiera de los anteriores (art. 4); se otorga competencia para tramitar el procedimiento de insolvencia a los centro de conciliación del domicilio del deudor y a las notarías, pero en algunos asuntos que desborden la competencia del conciliador, se otorga competencia al juez civil municipal del mismo domicilio, a quien también se otorga competencia para resolver las controversias contenciosas, con la presencia del Ministerio Público, cuando se trate de obligaciones de jurisdicción coactiva o de alimentos (arts. 5 y 6); los procedimientos que se adelanten ante servidores públicos, consultorios jurídicos de facultades de derecho y de entidades públicas serán gratuitos, en los demás casos tendrán una tarifa que fijará el Gobierno Nacional (art. 7); para fijar la tarifa se debe tener en cuenta el monto total de las obligaciones, en cuanto al capital debido, y los ingresos del deudor (art. 8); entre las facultades del conciliador está la de citar a las personas que deben asistir a la audiencia, ilustrarlas sobre su objeto, alcance y límites, así como sobre el procedimiento y el acuerdo de pagos, verificar los supuestos de insolvencia, solicitar y verificar la información relevante, motivar a las partes a conciliar, garantizar que se cumpla el acuerdo y proponer fórmulas para el mismo, levantar actas de las audiencias, registrar el acta de la audiencia de conciliación, certificar el fracaso de la conciliación, y elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos, sin que se menoscaben derechos mínimos e intransigibles.

En cuanto al procedimiento, éste comienza con la solicitud del deudor o su apoderado, acompañada de un informe de su situación de insolvencia; una propuesta de negociación; una relación de sus acreedores en orden de prelación de sus créditos; una relación de sus activos, incluso de aquellos transferidos o enajenados dentro de los seis meses anteriores; una relación de los procesos judiciales o administrativos existentes; una certificación de contador público sobre vencimiento de obligaciones, montos y relación activo pasivo; una relación de los gastos de subsistencia del deudor y de personas a su cargo; una relación de las obligaciones que deben cumplirse durante el procedimiento para conservar bienes y atender los gastos del proceso; e información sobre la existencia de sociedad conyugal

vigente o de su liquidación (art. 10). En su propuesta de negociación el deudor puede ofrecer el intercambio de activos como forma de pago, caso en el cual será necesario avaluarlos (art. 11).

El conciliador debe decidir sobre la admisión de la anterior solicitud en un término de cinco días. Si lo inadmite, habrá cinco días para subsanar los defectos. Si no se hace así, la solicitud se rechaza. Contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición (art. 12). Si se omite información relevante, se puede tramitar ante el juez competente, un incidente de revisión (art. 13). Después de admitir la solicitud, comienza a correr un término de sesenta días para la negociación, prorrogable hasta por treinta días, a solicitud del deudor y de al menos uno de los acreedores (art. 15). Al iniciar el trámite de negociación se suspende el cobro de los intereses de las obligaciones y las cuotas de administración, manejo o similares; se suspenden también los procesos ejecutivos, de restitución y de jurisdicción coactiva, y se pagarán de preferencia las obligaciones de subsistencia del deudor y de las personas a su cargo, que no están sujetas al sistema del pago que se acuerde (art. 16). Los procesos ejecutivos por obligaciones de alimentos no se suspenden (art. 17).

Luego de notificar la admisión de la solicitud en comento, valga decir, el inicio del trámite de negociación de deudas (art. 18), se fijará fecha para realizar la audiencia de negociación dentro de los veinte días siguientes (19). La audiencia comienza con un informe sobre los activos y las acreencias, que de no cuestionarse se convierte en una relación definitiva; si hay discrepancias, se precisarán y demostrarán, para lo cual se puede suspender la audiencia; si no hay arreglo en las discrepancias, el trámite de conciliación fracasa y pasa a manos del juez competente; si no hay discrepancias o de haberlas, se subsanan, se considerará la propuesta del deudor; oída la propuesta, los acreedores pueden hacer contrapropuestas; si no hay acuerdo, pero es probable que lo haya, se puede suspender la audiencia y reanudarla dentro de los diez días siguientes; si no se logra el acuerdo se declara su fracaso (art 21). Las objeciones no conciliadas pueden ser sometidas, por medio de demanda, a conocimiento del juez competente, que las decidirá en proceso verbal sumario de única instancia, sin recurso alguno. Decidida la objeción se reanudará la audiencia de negociación (art. 23).

El resultado esperable de la negociación de deudas es el acuerdo de pago. Éste debe ser aprobado por dos o más acreedores que represente el 50% del monto total del capital de las deudas y ser aceptado por el deudor. El acuerdo respetará la prelación de créditos y dará un mismo trato a los de igual clase o grado. Mientras se sigue el procedimiento se interrumpe la prescripción y no opera la caducidad frente a créditos exigibles antes de iniciar el trámite. El acuerdo de pagos no implica novación de las obligaciones (art. 24). El acuerdo deberá registrarse ante las oficinas correspondientes, en caso de involucrar bienes sujetos a registro; el acta que lo contiene presta mérito ejecutivo, pero para poder hacerse efectiva en el proceso, se debe acompañar una certificación sobre el incumplimiento del acuerdo (art. 25).

Si la negociación fracasa (art. 27) o el deudor incumple el acuerdo de pago (art. 28), los procesos suspendidos se reactivan y los acreedores que no los habían promovido, quedan facultados para promoverlos (art. 28). El acuerdo podrá impugnarse dentro de los dos meses siguientes a su celebración, para solicitar su nulidad, por información errónea o inexacta, por detrimento de más del 10% de la prenda general de sus acreedores dentro del año anterior a la celebración del acuerdo, o por no respetar a todos los acreedores y los privilegios de su crédito, ante el juez competente (art. 29).

Para los productores agropecuarios y pesqueros se establecen unas condiciones especiales, relativas al embargo y secuestro de los productos inherentes a su oficio, y a la presencia necesaria en el trámite de un asesor experto en esas materias que los asista en sus intereses (art. 30). Se fijan reglas para amparar en concreto a los deudores del programa de reactivación agropecuaria, PRAN (art. 31), y para regular las facultades de apoderados y representantes (art. 32).

Un artículo que merece comentario aparte es el de la responsabilidad penal, pues se establece una pena de uno a seis años, para quienes suministren o certifiquen, a sabiendas, información que no incluya a todos los acreedores o activos, o incluya acreencias o acreedores inexistentes; ordenen, toleren, hagan o encubran falsedades en los documentos entregados en el trámite; soliciten sin derecho, ser tenidos como acreedores, o hagan incurrir al conciliador o al juez en error grave; finjan separación de bienes o disolución o liquidación de sociedad

conyugal, para transpasar bienes o insolventarse (art. 33). Los artículos restantes adoptan una serie de medidas en materia de control y registro (art. 34), información crediticia (art. 35), capacitación (art. 36), divulgación (art. 37), remisión normativa (art. 38), modificación de lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006 sobre promotores o liquidadores (art. 39), derogatoria expresa del numeral 1 del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006 (art. 40) y vigencia (art. 41).

B. Jurisprudencia constitucional sobre régimen de insolvencia

Una búsqueda preliminar de la jurisprudencia producida por la Corte Constitucional en la última década, en torno al tema de la insolvencia, arroja interesantes resultados. En una primera mirada, podrían relacionarse como sentencias relevantes para el objeto de este ensayo, las siguientes sentencias tipo c: C-052 de 2001, C-493 y C-590 de 2002, C-699 de 2007, C-145, C-283 de 2009, C-071 de 2010, C-460 y C-685 de 2011, y las siguientes sentencias tipo t: T-960 de 2008, T-207, T-316, T-513 de 2009, T-079, T-114, T-448, T-725 de 2010.

a) Sentencias tipo c sobre el régimen de insolvencia de comerciantes

Las Sentencias C-699 de 2007, C-460 y C-685 de 2011, por su especial importancia para el tema del régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes, ameritan un trato aparte, que se hará más adelante en el punto c). Enseguida se procede al análisis de las demás sentencias tipo c a las que se alude en el párrafo anterior.

En la Sentencia C-052 de 2001, la Corte estudia una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 de la Ley 550 de 1999, relativo a la responsabilidad penal de las personas que suscriban o certifiquen estados financieros, inventarios o relaciones de acreedores, a sabiendas de que no se incluye a todos los acreedores, o de que se excluyen acreencias ciertas o activos, o de que se incluyen acreencias o acreedores inexistentes, así como quienes pretendan ser tenidos como acreedores sin tener derecho a ello, o certifiquen de manera inadecuada las acreencias de la seguridad social. La Corte declara exequible la norma demandada, por considerar que es necesario dotar a los procesos económicos de instrumentos que los hagan confiables, conforme a lo dicho en las Sentencias C-434 de 1996, C-996 y C-1185 de 2000.

En la Sentencia C-493 de 2002, la Corte decide una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 58.13 de la Ley 550 de 1999, relativo a la suspensión de los procesos de ejecución y a la no posibilidad de embargar activos y recursos de las entidades territoriales que celebren acuerdos de reestructuración. Por estos años, era recurrente, y todavía lo es, que las administraciones locales sufrieran situaciones de insolvencia, con las graves consecuencias que en materia del ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos ello conlleva. La Corte declara exequible la norma demandada, por considerar que se trata de “medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 de 1999 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar la atención de las necesidades básicas de la población”. En la Sentencia C-590 de 2002, al estudiar otra demanda contra la norma en comento, la Corte decide estarse a lo resuelto en la Sentencia C-493 de 2002.

En la Sentencia C-145 de 2009, la Corte realiza el control automático de constitucionalidad sobre el Decreto Legislativo 4334 de 2008, dictado en el marco de un estado de emergencia económica declarado por la crisis generada por las “pirámides”. El decreto contempla medidas de intervención y de toma de posesión de los bienes de las sociedades y de las personas dedicadas a esta actividad. La Corte declara inexecutable el literal h) del artículo 7, y executable, aunque con algunas condiciones, el resto del decreto, por considerar que guarda conexión con el decreto que declara el estado de excepción y contiene normas necesarias, proporcionales y adecuadas para conjurarlo. De la decisión se aparta de manera parcial el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. En la Sentencia C-283 de 2009, en ejercicio del mismo control, se revisa el Decreto Legislativo 4705 de 2008, que modificaba el Decreto 4334 de 2008. La Corte lo declara inexecutable por consecuencia, ya que fue dictado dentro del estado de emergencia social declarado por el decreto 4704 de 2008, el cual fue, a su vez, declarado inexecutable. Al día de hoy, cuando los procesos de liquidación se encuentran en su parte final, y hay muchos acreedores cuyos créditos fueron en su mayoría insatisfechos, parecería que la intervención se hizo de manera tardía y que, ante la credulidad y codicia de buena parte de la población, se requiere tomar medidas drásticas respecto del fenómeno de la captación de dinero

del público, así se haga con eufemismos comerciales, por parte de las llamadas “pirámides”.

En la Sentencia C-071 de 2010, la Corte se ocupa de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006 que prevé, dentro de los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial, la terminación de los contratos de trabajo con indemnización, sin que sea necesaria autorización administrativa o judicial. La Corte declara exequible la norma demandada, por considerar que si bien la Constitución reconoce la estabilidad de los trabajadores, ésta es relativa, y puede verse afectada por motivaciones razonables, como es la de la disolución de la persona jurídica privada objeto de liquidación, en cuyo proceso los créditos de éstos tienen prelación; y porque el proceso de liquidación tiene un juez competente al cual se puede acudir, para que brinde las garantías adecuadas.

b) Sentencias tipo t sobre casos concretos de insolvencia de comerciantes.

En la Sentencia T-960 de 2008, la Corte examina el drama de una persona de la ciudad de Cali, que padece de esclerosis múltiple y, lo que puede ser peor, de una grave situación de insolvencia económica. La persona enferma, que debe acudir con frecuencia al sistema sanitario para ser atendida, arguye que no está en capacidad de cubrir el costo de los copagos previstos por la seguridad social. Los jueces de instancia y la Corte niegan el amparo, pues verifican que el sistema sanitario ha prestado los servicios solicitados, a pesar de no haberse hecho los copagos. Aunque se advierte en la realidad probatoria la precaria situación económica de la enferma, no se aprecia vulneración a su derecho a la vida y a la salud.

En la Sentencia T-316 de 2009, la Corte estudia una tutela presentada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contra el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, por haber iniciado un proceso de liquidación y, en consecuencia, solicitado la suspensión de un proceso ejecutivo adelantado en otro juzgado, que se encontraba en la etapa de remate de bienes, y en el cual el Ministerio era acreedor, sin que se hubiesen acreditado los requisitos exigidos para la liquidación. El *a quo* considera que al no haberse

recurrido en tiempo el auto de apertura de la liquidación, la tutela es improcedente. El *ad quem* confirma esta decisión. Luego de reiterar lo dicho sobre procedencia de tutela contra providencias judiciales y sobre las causales previstas por la jurisprudencia para ello, la Corte confirma las decisiones de instancia, ya que al revisar si se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción, en particular el de agotar los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, encuentra que en este caso que el Ministerio no recurrió el auto de apertura de la liquidación judicial, sino que con posterioridad a su ejecutoria solicitó se reconociera su crédito y promovió incidentes de nulidad y recusaciones; y que el Ministerio no se pronunció, dentro del término de ejecutoria del auto en comento, sobre si prescindía o no de cobrar el crédito a los deudores solidarios o garantes del deudor principal, como lo prevé el inciso primero del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006.

En la Sentencia T-513 de 2009, la Corte analiza una tutela promovida por un acreedor laboral contra la Superintendencia de Sociedades y una sociedad fiduciaria petrolera. A la primera le reprocha haber entregado los bienes de la liquidación a la segunda. A la segunda le reprocha no haber admitido su crédito cuando el proceso estaba siendo decidido por la Corte Suprema de Justicia y el haber respondido que todavía no existe un plan de pagos. Por la vía de tutela, el actor pretende que se le pague una indemnización moratoria y sus acreencias laborales indexadas. El *a quo* no concede el amparo, pues considera que la negativa a graduar el crédito del actor se funda en la circunstancia de que éste lo presentó de forma extemporánea al juez del concurso. El *ad quem* confirma esta decisión. Luego de precisar el ejercicio de funciones judiciales por la Superintendencia de Sociedades, la Corte examina las causales de procedibilidad de tutelas contra providencias judiciales y constata que el actor acudió de manera extemporánea a hacerse parte del proceso liquidatorio. Por lo tanto confirma las decisiones de los jueces de instancia.

En la Sentencia T-079 de 2010, se decide una tutela contra la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional de Cali, porque ésta no reconoció un crédito a favor del actor, con el argumento de que no se acreditó la cuantía de la obligación. El *a quo* niega el amparo, por considerar que el juez de la liquidación hizo un análisis

razonable del material probatorio. El *ad quem* revoca la decisión de primera instancia, concede el amparo y, en consecuencia, ordena a la Superintendencia proferir un nuevo auto de calificación y graduación de los créditos, por considerar que se vulneró el derecho a la igualdad, ya que otros créditos originados en contratos de participación sí fueron reconocidos, y el derecho a una vivienda digna, porque el negocio fue celebrado con el propósito de acceder a una. La Corte revoca el fallo del *ad quem* y declara improcedente la acción, por no cumplir con las condiciones de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, en especial la relativa al principio de inmediatez.

En la Sentencia T-114 de 2010, la Corte se ocupa de una tutela de un acreedor laboral contra la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional de Medellín, porque al momento de graduar y calificar los créditos rechazó el del actor, con el argumento de que su apoderado no tenía poder suficiente para representarlo en la liquidación. El *a quo* niega el amparo, por considerar que el actor tiene otros medios de defensa a su disposición y porque no aprecia vulneración de derechos fundamentales. El *ad quem* confirma la anterior decisión. Luego de reiterar lo dicho sobre procedencia de la tutela contra providencias judiciales, y sobre la base del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal y de instrumentalidad de las formas, la Corte revoca las decisiones de los jueces de instancia, concede el amparo y, en consecuencia, ordena a la Superintendencia incluir al actor en el proceso de liquidación.

En la Sentencia T-448 de 2010, se aprecia el caso de una persona que celebra dos contratos de crédito hipotecarios con un mismo banco y que, por estar en situación de insolvencia, causada por su desplazamiento causado por hostigamiento de la guerrilla, no ha podido cumplir. Al informarle esta situación al banco, éste responde que ya había cedido el crédito a una sociedad reestructuradora de créditos. Luego de presentar otra tutela, para que esta última sociedad le suministrara la información relativa a su caso, obtuvo como respuesta que pese a conocer del inicio de un proceso ejecutivo, no informó al juez su situación, lo que conllevó a que se declarara el embargo y remate de los bienes. El proceso se surtió en una sola instancia. El juez negó el amparo, por considerar que el actor tuvo la posibilidad

de defenderse en el proceso ejecutivo y que, además, tiene aún la posibilidad de defenderse en la diligencia de entrega, por medio de una oposición. La Corte, luego de precisar el alcance del principio de solidaridad en obligaciones crediticias a cargo de población desplazada, advierte que este procede en los procesos ejecutivos hipotecarios mientras no se haya surtido el registro del auto aprobatorio del remate y no se haya adjudicado el bien, pues en tal caso se hace necesario respetar los derechos de los terceros adquirentes de buena fe. Por lo tanto, confirma la decisión del juez de instancia.

En la Sentencia T-725 de 2010, aparece un nuevo caso de una persona enferma, con insolvencia económica, que tiene problemas graves para cubrir los copagos previstos por la seguridad social, como requisito para acceder al sistema sanitario. Se trata de una persona cubierta por el sistema subsidiado en salud, Sisben, que debió ser hospitalizado, y a cuyos familiares les cobran una suma de dinero que dicen no estar en capacidad de pagar. En el único fallo de tutela dictado en el proceso, el juez advierte que sí se prestaron los servicios sanitarios adecuados y que el cobro del copago se hace de manera posterior, por lo que, al tratarse de un asunto meramente económico, éste escapa a la órbita de la acción de tutela. La Corte revoca esta decisión, concede el amparo, exonera al deudor de pagar los copagos, ordena al acreedor a seguir prestando los servicios sanitarios sin exigir copagos. Para llegar a esta decisión, la Corte precisa el alcance del derecho a la salud de las personas de especial protección constitucional, como los adultos mayores; reitera su jurisprudencia sobre los copagos en el régimen subsidiado en salud; y aclara que respecto de personas del Sisben, se invierte la carga de la prueba, pues se presume que no tienen capacidad económica para cubrir los copagos.

c) Sentencias tipo c sobre la constitucionalidad de la Ley 1380 de 2010.

En la República de Colombia y, en general, en todos los Estados que tienen Constitución y Cortes o tribunales constitucionales, todo el derecho, incluso el privado, se ve afectado por su presencia. El anterior repaso sobre sentencias relevantes en materia de régimen de insolvencia es buena prueba de ello, y sirve como abre bocas para considerar las tres sentencias centrales en torno al régimen de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. Me refiero a las Sentencias C-699 de 2007, C-460 de 2011 y C-685 de 2011.

El derecho, acaso por el prurito de la especialización y del principio de división del trabajo, solía considerar que la insolvencia es asunto exclusivo del derecho comercial. Si bien los comerciantes no suelen ser ajenos a incumplir sus obligaciones, con la carga de juicios ejecutivos, de concursos y de liquidaciones que ello puede conllevar, no son las únicas personas que pueden sufrir situaciones de insolvencia. El panorama actual, con países con tasas de desempleo de dos dígitos, con sistemas bancarios e hipotecarios al borde del colapso, y con finanzas que caminan al filo de la cornisa, es en esto revelador. Quizá por ser más conscientes de la realidad del incumplimiento, los comerciantes están más familiarizados con la teoría del riesgo y, por tanto, se pasan los días pensando en garantías, seguros, depreciaciones, etc., y también en organizar jurídicamente sus negocios de tal suerte que su responsabilidad patrimonial esté siempre, en la medida de lo posible, limitada. Ningún comerciante es tan insensato como para poner en riesgo todo su patrimonio. Por lo tanto, la quiebra de un comerciante puede significar una gran pérdida, pero no suele poner en juego su subsistencia. Cuando se pierde el crédito de la empresa, todavía se puede echar mano del crédito personal o de la familia. En este contexto, la quiebra de los no comerciantes es una situación mucho más gravosa y delicada, en términos económicos y sociales, pues si no hay una cobertura mínima de bienestar social, el resultado puede ser la indigencia.

La Ley 1116 de 2006 es el principal referente nacional cuando se habla de régimen de insolvencia. Y lo es porque se ocupa de los comerciantes. En una economía de mercado, siquiera por un momento, habrá algo más importante que las empresas. Un ciudadano decide demandar ante la Corte Constitucional la constitucionalidad de los artículos 3.8 y 126 de esta ley, con lo cual le brinda a ésta la oportunidad de pronunciarse sobre la situación de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. En particular, para los efectos de este estudio, importa lo relativo al artículo 3 antedicho, que establece una serie de exclusiones para efectos de aplicar la ley. Entre tales exclusiones aparece en el numeral 8 la de las personas naturales no comerciantes. Algunas personas que intervienen en el proceso, lo hacen para sostener que la insolvencia es asunto exclusivo de los comerciantes y que, por tanto, la exclusión es razonable y casi que natural. A estas personas podría decirse con algo de guasa que ni la

insolvencia ni la insolencia son situaciones exclusivas de los comerciantes. El itinerario que sigue la Corte para resolver el caso pasa por un recuento histórico y por un análisis del problema jurídico, de los cuales se da cuenta en los párrafos siguientes.

Al escudriñar en los antecedentes del régimen de insolvencia en el derecho romano, en el derecho medieval y hasta en las Ordenanzas de Bilbao, de la diestra mano de Vivante⁸, la Corte precisa que ante una situación de insolvencia del deudor, los procesos concursales buscan una solución para los acreedores, afectado todo el patrimonio del deudor. Refiere que, en un comienzo, todos los acreedores estaban en la misma posición, conforme al principio *par conditio omnium creditorum*, situación que cambia cuando se establece la prelación de créditos. En el caso colombiano, la Corte considera como antecedentes relevantes la Constitución de 1821, que reincorpora como legislación interna las Ordenanzas de Bilbao; la Constitución de 1886, que unifica la legislación nacional y adopta el Código de Comercio de Panamá; el Decreto Ley 750 de 1940 y sus reformas, a los que califica como columna vertebral de la legislación mercantil nacional, hasta la expedición del Código de Comercio de 1971, para lo cual trae a cuento lo dicho en la Sentencia C-015 de 1997; el Decreto 350 de 1989 que modifica lo previsto en el Código de 1971; la Ley 222 de 1995, de la cual se ocupa la Corte, entre otras, en la Sentencia C-1143 de 2000; la Ley 550 de 1999, a la que se refiere la Corte, entre otras, en la Sentencia C-1551 de 2000; y a la Ley 1116 de 2006, que en ese momento era el último eslabón de la cadena.

Al analizar el problema jurídico, la Corte comienza por considerar si la existencia de un régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes es o no un imperativo constitucional, pues de serlo se estaría ante una omisión legislativa. Para dilucidar la cuestión, la Corte se vale de las Sentencias C-015 de 1997, sobre el delito de alzamiento de bienes, C-1551 de 2000, sobre el margen de configuración del legislador en materia económica y, a título ilustrativo, de los artículos 539, 540 y 541 del Código de Procedimiento Civil. A la postre la Corte no encuentra que exista en realidad un claro imperativo constitucional para que dicho régimen exista, por lo cual declara exequible el artículo 3.8 de la Ley 1116 de 2006, pero,

⁸ César Vivante, *Tratado de Derecho Comercial*, vol 1, Editorial Reus, Madrid, 1932.

en vista de razones de suficiencia y de conveniencia que deben ser analizadas por el legislador, a renglón seguido lo exhorta “para que dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa expida un régimen universal para personas naturales no comerciantes”. Las razones que la Corte aduce para esta exhortación son las siguientes:

La protección de la persona del deudor, se confía, entonces, a instrumentos específicamente orientados a ese fin, pero la evaluación sobre la suficiencia de los medios de protección al alcance del deudor, la necesidad de otros instrumentos procesales para hacer frente a las situaciones de crisis, y la naturaleza y las características de los mismos es algo que entra el ámbito de la potestad de configuración legislativa, sin que le corresponda al juez constitucional, imponer como imperativo derivado de la Constitución, un determinado modelo de protección de los intereses del deudor, de los acreedores y de la sociedad en su conjunto.

No se escapa a la Corte que pueden existir consideraciones de conveniencia, como las que señala el actor, que sugieran la necesidad de establecer un régimen de insolvencia orientado de manera específica a atender la situación del deudor persona natural no comerciante que se encuentre en insolvencia, pero las determinaciones en cuanto a la oportunidad para hacerlo, así como, los presupuestos que deban tenerse en cuenta para su procedencia o los instrumentos que deban aplicarse para atender la situación de crisis del deudor pertenecen al ámbito de configuración del legislador.

Por consiguiente no resulta contrario a la Constitución que el legislador haya derogado el Título II de la Ley 222 de 1995 sin que el régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006 se haya hecho extensivo a las personas naturales no comerciantes.

No obstante lo anterior, considera del caso la Corte puntualizar que, si bien los procesos concursales son, fundamentalmente, mecanismos orientados a la protección del crédito, no es menos cierto que a través de ellos puede hacerse efectivo el principio de solidaridad en aquellos casos en los que, como consecuencia de una situación de insolvencia, el deudor se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que afecte sus derechos fundamentales, razón por la cual resultaría acorde con dicho principio que el legislador estableciese un proceso concursal específico para las personas naturales no comerciantes que se encuentren en un estado de insolvencia. Para tal efecto, la Corte hará un exhorto al Congreso de la República, para que dentro de su potestad de configuración legislativa expida un régimen universal al que puedan acogerse las personas naturales no comerciantes en situación de insolvencia.

La consecuencia directa de la anterior exhortación es la Ley 1380 de 2010, como se advirtió al momento de estudiar su proceso de formación. Esta circunstancia revela la interesante interrelación que tienen en la institucionalidad colombiana la Corte Constitucional y el Congreso de la República, y da cuenta de la incidencia de la jurisprudencia, e incluso de las exhortaciones de la primera, en la conformación de nuestro derecho.

En su efímera vigencia, la ley 1380 de 2010, alcanzó a sufrir dos demandas en las cuales se cuestionaba su constitucionalidad. La primera, estudiada en la Sentencia C-460 de 2011, se ocupa de revisar la constitucionalidad de los artículos 2, 4.1, 16, 17, 18 y 25. La Corte decide declararse inhibida para pronunciarse de fondo, dada la ineptitud sustantiva de la demanda, como se lo había solicitado el Ministerio Público, ya que el actor no satisfizo las exigencias de certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia, al momento de elaborar sus cargos.

La segunda demanda se decide en la Sentencia C-685 de 2011. El texto de esta sentencia todavía no se conoce, pero su contenido se da cuenta en el Comunicado de Prensa 38 del 19 y 21 de septiembre de 2011⁹. A partir de lo que aparece en el comunicado, se tiene que la Corte decidió declarar inexecutable la Ley 1380 de 2010, junto con las Leyes 1373, 1375, 1377 y 1378 de 2010, por haberse incurrido en un vicio insubsanable en su proceso de formación, como se lo había solicitado el Ministerio Público. El vicio consiste en la inadecuada convocatoria que hizo el Gobierno Nacional al Congreso de la República a las sesiones extraordinarias, en las cuales se debatieron y aprobaron las citadas leyes, pues según lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política y 85 de la Ley orgánica de reglamento del Congreso, el decreto hace la convocatoria debe publicarse antes de que se realicen las sesiones en comento, lo cual se pudo verificar que no ocurrió en este caso. De esta decisión salvaron su voto los Magistrados Nelson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo, por considerar que no existe el vicio aludido, y que de existir era subsanable, ya que las normas superiores aluden a poner

⁹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2038%20comunicado%2019%20y%2021%20de%20septiembre%20de%202011.php>

en conocimiento del Congreso la convocatoria, para lo cual no es indispensable su publicación.

La efímera vigencia del régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes, que está confinado en su origen y en su final por sendas sentencias tipo c de la Corte Constitucional, ha producido muchos sinsabores. Como me lo decía un amigo que se dedica a estos menesteres, apenas había empezado a hablar del régimen, cuando al salir de clase le cayó encima la noticia de que la ley que lo establece había sido declarada inconstitucional. Coyunturas como esta, reafirman la necesidad de que el Congreso rehaga la plana, valga decir, que retome la exhortación que en el año 2007 le hiciera la Corte, para lo cual el fallido intento que fue la Ley 1380 de 2010 puede y debe ser el punto de partida. También reafirman la necesidad de que el proceso legislativo se haga con mayor rigor, para no incurrir en vicios en el proceso de formación de las leyes, para lo cual bien valdría dotar al Congreso de la República de un cuerpo de letrados, que no de asesores personales de los congresistas, para que asesoren a las mesas directivas de las cámaras y se evite cometer desaguizados como este.

C. Críticas de la doctrina a la doctrina constitucional sobre insolvencia

Para Tirios y Troyanos el principio de la supremacía de la Constitución Política ha sido y es un trago amargo. La situación es especialmente delicada cuando se trata de cultores del derecho privado, a los cuales le parece que la irrupción del derecho constitucional en sus cotos de caza, es una tropelía digna de los confusos tiempos en los que vivimos, pero indigna e irrespetuosa frente a la grandeza de un derecho que lleva fraguándose milenios, desde los tiempos de Roma y aun antes. Del arsenal de críticas, por su pertinencia para el objeto de este escrito, merece la pena traer a cuento las de Francisco Reyes Villamizar¹⁰, Rodrigo Uprimny Yepes¹¹ y Mauricio Rubio¹².

¹⁰ Ver *Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional*, Revista Criterio Jurídico, vol. 8, núm. 1, pp. 65-95.

¹¹ Ver *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Germán Burgos S. (Ed.), Colección Textos de aquí y ahora, ILSA, Bogotá, 2003.

¹² Ver *Entre la informalidad y el formalismo. La acción de tutela en Colombia*, Documentos de Trabajo No. 32, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

a) Crítica sobre la interpretación constitucional

El profesor Reyes Villamizar acomete lanza en ristre contra el fenómeno de constitucionalización del derecho privado, que imputa a la Corte Constitucional, pues en su sentir se afecta de manera indeseable el valor de la seguridad jurídica. Centra su crítica en dos factores: la falta de rigor de muchas sentencias y la inercia del Congreso de contrarrestar por medio de leyes los precedentes que afectan las condiciones de inversión. Para ilustrar su crítica se vale del análisis de más de diez sentencias de esta Corte, respecto de las cuales argumenta que es muy difícil determinar la *ratio decidendi*, pues el uso de la teoría del *stare decisis* es a su juicio tan deficiente, que ni siquiera se respeta o acata lo consignado en las sentencias que contienen precedentes, en las sentencias ulteriores. Del tono y del alcance de su discurso da cuenta el siguiente texto:

Es sabido que varias determinaciones erráticas emitidas de modo apresurado por nuestra Corte Constitucional han suscitado incertidumbre y han perjudicado la indispensable seguridad jurídica, con consecuencias muy graves para la inversión. En el campo específico de las sociedades anónimas, por ejemplo, el alto tribunal ha dejado sin piso en varias ocasiones el principio de limitación de responsabilidad, a pesar de tratarse de un postulado que se respeta universalmente. Tal como se analizará más adelante, en varias sentencias de escaso fundamento técnico se ha forzado a los accionistas a pagar deudas que, de otra forma, le corresponderían a la compañía, sin que se cumpla un riguroso escrutinio de la conducta de aquéllos.

Si se sigue con el análisis del prolijo y sentido texto del profesor Reyes, se encuentra una posición moderada, pues de un lado no se hace una crítica a la jurisprudencia constitucional *per se*, sino a algunas decisiones en particular, a las que se acusa de falta de rigor. Sin embargo, el discurso concluye con una propuesta que podría calificarse como paradójica: la solución al problema de la constitucionalización del derecho privado no es desconstitucionalizarlos sino, por el contrario, incorporarlos a la Constitución Política, por medio de una reforma constitucional, para no dejarlos en manos de los vaivenes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En sus palabras:

En Colombia tampoco debe descartarse la alternativa de una reforma constitucional. En una Carta Política tan prolija en disposiciones de toda índole, no sorprende que se produzca por lo menos una enmienda

constitucional por año. Y aunque no debería hacer carrera la tesis de reformar la Constitución para todo, no es descabellado proponer una modificación que introduzca normas sobre sociedades y concursos. La relevancia de estas reformas sería crucial en épocas de auge económico, cuando se requieren reglas claras y garantías adecuadas para la inversión. Se trataría de introducir uno o dos preceptos en los que se definiera en términos precisos el alcance del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital y sus excepciones, así como la definición de una jurisdicción concursal sin esquinces al principio de colectividad ni al foro de atracción que lo caracteriza. Estas normas serían indispensables para recuperar la confianza en la sociedad comercial en Colombia, cuya credibilidad ha sido minada por las referidas sentencias de la Corte Constitucional.

b) Crítica sobre las decisiones constitucionales

El profesor Uprimny Yepes, sobre la base de la diferencia creciente, que señala Amartya Sen, entre ética y economía, se propone analizar la compleja relación entre economía y derecho. De una parte, trae a cuento la escuela del análisis económico del derecho, con Posner y Calabresi y, de otra, a la escuela neoinstitucionalista, con North, para generar condiciones adecuadas para un diálogo entre economistas y juristas en torno de las decisiones constitucionales en materia económica. En este contexto plantea cuatro cuestiones centrales, a saber:

En primer término, un problema de fundamentación: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? En segundo término, uno que es institucional: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? En tercer término, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica, o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y finalmente uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones?

El objeto y la extensión de este ensayo no permiten abordar todas las cuestiones, pese a su innegable interés, sino que exigen concentrar el análisis en la primera de ellas. Respecto de esta cuestión, que es la principal, Uprimny organiza las críticas en seis grupos: (i) críticas sobre la idoneidad y experiencia de los jueces en materias económicas; (ii) críticas sobre el derroche de recursos públicos por parte

de los jueces, en una especie de “populismo judicial”; (iii) críticas a partir de principio democrático, sobre la condición no democrática de los jueces; (iv) críticas sobre la constitucionalización de la economía y de un determinado modelo de desarrollo por parte de los jueces; (v) críticas sobre la inseguridad jurídica que generan las decisiones de los jueces para los contratos, la regulación y la inversión, y en general para el crecimiento económico, dentro de las cuales podría estar la de Reyes, a la que se acaba de aludir; (vi) críticas sobre el efecto perverso de las decisiones de los jueces en materia económica, pues acaban por relegar al Congreso como foro adecuado para ese propósito, pues las demandas cumplen el papel que le corresponde a la política. Pese a reconocer el valor de las anteriores críticas, Uprimny cree que es posible refutarlas, y lo intenta hacer en un complejo y prolijo discurso, que merece la pena considerar en otra oportunidad, ya que de lo que se trata aquí es de mostrar las críticas, y eso se ha cumplido.

c) Crítica sobre la incidencia de la acción de tutela

El profesor Rubio trata de analizar las críticas que hacen los economistas, aunque no sólo ellos, a los problemas que la acción de tutela genera a la economía y a los negocios privados. Escribe su texto motivado por la hipótesis que sostiene Alejandro Gaviria con ocasión de una tutela que decidió un asunto relativo a unas becas de Colciencias, y por la hipótesis que, en respuesta, plantea Mauricio García Villegas. Al terciar en el debate, Rubio introduce una dualidad provocadora, pues a la jurisprudencia opone la jusnecedad. La diferencia entre lo uno y lo otro guardaría una relación estrecha con la información de la cual se dispone, así:

La falta de información y los eventuales desatinos de la justicia constitucional están íntimamente relacionados. Los segundos se escudan en la primera. Para prevenir, para erradicar las arbitrariedades se debería ventilar, hacer público y discutir todo lo que ocurre en la jurisdicción. Y no sólo, como ocurre actualmente, lo que se revisa en la Corte Constitucional.

A partir de unas notas de prensa, que parece coleccionar con fruición y paciencia, Rubio atribuye una serie de defectos a la acción de tutela, entre los cuales está el de contribuir de manera eficaz a la congestión de la administración de justicia. Dada lo sentido de su

argumentación y lo interesante de su prosa, merece la pena traer a cuento *in extenso* la síntesis de su crítica, así:

El argumento central es que existe un abismo, y no pocas contradicciones, entre la jurisprudencia constitucional y la acción de tutela. La primera es flexible, dinámica y ha mostrado ser adaptable a la realidad mientras la segunda, supuestamente informal, es rígida y está sofocada por los plazos breves e inmodificables. La inflexibilidad de los términos –un espejismo de agilidad heredado del formalismo– corroe su funcionamiento, impide su calidad, condena sus posibilidades de adaptación y está causando perjuicios en la justicia ordinaria. La jurisprudencia constitucional tiene altísimo nivel, es elegante, elaborada, profunda, decantada pero dinámica, sofisticada, respetada. La acción de tutela, a pesar de su popularidad, es burda, desorganizada, poco predecible, a veces desconcertante y está teniendo efectos indeseables sobre el entorno jurídico. En buena parte porque sigue hundida en la informalidad; es una especie de San Victorino de la justicia. Lo más dramático es que así se la promovió, como un instrumento informal. La jurisprudencia constitucional ha demostrado ser, como pregona el nuevo derecho, un sustituto idóneo del legislativo. La acción de tutela, por el contrario, está mostrando las mismas limitaciones formalistas de la justicia tradicional para adaptarse a la realidad, para defenderse de los tinterillos y para hacer cumplir las normas. A pesar de lo anterior –una jurisprudencia consolidada con una justicia de primera instancia que causa creciente daño colateral– se sigue argumentando, con frágil evidencia, que la segunda es indispensable para la primera.

Conclusiones

*Pobre, pero endeudado sólo conmigo mismo.
Quinto Horacio Flaco.*

Cualquier medida que se tome en materia de insolvencia, y en general en materias jurídicas, así se considere que éstas son propias del derecho privado, debe considerar el principio del Estado Social y Democrático de Derecho y respetar el principio de la supremacía de la Constitución Política.

En razón de las implicaciones sociales que tiene la insolvencia, incluso cuando se trata de una persona física no comerciante, no se puede sostener que sea un asunto exclusivo del derecho mercantil, ya que involucra importantes intereses públicos, como los fiscales y laborales, que involucran el orden público.

Dado que la situación de insolvencia no es ajena a las personas físicas no comerciantes, es necesario tener un régimen legal de la misma.

La Ley 1380 de 2010, de breve vigencia, debe ser el punto de partida del esfuerzo para elaborar dicho régimen legal.

Las personas físicas no comerciantes requieren un régimen de insolvencia que tenga unas características y condiciones diferentes del previsto para los comerciantes, en especial en materia de sencillez, bajo costo y decisiones prontas.

La República de Colombia está en mora de adoptar un régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes, con el debido cuidado para no incurrir en vicios en el proceso de formación de la correspondiente ley.

Las críticas que se hacen a la jurisprudencia constitucional y a la acción de tutela, si bien deben motivar un debate serio y riguroso, como ya está empezando a ocurrir, no implican obstáculos insalvables.

Referencias bibliográficas

Normativas

Código de Comercio de Panamá.

Código de Comercio de Colombia.

Código de Procedimiento Civil de Colombia.

Constitución Política de 1821.

Constitución Política de 1886.

Decreto 750 de 1940.

Decreto 2264 de 1969.

Decreto 350 de 1989.

Decreto 4334 de 2008.

Decreto 4704 de 2008.

Decreto 4705 de 2008.

Diario Oficial 47.603 del 25 de enero de 2010.

Gaceta del Congreso 494 de 2008.

Gaceta del Congreso 865 de 2008.

Gaceta del Congreso 239 de 2009.

Gaceta del Congreso 562 de 2009.

Gaceta del Congreso 912 de 2009.

Gaceta del Congreso 1297 de 2009.

Gaceta del Congreso 1313 de 2009.

Ley 222 de 1995.

Ley 550 de 1999.

Ley 1116 de 2006.

Ley 1373 de 2010.

Ley 1375 de 2010.

Ley 1377 de 2010.

Ley 1378 de 2010.

Ley 1380 de 2010.

Ordenanzas de Bilbao.

Proyecto de ley 055 de 2008 Cámara, 346 de 2009 Senado.

Jurisprudenciales

Comunicado de Prensa 38 del 19 y 21 de septiembre de 2011.

Sentencia C-434 de 1996.

Sentencia C-015 de 1997.

Sentencias C-996, C-1185 y C-1551 de 2000.

Sentencia C-052 de 2001.

Sentencias C-493 y C-590 de 2002.

Sentencia C-699 de 2007.

Sentencias C-145 y C-283 de 2009.

Sentencia C-071 de 2010.

Sentencias C-460 y C-685 de 2011.

Sentencia T-960 de 2008.

Sentencias T-207, T-316, T-513 de 2009.

Sentencia T-079, T-114, T-448 y T-725 de 2010.

Doctrinales

- Favier Dobois (Editor), *Código de Quiebra de los Estados Unidos de América*, Errepar, Buenos Aires, 2002.
- Reyes Villamizar, *Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional*. Revista Criterio Jurídico, vol. 8, núm. 1, pp. 65-95.
- Rubio, Mauricio, *Entre la informalidad y el formalismo. La acción de tutela en Colombia*, Documentos de Trabajo No. 32, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?*, Germán Burgos S. (Ed.), Colección Textos de aquí y ahora, ILSA, Bogotá, 2003.

