

EL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO A LA LUZ DE LA CONSTITUCION *

Juan José Rodríguez Espitia¹

SUMARIO. Introducción. 1. Indicadores de la constitucionalización del derecho concursal. 1.1. Indicador Normativo. 1.2. Indicador Jurisprudencial. 1.3. Medios de protección. 2. Métodos de interpretación de la ley. 2.1. Interpretación conforme a la Constitución. 2.2. Interpretación en procura del menor daño constitucional. 3. Los procesos concursales a la luz de las decisiones de la Corte Constitucional. 3.1 ¿Qué es el derecho concursal? 3.2. Finalidad de los procesos concursales. 3.3. Valores de los procesos concursales. 3.4. Los procesos concursales y los trabajadores. 3.5. Los procesos concursales y la empresa. 3.6. Los procesos concursales y los derechos fundamentales. 4. Libertad de configuración legislativa en la ley 1116 de 2006. 4.1. Configuración Legislativa. Libertad y Límites del Congreso para establecer regímenes procesales especiales. 4.2. La libertad de configuración legislativa en materia procesal. 4.3. La libertad de configuración legislativa en los procedimientos concursales. 4.4. Límites a la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República. 4.5. Las normas de la ley 1116 fueron producto de la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República. 5. Algunos temas de constitucionalidad de la ley. 5.1. Naturaleza de la ley 1116 de 2006. 5.2. Naturaleza judicial del régimen. Funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. 5.3. El procedimiento debe ser definido por la ley. Riesgo de constitucionalidad al trasladar temas de reforma de Código al Gobierno vía Decreto Reglamentario. 5.4. Ámbito de aplicación. Exclusión de la persona natural no comerciante. 5.5. Derecho al debido proceso. Imparcialidad del juez. Sanciones oficiosas. Acciones revocatorias de oficio. 5.6. Competencia de la Superintendencia de Sociedades frente a las personas naturales comerciantes. 6. Conclusiones.

Introducción²

* *Este artículo fue presentado a la revista el día 12 de septiembre de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 28 de noviembre de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial y Candidato a Doctor de la misma. Profesor de Derecho Civil y Comercial e Investigador del Grupo de Investigación de *Derecho Comercial Colombiano y Comparado* del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

² El presente artículo es fruto del proyecto de investigación que sobre los nuevos aspectos de régimen concursal cursa en el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

La expedición de la Constitución de 1991 trajo consigo en nuestro país un cambio de la percepción de la Norma Fundamental y de sus relaciones frente al resto del ordenamiento jurídico. De acuerdo con ésta, la Carta ya no puede ser vista como un pacto político, o un simple catálogo de principios. Por el contrario, las disposiciones constitucionales tienen ahora carácter normativo, fuerza vinculante y eficacia directa frente a todos los sujetos, influyen en todas las ramas del derecho y transforman a todos los profesionales del derecho en operadores y aplicadores de la Constitución³. El derecho privado no escapa a este fenómeno de “constitucionalización”; basta mirar cuál ha sido su evolución a partir de la Constitución de 1991 y en especial del derecho concursal para reconocer este fenómeno.

Este cambio en la percepción de la Carta cobra gran fuerza frente al derecho concursal. La crisis del deudor involucra una gran cantidad de aspectos que ordinariamente son regulados por especialidades jurídicas numerosas y distintas. El derecho concursal es, en este sentido, un derecho transversal, que reúne y modifica las reglas de otras ramas del derecho (laboral, tributario, de contratos y de obligaciones, entre otros) para solucionar la situación de crisis y la “comunidad de riesgos” que ella supone. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que si en virtud del fenómeno de constitucionalización, la Norma Fundamental se aplica directamente en todas las ramas del derecho, con mayor razón va a intervenir en el derecho concursal, que atraviesa muchas y muy diversas ramas del ordenamiento.

Dentro de todo este contexto, se ubica la expedición de la ley 1116 de 2006. Si bien los orígenes de dicha ley se pueden rastrear en numerosas fuentes y desarrollos de derecho interno, trabajos de organismos internacionales y decisiones de la Superintendencia de Sociedades, debe resaltarse por encima de todo ello una gran influencia del derecho público, que marca un derrotero claro en la evolución del derecho concursal, al punto que podemos distinguir claramente cómo era el derecho concursal antes de la “constitucionalización” y después de ésta. Por tanto, a la hora de leer y aplicar las normas de la ley 1116 deben tenerse en cuenta los principios, valores y reglas constitucionales, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto.

El nuevo régimen de insolvencia se basa en un número significativo de las pautas fijadas por los fallos de la Corte Constitucional, en especial frente a aquellos casos en que se encuentran involucrados derechos fundamentales, como frente a los pensionados, a las

³ Esto es lo que un sector de la doctrina constitucionalista, encabezado por HÄBERLE, ha denominado la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. “La tesis es la siguiente: en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un numerus clausus de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera conciente y menos *realiter*, un asunto de una ‘sociedad cerrada’: la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional; pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos, en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad”. PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 264.

entidades de seguridad social, en obligaciones por retenciones y atención de gastos de administración, así como frente al principio de igualdad entre los acreedores y a la protección de personas de la tercera edad, entre otras.

Todo este proceso llama nuestra atención y nos hace ver la necesidad de estudiar algunos aspectos en los que la Norma Fundamental ha venido influyendo el derecho concursal. Para este fin, una primera parte de este ensayo estará dedicada a reconocer los signos de la constitucionalización en esta rama del derecho, a través del análisis de distintos indicadores (1). A continuación, presentaremos de manera sucinta algunos de los métodos de interpretación que deben aplicarse a las normas sobre concursos con fundamento en lo dispuesto por la Constitución (2). Luego se presentarán algunas tesis de interés presentadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los procedimientos concursales (3). En fin, se presentarán algunas cuestiones sobre el nuevo régimen de insolvencia consagrado en la ley 1116 de 2006, en particular, sobre la libertad de configuración del Legislador en el diseño de los mecanismos de atención de la crisis contenidos en ella (4), y sobre algunos temas de constitucionalidad de la ley (5).

1. Indicadores de la constitucionalización del derecho concursal.

La constitucionalización del derecho privado⁴ y en este caso del derecho concursal no responde a una mera condición teórica, propia de la retórica jurídica, sino que se traduce en reglas, conductas y decisiones que irradian todo el sistema jurídico, y desbordan el plano normativo. Se trata de un fenómeno complejo, dentro de cuyo desarrollo interviene un gran número de factores acerca de la estructura de la Carta y de la percepción que se tiene de ella en un país.

En este sentido, un ordenamiento jurídico constitucionalizado parte de una Constitución rígida, no fácilmente modificable, cuyas normas tienen fuerza vinculante y aplicación directa, y cuya supremacía está garantizada a través de distintos controles jurisdiccionales. Asimismo, la constitucionalización implica extender lo máximo posible los principios, valores y normas en que se funda la Carta, interpretar el resto del ordenamiento a la luz de éstos y diseñar el ordenamiento a partir de las disposiciones de la Norma Fundamental⁵.

En nuestra opinión, es posible reconocer todas estas condiciones de la constitucionalización del derecho concursal a través del análisis de tres expresiones o indicadores. El primero de ellos (indicador normativo), se refiere a la consagración expresa en la Constitución de reglas que tocan directamente al derecho concursal. El

⁴ Sobre el concepto de constitucionalización del derecho privado, ver por ejemplo las sentencias T-525 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y C-491 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁵ Al respecto, Cfr. Guastini, Riccardo, "La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento giuridico", en Bessone, Mario Silvestri, Elisabetta y Taruffo, Michele (ed.), *I metodi della giustizia civile*, Padova, CEDAM, 2000, pp.47 y ss (Falta la Editorial). Siguiendo estas pautas, ver también los salvamentos de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería C-1040/05 a C-1057/05, por medio de las cuales se estudió la reforma constitucional que admitió la reelección en Colombia. Asimismo, cfr. PÁJARO MORENO, NICOLÁS, *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 98-100.

segundo indicador (jurisprudencial) se refiere a la mayor incidencia de los argumentos de carácter constitucional dentro de las decisiones de los jueces de la República. Finalmente, el tercer indicador (mecanismos de protección), se refiere al papel que juegan los mecanismos de protección de los derechos fundamentales frente a los procedimientos concursales tradicionales. A continuación se desarrollará cada uno de ellos en profundidad.

1.1. Indicador Normativo

La Constitución no contiene una regulación expresa y precisa sobre procedimientos concursales, sino que, por el contrario, deja este tema al criterio del legislador. Sin embargo, sobre este punto debe recordarse que el derecho concursal, más que una especialidad aislada, es una materia transversal⁶, que toca muchas y muy distintos tópicos del derecho, como el crédito, el empleo, el derecho de propiedad, la empresa, el debido proceso, sobre las cuales la Carta sí contiene una regulación precisa. La importancia que la Constitución da a cada una de esas instituciones se traslada de contera al derecho concursal, por efecto colateral.

Entre las normas constitucionales con incidencia en el derecho concursal se destacan las siguientes:

1.1.1. Normas de protección a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada

La libertad económica es la expresión de varios principios fundamentales, como el principio democrático y la solidaridad. El artículo 333 de la Constitución dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres. La anterior disposición es una consecuencia directa de los principios que inspiran el Estado, en particular de su carácter democrático y del principio de pluralismo⁷, así como del derecho fundamental a la libertad dispuesto en el artículo 13 de la Carta. La Constitución parte del supuesto de que la iniciativa económica corresponde a los particulares, quienes pueden elegir libremente a qué actividades productivas quieren dedicarse, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio⁸.

⁶ Los procedimientos concursales no tienen un área perfectamente delimitada, y las regulaciones al respecto pueden tocar, reformar o suspender cuestiones que ordinariamente pertenecen a otros estatutos. El tema ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional al analizar los cargos que han sido elevados contra las distintas leyes sobre insolvencia con fundamento en el principio de unidad de materia. Al respecto, citamos la sentencia C-586 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁷ Cfr., art. 1° Constitucional. “En el Estado social de Derecho, el principio de la libertad económica - y de las subsiguientes de empresa y de competencia se sigue considerando como base del desarrollo económico y social y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidente con esta concepción, la Constitución Política en su artículo 333 expresamente reconoce a la empresa su carácter de promotor del desarrollo.”. Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

De esta “libertad económica” se desprenden tanto la “libertad de empresa”⁹ como la “libre competencia”¹⁰, como principios básicos que deben regir la actividad de los particulares. Es decir, la Carta garantiza a las personas un amplio grado para desplegar su iniciativa privada y para no ser obstaculizado en ello por los demás sujetos económicos.

Sin embargo, esta libertad es esencialmente limitada. El Constituyente estableció un marco preciso para el ejercicio de esta libertad y le asignó además una función social. De esta manera, el artículo 334 de la Carta dispone la posibilidad para que el Estado

⁹ “Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.” Martin Bassols Coma; *Constitución y Sistema Económico*. Tecnos, 1988., citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ “La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)” Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

intervenga en la economía¹¹, tanto a través de la fijación de estímulos¹², como a través del establecimiento de límites y prohibiciones y directos, por medio del Legislativo¹³.

La Constitución de 1991 puso la empresa a la base de la economía y en consecuencia puso la protección de la actividad empresarial como tarea del Estado. Aquí se encuentra el fundamento de los procesos de insolvencia, cuya finalidad es precisamente la de recuperar la empresa y preservar la economía, tanto en su fase de recuperación como en su fase de liquidación. En efecto, los procesos concursales no responden de manera exclusiva a los intereses económicos de las partes, sino a la necesidad social de minimizar las implicaciones que acarrea la crisis de una empresa sobre la economía del país y sus repercusiones en la sociedad. La crisis no sólo trae consecuencias negativas para la empresa y sus propietarios, sino también para los trabajadores, las familias de éstos, las personas que se benefician o participan de manera indirecta en la cadena de producción, los bancos y las demás entidades crediticias, sus ahorradores, e incluso para el Estado mismo, que ve reducida la capacidad contributiva de todos los implicados¹⁴.

¹¹ “Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc, pero en principio y a título de ejemplo no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. De ahí que se haya dicho que ‘la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones.’ [Martín Bassols Coma]” Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995, *cit*.

¹² Es el caso de los beneficios tributarios que se otorga a la inversión en ciertas actividades o zonas, o las decisiones que se adoptan en el ámbito de la política monetaria y cambiaria, por ejemplo. Ver también al respecto: Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹³ La Corte Constitucional ha trabajado en reiteradas oportunidades acerca de la intervención del Estado para imponer límites a la libertad de empresa. “Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” Sentencia C-615 de 2002, *cit*.

¹⁴ Con relación a los fines del proceso concursal, puede consultarse la Sentencia C-1143 de 2000, en la cual la Corte Constitucional expresó: “2.1 Finalidad de los procesos concursales. En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial, y a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor, para atender el pago ordenado de sus obligaciones.”

1.1.2. Normas de protección a la propiedad y al derecho de crédito

El artículo 58 de la Carta garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Dentro del contenido de esta disposición no sólo se incluye el derecho de dominio sobre bienes corporales, sino en general todos los derechos patrimoniales adquiridos de conformidad con las reglas del derecho privado. Entre éstos resulta importante frente al derecho concursal la protección al derecho del crédito.

Ninguno de estos derechos puede ser vulnerado por leyes posteriores¹⁵, con lo cual es claro que se trazan límites claros frente al legislador y al ejecutivo, en una clara protección de los derechos de los administrados.

El mencionado artículo 58 consagra la función social de la propiedad, regla que data de la reforma constitucional de 1936 y que se traduce en términos generales, que la propiedad no es ociosa, improductiva, sino que debe estar al servicio de su titular y del sistema económico, mediante una adecuada explotación o uso. Si bien dicha regla el origen histórico referido, la misma ha cobrado mayor fuerza a partir de la Constitución de 1991, lo que resulta acorde con todo el entorno de valores y principios del texto político. Son múltiples los pronunciamientos del máximo tribunal de lo constitucional en cuanto a este tópico, no solo por vía de decisiones de constitucionalidad, sino por decisiones de fallos de tutela al resolver reclamaciones de derechos fundamentales¹⁶.

Sólo basta agregar que el derecho de propiedad, así como los demás derechos patrimoniales, exigen una nueva lectura con posterioridad a la expedición de la Carta de 1991. En efecto, la introducción de un capítulo de derechos fundamentales, con mecanismos de protección fuertes y vigorosos, ha dado lugar a que la propiedad sólo pueda ser concebida a la luz de ellos¹⁷. Sobre este aspecto nos referiremos más adelante.

¹⁵ “Como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.

Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.” Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁶ Por ejemplo, pueden consultarse las sentencias C-006 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-223 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-427 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-491 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁷ “...el derecho de propiedad ha evolucionado, en la Constitución material, desde la concepción ‘liberal’ hacia la ‘clásica’; es decir, el derecho de propiedad constitucional se ha ido asimilando al derecho humano de propiedad, en consonancia con lo que ha ocurrido en el resto de los países occidentales a medida que se ha tomado conciencia de que se trata de un derecho que junto con

1.1.3. Normas de protección a los derechos de los trabajadores

Desde el Preámbulo mismo de la Carta, el Constituyente incluyó una serie de principios y valores de realización progresiva que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico colombiano, que tienen que ver con el trabajo, el carácter Social del Estado de Derecho y el establecimiento de un orden económico y social justo. El artículo 25 de la Carta da al trabajo la doble connotación de derecho y obligación social, a la que el Estado debe dar especial protección y que debe ser ejercido en condiciones dignas. Dentro de este marco también se ubica una amplia regulación para los derechos de los trabajadores, en los artículos 53 a 57, en los que se incluye un gran catálogo de derechos que anteriormente eran del resorte exclusivo del Legislador. Los artículos 60 y 333 tienden, por su parte, a generar condiciones propicias para la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas y en el acceso a la propiedad accionaria.

Se trata de derechos económicos y sociales, o de segunda generación, producto de las reivindicaciones sociales del siglo XX, que encontraron una consagración constitucional expresa en la Carta, y que gracias a los desarrollos más recientes del constitucionalismo contemporáneo han dejado de ser sólo declaraciones programáticas o de propósito¹⁸, para convertirse en verdaderas normas jurídicas con carácter vinculante¹⁹.

una faz individual tiene otra, social, que mira no tanto a las dotes, méritos o capacidades personales de quien es titular del derecho, como a las necesidades concretas, suyas y ajenas. Una revolución paralela, en el mismo sentido, se ha operado en el ámbito del derecho civil. El derecho se abre por esta vía a la solidaridad, y no parece sensato retroceder lo andado en esta dirección” Cianciardo, Juan. “Interpretación por analogía, derecho constitucional de emergencia y justicia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 467-468

¹⁸ Sobre la evolución de las distintas concepciones sobre los derechos económicos y sociales, cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 302 y siguientes. 2005.

¹⁹ Es importante a este respecto la línea jurisprudencial que en nuestro país se abrió con la sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992, en la que se abrió la puerta para que los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se cuentan los derechos laborales consagrados en la Constitución, tuvieran aplicación inmediata en ciertos casos y pudieran incluso ser protegidos por medio de acciones constitucionales como la tutela. “En primer lugar, es necesario advertir que los derechos económicos sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto “de la dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la

En dicho catálogo se incluyen disposiciones que consagran los principios fundamentales del derecho laboral, junto con una serie de garantías sobre prestaciones patrimoniales mínimas, sobre la irrenunciabilidad y la prevalencia de éstas frente a derechos de otras categorías. Todas estas disposiciones tienen una repercusión importante en el derecho concursal, pues ubican a los trabajadores en condiciones muy distintas de las que tienen los demás acreedores que se afectan de una u otra manera con la crisis de la empresa.

1.1.4. Normas que consagran un “mínimo vital” a grupos de especial protección

La Constitución de 1991 planteó un modelo de Estado Social de Derecho, basado en el respeto a la dignidad humana. La inclusión de estos principios supone un giro radical en la concepción de los derechos fundamentales y en el papel que juega el Estado en su protección.

El Estado de Derecho tradicionalmente había concebido los derechos y libertades como prerrogativas particulares que debía garantizar, pero frente a los cuales debía abstenerse de intervenir, o de interferir de cualquier manera. Siguiendo esta idea, los únicos sujetos capaces de determinar su condición económica eran los particulares en uso de su propia libertad. El único papel del Estado dentro de este modelo es abstenerse de intervenir y dejar que las fuerzas del mercado regulen la mejor manera de distribuir los derechos y libertades en la sociedad.

La Carta de 1991 enfrenta la situación desde una óptica completamente distinta. En varias de sus disposiciones reconoce expresamente la existencia de desigualdades e inequidades sociales y la necesidad de superarlas. El artículo 13 expresamente impone la adopción de medidas a favor de grupos discriminados y marginados, y la protección de personas en circunstancias de debilidad manifiesta. De esta manera, el Estado Social parte del reconocimiento de estas asimetrías y obliga a promover la igualdad sustancial a través de acciones positivas, pues en esta situación la abstención se opone a los principios del Estado.

Este cambio de actitud por parte del Estado implica un cambio en la óptica desde la cual se miran los derechos fundamentales. Si tradicionalmente el Estado se había preocupado por garantizar pasivamente la existencia formal de estos derechos, actualmente deben ir más allá, adecuar el contenido de tales derechos a los contenidos del principio de dignidad humana y ofrecer soluciones que lleven a realizarlos. Lo anterior impone una lectura de los derechos en una clave distinta, que privilegie aspectos cualitativos: el derecho a la vida no puede concebirse como el derecho a la simple subsistencia biológica, sino como el derecho a una determinada calidad de vida; el derecho a la salud implica no sólo la atención de las dolencias, sino una preocupación por las condiciones generales del paciente, y así sucesivamente.

inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes” Corte Constitucional, sentencia T-406/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

Dentro de esta concepción de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha venido desarrollando la doctrina del “mínimo vital”²⁰, de acuerdo con la cual el Estado y la sociedad están obligados a ofrecer un nivel mínimo de condiciones decorosas de vida, como una precondition para el ejercicio de los derechos y libertades de las personas, y en salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia digna. La doctrina del “mínimo vital” consiste en un mandato de justicia elemental, que impone un cierto grado de intervención al Estado para corregir las situaciones enunciadas, debe ser impulsado no sólo por el Legislativo y el Ejecutivo, sino también por parte del juez.

En este sentido, de acuerdo con los criterios ofrecidos por la Corte, el juez está en el deber de intervenir para corregir los desbalances sociales cuando quiera que esté en juego la atención de las necesidades básicas insatisfechas de ciertos sujetos, y cuando quiera que las circunstancias, hechos y razones que rodean a esta carencia sean injustificadas. La jurisprudencia constitucional ha sido bastante extensa al respecto y bastante importante, en particular en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores y de los miembros de la tercera edad, en defensa de sus derechos prestacionales.

1.1.5. Normas que protegen el debido proceso

La Constitución de 1991 incluyó un catálogo más o menos extenso de derechos fundamentales de contenido procesal. En particular, el derecho fundamental al debido proceso resulta básico a la hora de analizar y aplicar los distintos procedimientos concursales. Dicha prerrogativa se consagra principalmente en el artículo 29 de la Constitución, aunque también se encuentran disposiciones sobre este derecho en los artículos 31, 33 y 228.

El debido proceso consiste esencialmente en una triple garantía, de acuerdo con la cual todo procedimiento judicial y administrativo debe ser desarrollado ante los funcionarios competentes, de acuerdo con leyes preexistentes y respetando la totalidad de las formalidades previstas para cada procedimiento particular. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de este derecho fundamental se busca proteger al particular frente a las actuaciones de las autoridades públicas, de manera que

²⁰ “La Corte Constitucional ha entendido por mínimo vital aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa.” Corte Constitucional, sentencia T-497 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “En efecto, la indicada doctrina constitucional se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado.” Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

éstas se sujeten estrictamente a la ley y no sean arbitrarias ni caprichosas²¹. En el desarrollo de esta actividad el funcionario no puede desconocer ni pasar por alto normas o pruebas²² con base en las cuales debe decidir.

El derecho al debido proceso exige que las autoridades judiciales y administrativas se sujeten plenamente a los procedimientos y a las garantías sustanciales establecidas en la Constitución y en la ley. Se trata de una garantía fundamental del Estado de Derecho, que obliga a los funcionarios a atenerse cabalmente a las reglas que el Legislador les exige. El Congreso tiene libertad para determinar la forma en que se deben llevar a cabo los distintos procedimientos y los sujetos encargados de ejecutarlos; lo que se fije en la ley al respecto tiene carácter obligatorio para las autoridades encargadas de aplicarlos, sea que se trate de funciones jurisdiccionales o administrativas, o incluso en etapas procedimentales que se adelanten ante particulares.

Pero además de los tres componentes clásicos del debido proceso, la Constitución añade otros elementos adicionales, como el derecho a presentar y controvertir pruebas, a la publicidad de las actuaciones, a la eficiencia de los procedimientos (sin dilaciones injustificadas), todos de gran importancia en la solución de las controversias que se encuentran involucradas en un procedimiento de insolvencia.

1.1.6. Normas que consagran condiciones de igualdad

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad, tal como está planteado en el artículo 13 de la Carta, tiene distintos matices o facetas.

Una primera faceta consiste en aplicar las leyes a todos los sujetos, en los mismos términos y condiciones. Esta es la formulación tradicional del derecho a la igualdad, de acuerdo con la cual las leyes son promulgadas con carácter general, abstracto e impersonal, y están destinadas para ser aplicadas a todos por igual.

Como consecuencia de lo anterior, surge una segunda faceta, de acuerdo con la cual el Estado está obligado a reconocer todos los eventos en que hay discriminaciones injustificadas, para remediar dicha situación. En este sentido, se impone al Estado el

²¹ “El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.” Corte Constitucional, Sentencia T-467 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

²² “Obviamente, una de las formas -y de las más graves- de desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, radica precisamente en que el fallador, al sentenciar, lo haga sin fundar la resolución que adopta en el completo y exhaustivo análisis o sin la debida valoración del material probatorio aportado al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia.” Corte Constitucional, sentencia T-100 de 1998, MP José Gregorio Hernández Galindo.

deber de equiparar las condiciones de los sujetos que, debiendo estar en las mismas condiciones, no lo están.

Sin embargo, estas dos primeras facetas, postulados básicos del Estado Liberal de Derecho, únicamente funcionan cuando todos los sujetos se encuentran en las mismas condiciones de hecho, para quienes la aplicación de las mismas reglas puede llevar a injusticias. El Estado debe reconocer cuándo se encuentra frente a estas circunstancias y debe procurar por corregirlas, para que la igualdad sea real. En este sentido, la tercera faceta del derecho de igualdad se manifiesta en diferenciar o disponer un trato distinto a quienes no estén en unas mismas condiciones. De acuerdo con esta última dimensión del derecho a la igualdad, el establecimiento de diferenciaciones entre sujetos de condiciones distintas no sólo es constitucionalmente legítimo, sino que además, si las distinciones son razonables²³, son un desarrollo adecuado y necesario de la igualdad.

En este sentido, el derecho concursal ha trabajado con el principio de acuerdo con el cual todos los acreedores del deudor deben soportar en un mismo grado e intensidad la pérdida que produce la falencia del deudor. Lo anterior significa, en otros términos, que por vía de principio a los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario, lo que se suele enunciar con la expresión latina *par condicio creditorum*. Se trata de un principio típico del juicio concursal, y uno de sus aspectos definitorios más reconocidos.

Sin embargo, lo normal no es que los acreedores se encuentren en condiciones de igualdad. En este sentido, al aplicar el principio de igualdad frente a los acreedores del deudor en concurso, debe reconocerse previamente cuáles acreedores se encuentran en situación diferente, y darle tratamiento distinto a cada uno de ellos. Lo anterior ordinariamente se ha hecho a través del mecanismo de la prelación de créditos, que encuentra su fundamento constitucional en el principio del Estado Social de Derecho y en el derecho a la igualdad real del artículo 13 de la Carta²⁴. En este contexto, el principio de

²³ La Constitución considera válido y legítimo el establecimiento de diferenciaciones entre grupos distintos, pero asimismo no tolera que tales diferencias lleven a discriminar a grupos que están en un mismo plano. Para verificar si las distinciones son constitucionalmente legítimas, la jurisprudencia ha empleado el denominado “test de razonabilidad”. A través de éste se examina la legitimidad constitucional de tres aspectos de la distinción: los fines que se persiguen, los medios empleados para conseguir tales fines, y la relación que existe entre éstos y aquéllos. Si los tres aspectos son constitucionalmente legítimos, entonces la distinción es válida y la norma debe ser declarada exequible. En la sentencia C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se presenta de manera clara y sintética cada uno de los distintos tipos de test de razonabilidad, y los casos a los cuales debe aplicarse.

²⁴ Sobre este particular la Superintendencia de Sociedades ha expresado:

“¿Qué significa la igualdad en el acuerdo? Que debe respetar las preferencias y privilegios de ley y que todos los acreedores habrán de recibir un mismo tratamiento.

El Código Civil Colombiano establece cinco clases de créditos y dentro de ellas consagra diversos grados u órdenes, previendo que la satisfacción de las acreencias deberá producirse en la forma allí prevista, en primer lugar las obligaciones de la primera clase, luego las de segunda y así sucesivamente hasta llegar a la quinta clase, respetando los diferentes grados u órdenes que a cada una compete.

En cuanto a los privilegios y tal como se expuso en el auto 410-7871 y siguiendo al profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez, los mismos pueden ser generales o especiales, dependiendo

igualdad se predica de los créditos pertenecientes a la misma clase, y obliga que a todas las acreencias de una misma naturaleza, y que tengan la misma prelación, deban ser pagadas a prorrata, en la misma proporción y oportunidades²⁵.

1.2. Indicador Jurisprudencial

Tradicionalmente el estudio y la aplicación del derecho concursal estaban a cargo de la jurisdicción ordinaria, y en especial de una autoridad administrativa que cumple funciones jurisdiccionales en esta materia. En el caso colombiano, la Superintendencia de Sociedades venía a desempeñar esa función y sus decisiones daban las pautas a seguir en materia concursal.

Esta situación ha sido matizada por la intervención de la jurisdicción constitucional, tanto en estudios de constitucionalidad como en revisión de acciones de tutela. La existencia de un nuevo texto constitucional ha originado, como es apenas lógico, una discusión sobre la constitucionalidad de todas las normas. De otra parte y en buena medida la protección de los derechos fundamentales se ha constituido en un factor frente al análisis del derecho del derecho concursal.

de sí afectan todo el patrimonio del deudor o si se predicen de algunos bienes en particular (prenda o hipoteca). Por su parte, el artículo 2493 del Código establece que son causas de preferencia el privilegio y la hipoteca, y a renglón seguido el artículo 2494 establece que gozan de privilegio los créditos de primera, segunda y cuarta clase.

Sin perjuicio de la preferencia ya enunciada, la ley reconoce que la igualdad se aplica en este tipo de créditos. En efecto, cuando en uno cualquiera de los órdenes de la primera clase, concurren varias acreencias, las mismas concurrirán a prorrata, es decir todos los acreedores recibirán la misma pérdida del patrimonio del deudor falente.

Tratándose de los créditos de la quinta clase, los mismos serán cubiertos a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada sin consideración a su fecha. Esta regla significa que todos los créditos tendrán el mismo trato y por tanto todo pago que se produzca deberá beneficiar a todos los acreedores en una misma proporción.

Otra de las expresiones de la igualdad se presenta cuando un crédito preferente no pueda cubrirse en su totalidad, como sucede con los créditos de privilegio especial (hipoteca o prenda), evento éste en el cual por el déficit se pasará a la quinta clase, en la que concurrirá a prorrata con los demás créditos (artículo 2510 ibídem). ” Superintendencia de Sociedades, Auto 410-12147 del 19 de julio de 2001 proferido en el concordato de Carbones de los Andes S.A. Carboandes.

²⁵ Sobre el tema, la Superintendencia de Sociedades ha expresado lo siguiente: “... IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO DE LOS ACREEDORES DE UNA MISMA CLASE. PRORRATA. LEY DE CUOTA.

Tratándose de acreedores de una misma clase, la ley es clara al exigir que todos deben recibir el mismo tratamiento, lo cual es una de las expresiones del principio de igualdad que gobierna los procesos concursales. En este mismo sentido, tratándose de satisfacción de obligaciones de una misma clase, se requiere que la extinción se produzca de manera concomitante, lo cual se traduce en la imposibilidad de establecer reglas distintas para unas y otras, o deferir en el tiempo su atención, pues por el contrario, la igualdad exige que las reglas que gobiernen su atención sean homogéneas, lo cual pone de presente que todas las obligaciones habrán de extinguirse de manera simultánea y a prorrata de su respectiva acreencia.” Auto 409-3496 del 16 de marzo de 2000.

Lo anterior permite afirmar que el estudio del derecho concursal, su definición, estructura, concepto y características se ha desplazado de la jurisdicción civil y de la Superintendencia de Sociedades a la jurisdicción constitucional²⁶, tanto por vía de decisiones de constitucionalidad como de revisión de tutela. Todas estas decisiones sirven además como guía en la aplicación de las reglas por parte de quienes eran en el pasado los únicos llamados a hacerlo.

En este sentido, debemos resaltar cómo las decisiones de la Corte Constitucional han venido marcando pautas de conducta a la Superintendencia para proferir sus distintas decisiones en los procesos concursales. Sobre el punto, vale la pena recordar algunos de los temas que ha analizado la jurisprudencia constitucional, y que han sido recogidos por el Legislador en la Ley 1116. Así, con miras a proteger derechos constitucionales fundamentales y a cumplir a cabalidad con la función social que la Carta asigna a la empresa, la Corte ha proferido distintos tipos de decisiones que han influido en la interpretación de las reglas concursales:

1.2.1. Decisiones sobre el derecho al debido proceso en los procedimientos concursales

La Corte Constitucional ha insistido en que los procedimientos concursales deben sujetarse a los mismos principios básicos a los que se deben sujetar los demás procedimientos judiciales y administrativos.

Sobre este tema, la jurisprudencia ha sido enfática al recalcar que los procedimientos concursales deben garantizar a las partes que se cumpla con todas y cada una de las garantías que conforman el debido proceso, en aplicación del artículo 29 de la Constitución. Así, se ha ocupado de estudiar los límites y alcances de las funciones jurisdiccionales de las entidades que participan en los distintos procedimientos, y las competencias de cada uno de los funcionarios involucrados²⁷; la legalidad del procedimiento, sus distintas etapas y sus relaciones con otros procesos de ejecución contra el deudor o sus garantes²⁸; el ejercicio del derecho de contradicción y la interposición de recursos²⁹; el derecho a solicitar, aportar y controvertir las pruebas y a

²⁶ Un gran número de decisiones de la Corte Constitucional han tratado, por vía de doctrina constitucional, el tema de la función y estructura de los procedimientos concursales. Al respecto resaltamos, entre otras, la sentencia C-1143 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual se determinan las características generales y fundamentación constitucional de los procedimientos concursales recuperatorios y liquidatorios, y donde se profundiza particularmente la naturaleza y características del concordato de la ley 222 de 1995.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-1143 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-625 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-415 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

²⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-493 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-381 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería, T-080 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-844 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-896 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-548 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto; T-591 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁹ “7. La procedencia del recurso de reposición contra el auto de aprobación del acuerdo concordatario garantiza el debido proceso en cuanto al ejercicio del derecho de contradicción.

que las controversias se resuelvan con fundamento en las que obren en el proceso³⁰, entre otros.

1.2.2. Decisiones sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas

En desarrollo del principio de separación de poderes, lo normal es que la función jurisdiccional sea ejercida por la rama judicial, a través de cada uno de los jueces de la república. Sin embargo, y de manera excepcional, el artículo 116 de la Constitución Política permite que las autoridades administrativas cumplan funciones jurisdiccionales en los casos que de manera expresa les señale la ley.

Conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas se caracteriza por:

a. Tiene alcance restrictivo

La ley que atribuye una función jurisdiccional debe señalar clara y exactamente cuál es la autoridad administrativa que debe cumplirlas y sobre qué materias precisas ésta puede ejercer la atribución jurisdiccional³¹.

Si bien la Ley 222 de 1995 no consagra expresamente dentro de su articulado la procedencia del recurso de reposición contra el auto de aprobación del acuerdo concordatario, por ser judicial la naturaleza de esta actuación, los vacíos normativos que se presenten son llenados con las normas del Código de Procedimiento Civil. Si bien tal remisión en caso de vacío normativo no se da en términos genéricos dentro de la Ley 222, son numerosos los artículos que de manera concreta remiten a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil” Corte Constitucional, sentencia T-441 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ “El artículo 29 de la Carta Política garantiza a los sujetos procesales el derecho a presentar pruebas, contradecirlas, exigir que se practiquen e intervenir en su ejecución, de conformidad con las normas que regulan los procedimientos, así el artículo 133 de la Ley 222 de 1995 dispone que el juez del concurso admitirá las pruebas legales, conducentes, pertinentes y necesarias, mediante providencia susceptible del recurso de reposición, esto último si la solicitud es rechazada.

Significa entonces que no todas las pruebas que solicitan las partes incurso en un proceso concordatario deben ordenarse, y que si el fallador resuelve inadmitir algún medio probatorio, en razón de su ilicitud o impertinencia, podrá hacerlo, sin impedir a las partes el ejercicio de su derecho a contradecir su negativa, en especial a la parte que insta por la admisión.

La garantía constitucional de la defensa comporta el derecho de las partes a proponer medios probatorios y a intervenir en su admisión, práctica y valoración, por ello el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil prevé, entre las causas que afectan la validez de los procesos en curso, la omisión de los términos u oportunidades probatorias.” Corte Constitucional, sentencia T-954 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ “Las normas de excepción y los fines con los cuales éstas han sido consagradas, deben ser interpretadas restrictivamente. Si el deseo del Constituyente es que por regla general administre justicia la rama judicial, la interpretación teleológica de una norma de acuerdo con la Constitución debe buscar satisfacer primero dicho objetivo. Esto quiere decir que en caso de duda frente a una facultad jurisdiccional otorgada a una autoridad administrativa, debe interpretarse que la facultad para conocer de ese asunto radica en las autoridades judiciales de acuerdo con las reglas generales de competencia.” Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2002 M. P.: Eduardo Montealegre Lynett

La autoridad administrativa sólo puede ejercer tales atribuciones en aquellos asuntos asignados de manera expresa por la ley, y no puede ocuparse de asuntos que vayan más allá de lo dispuesto por el Legislador. Sobre este particular, conviene recordar que aquellos aspectos a los cuales el Legislador no asignó competencia a la Superintendencia no es posible su ejercicio por la mencionada restricción.

b. Tiene carácter excepcional

El Constituyente dispuso como regla general que sean los jueces quienes cumplan con la función jurisdiccional. Ello es natural y obvio, en la medida en que el esquema de Estado trazado en la Carta se fundamenta en el principio de separación de poderes.

La asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas es la excepción, y procede únicamente cuando existe disposición legal expresa en ese sentido³².

c. Límites a las funciones jurisdiccionales de la Administración

El legislador no tiene libertad absoluta para atribuir funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. El constituyente estableció diversos límites a esta potestad, y en consecuencia existen materias sobre las que la Administración no puede conocer bajo ninguna circunstancia, como por ejemplo, en el caso del juzgamiento de delitos³³.

d. Independencia e Imparcialidad de la función judicial

³² “En conclusión, a menos que explícita y claramente el legislador no lo exprese, las facultades jurisdiccionales deben ser ejercidas por la rama judicial. Con base en estos criterios una conclusión se impone sobre la interpretación del artículo acusado. En virtud del principio de excepcionalidad en la atribución de facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas, debe entenderse que cuando no existe claridad sobre el otorgamiento de una de esas funciones, la competencia sigue en cabeza de la rama judicial del poder público.” Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2002 M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sin embargo, es claro que el artículo 116 enfatiza el carácter excepcional de este tipo de atribuciones; por lo mismo, cuando se trata de interpretar normas que atribuyen funciones pero son ambiguas en cuanto a su carácter, como las que ocupan la atención de la Corte, habrá de darse preferencia a una interpretación según la cual las funciones son, como norma general, administrativas, salvo aquellas que el Legislador haya determinado, con precisión y especificidad, que son jurisdiccionales.” Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

³³ “Debe quedar en claro que la posibilidad de asignar a las autoridades administrativas funciones jurisdiccionales de manera excepcional mantiene vigencia como ha sido reconocido por la Corte, a tal punto que las normas acusadas no son las únicas que otorgan facultades de esta naturaleza a las Superintendencias, pues hay otras que así lo prevén, como por ejemplo la mencionada en la ley 222 de 1995. Pero de cualquier manera, ello no significa que en uso de estas atribuciones puedan decidir sobre cualquier clase de asuntos diferentes a la instrucción de sumarios o la investigación de delitos: es necesario además que la independencia e imparcialidad del funcionario estén completamente aseguradas, lo cual no ocurre en casos como los aquí previstos porque habría un juez de sí mismo, naturalmente que institucionalmente hablando.” Corte Constitucional, sentencia C-1641/00, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Por cumplir funciones judiciales, las actuaciones judiciales de la Administración deben regirse por los mismos principios que gobiernan la rama judicial, a saber: predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad³⁴.

1.2.3. Decisiones que amparan a grupos de acreedores de especial protección legal o constitucional

Dentro de este grupo de decisiones se destacan las que protegen el derecho fundamental al “mínimo vital” de ciertos acreedores en situaciones especiales. En algunos de estos casos la Corte ha aplicado criterios de interpretación constitucional para ajustar los órdenes de prelación de créditos establecidos en el Código Civil y adecuarlos a las exigencias de la Carta.

Aquí se encuentran las decisiones en las que la Corte Constitucional ha determinado los alcances del principio de la *par condicio creditorum*. Si bien por regla general la Corte ha exigido que se cumplan con los órdenes de prelación de créditos establecidos en la ley, existen diversos fallos en los que ha admitido excepciones y matices a dichos órdenes³⁵.

Entre las sentencias relevantes en este aspecto se destacan las que protegen el derecho de los sujetos de la tercera edad al pago de sus mesadas pensionales³⁶, de los

³⁴“Una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, puesto que esa disposición constitucional no establece que el funcionario a quien se le confieran esas competencias jurisdiccionales deba reunir determinados requisitos. Sin embargo, una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (CP art. 228), mientras que las normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93), indican que toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Una conclusión se impone: La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial.” Corte Constitucional, sentencia C-1641 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵ Ver, por ejemplo, las sentencias T-080 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-030 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-485 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁶ Cfr., entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-735/98, M.P. Fabio Morón Díaz; T-323/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-299/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-014/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-347/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-076/96, M.P. Jorge Arango Mejía.

trabajadores al pago de sus salarios³⁷, así como al pago de los aportes de la seguridad social³⁸, y la especial consideración a las obligaciones alimentarias a favor de los niños dentro de los concursos de persona natural³⁹. Asimismo, en otras sentencias, la Corte blinda el privilegio constitucional y legal de estos sujetos frente a mecanismos convencionales de flexibilización de créditos⁴⁰.

1.3. Medios de Protección

Tradicionalmente la protección del derecho de crédito y la empresa en la concursabilidad estaba referida a los trámites concursales recuperatorios y liquidatorios. Sin embargo, como consecuencia de los factores anteriores y la introducción de mecanismos constitucionales para la protección de derechos fundamentales, podemos afirmar que la protección se despojó de su carácter legal y pasó a tener raigambre constitucional, en especial con las consideraciones que ha formulado la Corte Constitucional en este tema.

A través de una línea jurisprudencial reiterada, la Corte ha sostenido que, a pesar de que en principio el derecho de crédito y la empresa son cuestiones patrimoniales que deben ser resueltas a través de los mecanismos ordinarios, es decir, a través de los mecanismos jurisdiccionales y administrativos pertinentes, en ocasiones, por conexidad con otros derechos fundamentales o con el principio/derecho de dignidad humana, es posible recurrir a la tutela para reclamar su cumplimiento. En este sentido, se han venido dando numerosos pronunciamientos de tutela en los que la Corte ha ordenado a los jueces, auxiliares de la justicia y entidades involucradas en los procedimientos concursales, adaptar el desarrollo del proceso a los mandatos de la Carta.

Las sentencias de la Corte Constitucional en materia de tutela únicamente resuelven una controversia entre las partes involucradas en el proceso. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que sus fallos tienen un alcance mayor al meramente *inter partes*. En efecto, los principios o reglas que sirvieron de base a sus decisiones (*ratio decidendi*) se constituyen en precedentes que, en la medida de lo posible, debe ser aplicado en cuestiones similares (*inter pares*), en desarrollo del principio de igualdad⁴¹. Las decisiones posteriores que quieran adoptar una posición distinta, tienen una carga de argumentación mayor, y deben desvirtuar los precedentes⁴².

³⁷ Cfr., entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional SU-995/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-063/95; C-521/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-015/95, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-503/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

³⁹ La sentencia C-092 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería) se ocupó del tema al estudiar la demanda de constitucionalidad contra el numeral 5° del artículo 2495 del Código Civil. La Corte consideró que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política; en este sentido, debe entenderse que las obligaciones alimentarias a favor de menores de edad prevalecen sobre el resto de créditos de primera clase, como pensionales, laborales, de seguridad social y fiscales. En el mismo sentido, cfr. Corte Constitucional, sentencias T-557 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-664 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴⁰ Cfr. Sentencia C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴¹ Al respecto, son de gran importancia las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero), en la que se expone

Las sentencias de tutela proferidas por la jurisdicción constitucional han influido en la toma de decisiones por parte de los jueces ordinarios y de la Superintendencia de Sociedades. Incluso gran parte de estas consideraciones expuestas en tales fallos fueron posteriormente adoptadas por el Congreso de la República para el diseño y aprobación del nuevo régimen de insolvencia de la ley 1116 de 2006. Para demostrar lo anterior, basta poner un par de ejemplos: el artículo 10 de la ley impone como presupuesto de admisión al proceso de reorganización “tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles”, acogiendo con ello la tesis sostenida, entre otras, por las sentencias T-323 de 1996 y T-299 de 1997 de la Corte Constitucional⁴³; además, el artículo 77 es claro al establecer un privilegio

con claridad la estructura de las sentencias y los efectos de cada una de sus partes, *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Frente a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi*, allí se expresó: “Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. (...)

Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces - funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.”

⁴² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴³ “El concordato preventivo obligatorio, regulado por el Decreto 350 de 1989 y, actualmente, por la Ley 222 de 1995, es un procedimiento que tiene como fin la recuperación y la conservación de la empresa, como unidad económica y como fuente generadora de empleo, y que apareja la defensa del crédito como institución esencial de la economía de mercado. A diferencia de la liquidación o concurso liquidatorio, la decisión de convocar a un concordato preventivo supone que la empresa está en capacidad de absorber los gastos regulares de administración y, además, es susceptible de recuperarse como una unidad productiva de explotación económica.

(...) En las condiciones descritas, resulta claro que el proceso concursal no es óbice para que el empleador pueda sufragar los gastos de administración, dentro de los cuales se encuentra el pago de las mesadas pensionales causadas durante su trámite, las que deberán ser pagadas de preferencia, no sólo porque se trata de créditos laborales - destinados a atender las necesidades básicas inmediatas -, sino por el imperativo constitucional que vincula, tanto a los particulares como al Estado, a proteger, en forma prevalente, a las personas de la tercera edad (C.P. art. 13 y 46).” Corte Constitucional, sentencia T-323 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, cfr. Sentencias T-020 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-146 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-441 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-435 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-707 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

especial para los créditos alimentarios contra deudores personas naturales, siguiendo los planteamientos de la sentencia C-092 de 2002⁴⁴.

2. Métodos de interpretación de la ley.

La constitucionalización del derecho concursal influye de gran manera en el entendimiento de las normas que regulan los sistemas recuperatorios y liquidatorios. Como consecuencia de ello, además de los mecanismos tradicionales de interpretación de la ley, se suman otros que buscan adecuar el sentido de la ley a los principios y valores de la Constitución Política.

Si antes de la expedición de la Carta de 1991, la interpretación que mayor fuerza y valía tenía era la auténtica o proveniente del legislador, ésta ha cedido terreno a aquella que hace la Corte Constitucional cuando juzga la exequibilidad de las leyes y en especial cuando sienta doctrina constitucional. En este sentido han surgido distintos mecanismos de interpretación, de los cuales en el presente texto únicamente introducimos un par de ellos.

2.1. Interpretación conforme a la Constitución.

El primero, y tal vez el más importante, de los nuevos métodos de interpretación derivados de la constitucionalización, consiste en la llamada “interpretación conforme a la Constitución”.

En aplicación del principio de supremacía de la Constitución, cualquier incompatibilidad entre una ley y una disposición de la Carta debe ser resuelta a favor de esta última. El

⁴⁴ “Según el artículo 36 de la Ley 50 de 1990 - Código Sustantivo del Trabajo - los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, cesantías y demás prestaciones pertenecen a la primera causa de la primera clase de créditos, y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.⁴⁴ Según esto, si el patrimonio del deudor sólo alcanza a cubrir el primer orden, los demás créditos quedan insolutos, incluyendo aquel del que son titulares los menores en virtud del derecho de alimentos. Ciertamente, los créditos se pagan en orden descendente, como lo establece el artículo 2496 del Código Civil, según el cual los créditos de la primera clase afectan todos los bienes del deudor y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, se prefieren unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurren a prorrata.

De esta forma, si los bienes del deudor son insuficientes para cancelar el valor de su obligación alimentaria, se desconoce la prevalencia de los derechos de los niños reconocida por el Ordenamiento Superior. En efecto, tal como está la disposición se le da preferencia a los derechos de los acreedores de créditos laborales, expensas funerales, costas judiciales y gastos de enfermedad, sobre el derecho de los menores de reclamar lo necesario para su subsistencia y todo aquello que se requiere para garantizar su desarrollo integral y armónico, lo que incluye salud, habitación, alimentación, educación, vestido, recreación, etc.

Frente a esta situación, es evidente que la disposición acusada vulnera abiertamente el artículo 44 de la Constitución, que consagra la primacía de los derechos de los menores, entre éstos el de alimentos, pues sin ese sustrato básico para vivir dignamente, no les es posible ejercer los demás derechos fundamentales.” Corte Constitucional, sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

artículo 4° de la Constitución de 1991 consagró expresamente el anterior principio. En estos casos, cualquier ciudadano puede ejercer la acción pública de constitucionalidad para que la Corte Constitucional excluya del ordenamiento la norma legal contraria a la norma fundamental.

Sin embargo, en muchas ocasiones una misma norma puede ser entendida en dos o más sentidos distintos, de los cuales no todos se ajustan a lo dispuesto en la Carta. En estos casos, no es necesario acudir a la Corte para que declare la inexecutable de la norma⁴⁵, cualquier juez deberá aplicarla en el sentido en que resulte más ajustada a la Constitución, es decir, el que desarrolle de mejor manera los principios, valores y reglas consagrados en ella⁴⁶.

Un ejemplo de la jurisprudencia⁴⁷ ayuda a ilustrar cómo ha intervenido este método en el derecho concursal. Una pensionada del Hospital General de Barranquilla había iniciado un proceso ejecutivo contra éste con miras a obtener el pago de sus mesadas pensionales. Estando en curso la mencionada ejecución, la Entidad fue declarada en liquidación forzosa administrativa. Dentro de dicho trámite, la pensionada presentó su reclamación contra el Hospital algunos días después de vencido el término para presentar los créditos; por otro lado, el juzgado donde se adelantaba el proceso ejecutivo contra el Hospital remitió el expediente a la liquidación con más de un mes y medio de atraso. Frente a lo anterior, el liquidador rechazó la reclamación por extemporánea.

⁴⁵ “El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un acto bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (C.F.R., art. 2,2 C.C.), y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una ‘situación de mayor inconstitucionalidad’ en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba. Es este *horror vacui* el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: ‘es válido el principio de que una Ley no puede ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución’.

(...)

Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a esta en la integración del ordenamiento entero, y, por tanto, en su interpretación como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la justicia constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante.” García De Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Civitas, Madrid, 1985, pp. 96-97.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-468 de 2003, MP Rodrigo Escobar Gil; C-649-01 MP Eduardo Montealegre Lynett y C-1153-05 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁷ El caso es traído de la sentencia T-314 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ante la anterior situación, la pensionada acudió a la acción de tutela para que se le protegieran, entre otros, su derecho fundamental al debido proceso, y algunos principios constitucionales. En sede de revisión, la Corte Constitucional determinó que existían dos mecanismos legales para incorporar dicho crédito dentro de la liquidación. El primero de ellos consistía en que la pensionada radicara la reclamación dentro del término de presentación de créditos⁴⁸; el segundo, en oficiar al juzgado para que éste remitiera el expediente del proceso ejecutivo, a fin de incorporarlo dentro de la liquidación⁴⁹.

En el caso en concreto, la Corte encontró que se había rechazado el crédito porque la pensionada había radicado su reclamación de manera extemporánea, es decir, con base en la aplicación aislada del primero de tales mecanismos. Por el contrario, nada se dijo acerca de la remisión del expediente a la liquidación, que se había hecho de manera tardía por parte del juzgado. Con ello se puso además en riesgo el mínimo vital de la pensionada.

Concluyó la Corte que debía admitirse el crédito, pues las normas de la liquidación no podían interpretarse aisladamente, sino de conformidad con el derecho al mínimo vital de la pensionada y con los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución⁵⁰. En

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 23 del Decreto 2211 de 2004, el aviso de emplazamiento a los acreedores debe contener: *“b) El término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el Liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado”*.

⁴⁹ El artículo 99 de la ley 222 de 1995, aplicable a la liquidación forzosa administrativa del Hospital General de Barranquilla, dispone: *“Artículo 99. PREFERENCIA DEL CONCORDATO.*

A partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido, ni proceso de ejecución singular o de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora.

La Superintendencia de Sociedades librárá oficio a los jueces y funcionarios administrativos competentes para conocer de procesos judiciales o de cualquier procedimiento o actuación administrativa de carácter patrimonial contra el deudor, para que le informen la naturaleza y estado de la actuación, en la forma y con el detalle que ella indique.

Tratándose de procesos ejecutivos o de ejecución coactiva, dentro de los tres días siguientes al recibo del oficio, el Juez o funcionario ordenará remitir el expediente a la Superintendencia de Sociedades. Una vez ordenada la remisión, se procederá a efectuarla dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que la ordene.

El Juez o funcionario declarará de plano la nulidad de las actuaciones que se surtan en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

El Juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta, salvo que pruebe causa justificativa (...).”

⁵⁰ El artículo 209 de la Carta consagra los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en las actuaciones de la Administración. A pesar de que estos principios se refieren a la función administrativa, la Corte los aplicó a todas las funciones del Estado, incluida la función judicial. “Aunque en el caso concreto no sólo se encuentra involucrada una entidad administrativa, sino también una autoridad jurisdiccional, es indiscutible que ambas representan en un todo al Estado y hacen parte, en sus órbitas especializadas, de la Administración Pública. En este sentido, independientemente del sujeto en que recaiga la responsabilidad por el manejo de esta trámite, el derecho a reclamar la pensión de jubilación de la

consecuencia, no importaba que la pensionada hubiera presentado de manera tardía su crédito: el liquidador estaba obligado a tener en cuenta el expediente de la ejecución que el juzgado había remitido tardíamente y no podía trasladar los perjuicios derivados de la inactividad de este último a la acreedora.

2.2. Interpretación en procura del menor daño constitucional.

Otro método de interpretación importante que debe tenerse en cuenta para el entendimiento de las normas concursales consiste en la interpretación en procura del menor daño constitucional. Este método ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional⁵¹ para resolver algunos casos particularmente difíciles, en los que cualquier entendimiento que se le dé a una norma comprometerá de alguna manera un derecho constitucional fundamental⁵². La Corte ha construido una tesis, según la cual, el intérprete debe ponderar los valores comprometidos en cada caso y debe optar por aquella interpretación que ocasione el menor daño al derecho, principio o valor menos importante.

Ilustraremos lo anterior con un ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵³. Una sociedad en liquidación tiene una gran cantidad de obligaciones pensionales a su cargo, y los gastos de administración causados durante el desarrollo del trámite concursal. De acuerdo con las normas sobre prelación de créditos, los gastos de administración deben pagarse en primer término, y sólo posteriormente se deben pagar los créditos de la masa, empezando por las mesadas pensionales y los demás créditos laborales. Sin embargo, los activos de la sociedad no son suficientes para pagar ninguno de los mencionados rubros. Los pensionados acudieron a la acción de tutela, buscando la

peticionaria no puede quedar en entredicho por la deficiencia en el trámite previsto en la Ley 222 de 1995, deficiencia que involucra atentado directo contra los principios que inspiran el correcto funcionamiento de la administración pública (art. 209 C.P.).”

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-458 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz: “En un Estado de derecho, la tarea del juez consiste en promover y garantizar los derechos, principios y valores que defiende el ordenamiento. Cada decisión implica entonces la realización de un bien jurídico. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el juez se encuentra ante una circunstancia trágica: las decisiones jurídicamente admisibles tendrán, necesariamente, todas ellas, un efecto nocivo. En estas circunstancias, la tarea del juez consiste en identificar y darle curso a la decisión que tenga el menor costo constitucional. En otras palabras, la que produzca el menor daño, desde una perspectiva constitucional. Es éste, justamente, uno de aquellos casos.”

⁵² Este tipo de casos, en que cualquier solución posible comporta un daño a algún valor protegido constitucionalmente, son denominados por la doctrina como *casos trágicos*, es decir “aquellos supuestos en relación con los cuales ‘no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral’ (...); o, dicho de otra manera, los casos en relación con los cuales ‘no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo’”. AteENZA, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 129.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-458 de 1997, cit., en el caso de los pensionados de la An Son Drilling Company of Colombia S.A., en concordato.

protección de su derecho al mínimo vital, representado en las mesadas pensionales no pagadas.

En dicho caso, la Corte reconoció que cualquier solución que se adopte provocaría un daño a algún derecho. Si se da la razón a los pensionados en la acción de tutela, se afectarían los derechos adquiridos y la prelación legal de los gastos de administración; pero si se sigue el orden legal de prelación de créditos, se atentaría contra el mínimo vital de los pensionados.

La Corte resolvió el caso a favor de los derechos de los pensionados. En efecto, consideró que el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad tiene una mayor jerarquía constitucional que los derechos de los créditos tributarios o fiscales o de los créditos prestacionales, como cesantías, vacaciones etc.; causa mucho menor daño frente a los principios y valores constitucionales, dejar de pagar los gastos de administración que dejar de pagar las mesadas de los jubilados de la empresa⁵⁴. Por tanto, la Corte optó por la decisión menos dañina, y decidió ordenar al liquidador de la sociedad dar prelación al pago de las mesadas pensionales por encima de cualquier otro gasto.

3. Los procesos concursales a la luz de las decisiones de la Corte Constitucional.

Partiendo de las premisas anteriores para abordar el tema objeto de este trabajo, es necesario tomar como punto de partida las reflexiones de la Corte Constitucional en punto al derecho concursal. Del análisis de los pronunciamientos de la Corte en materia de procesos concursales, podemos afirmar:

3.1. ¿Qué es el derecho concursal?

El derecho concursal se define en función de la empresa, y sobretodo de acuerdo con el sentido y las tareas que la misma Constitución Política le atribuye, como motor de la economía, fuente generadora de empleo, punto de convergencia entre el capital y el trabajo, etc. La empresa, en este sentido, abarca un conjunto de intereses que no se limitan a los del empresario, ni a los de sus acreedores; por el contrario, se trata de un

⁵⁴ “No escapa a esta Sala que la defensa del mínimo vital de las personas de la tercera edad, se traduce, en este caso particular, en el sacrificio de otros derechos de rango constitucional. En efecto, dar prelación en el reparto de los escasos activos de una empresa en liquidación, al pago del pasivo pensional, implica que probablemente se dejarán de sufragar deudas laborales, originadas en el contrato de trabajo, como las correspondientes al pago de las vacaciones o de las cesantías y otras prestaciones. Incluso, puede dar lugar al no pago de salarios atrasados. No obstante, el daño constitucional que apareja es menor que el que se produciría al desamparar por entero a personas que por sus condiciones personales no pueden acceder al mercado de trabajo y, probablemente, no tendrán, hasta el final de sus días, otros ingresos que los provenientes de su pensión. Se trata, lo entiende la Sala, de una decisión trágica, pero la propia Constitución ordena que, en casos como el presente, se prefiera la protección del mínimo vital de los ancianos.” Sentencia T-458 de 1997, cit.

interés superior, que involucra el correcto funcionamiento de la economía y las finalidades sociales del Estado⁵⁵.

Así, dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el derecho concursal asume un sentido nuevo, que lo define y lo caracteriza:

“Un marco legal adecuado para convenir la reestructuración de empresas pertenecientes a los sectores productivos de la economía, con agilidad, equidad y seguridad jurídica, especialmente con el fin de promover la reactivación económica y el empleo, hacer más eficiente el uso de todos los recursos vinculados a la actividad empresarial, mejorar la competitividad y promover la función social de los sectores y empresas reestructuradas, restablecer la capacidad de pago de las empresas, facilitar el acceso al crédito, fortalecer la dirección y los sistemas de control interno de las empresas, propender porque las empresas y sus trabajadores acuerden condiciones especiales y temporales en materia laboral que faciliten su reactivación y viabilidad y facilitar la garantía y el pago de los pasivos pensionales. Es decir, los objetivos de la ley se orientan hacia la recuperación de la empresa y no de los empresarios, a fin de lograr a su vez la reactivación económica del país”⁵⁶.

3.2. Finalidad de los procesos concursales.

El crédito, la empresa, y el empleo constituyen el trípode sobre el que se edifica el derecho concursal moderno en Colombia. Las normas sobre procedimientos concursales deben diseñarse e interpretarse teniendo en cuenta estos tres intereses, y no pueden privilegiar uno solo de ellos, pues en caso contrario, el sistema concursal resultante sería desproporcionado e irrazonable. Estos tres valores son el resultado de una paulatina evolución histórica del derecho de insolvencia, y han venido apareciendo y agregándose en las sucesivas regulaciones de los procedimientos mercantiles⁵⁷.

⁵⁵ “Se argumenta desde hace ya tiempo la figura del comerciante individual no constituye el centro de atención del Derecho mercantil, pues ha ‘irrupido’ la empresa, organización de los factores de la producción en orden a la producción misma de bienes y los servicios.

En la empresa –se dice– se conjugan intereses que exceden los meramente probados de los acreedores. (...)

De este modo se amplió consideradamente el punto de mira del Derecho concursal, en tanto aparece un capítulo que es el de la prevención de la crisis, y se expanden las soluciones preventivas facilitándose notablemente el acceso a ellas y su resolución favorable.” Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho concursal*, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 33-35.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-625 de 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁷ “Concebida la quiebra como una solución virtualmente única al fenómeno de la insolvencia, por ser excepcionales las soluciones preventivas, se la entendió como una mera ejecución cuya finalidad era la de satisfacer los intereses de los acreedores mediante la liquidación de los bienes del deudor común, para ser repartido su producido entre aquéllos a prorrata de sus acreencias.

Esta concepción fue cuestionada en ciertos momentos del desarrollo de la doctrina concursalista, influenciada por algunas ideas económicas y políticas que dieron un lugar preeminente a la salvación o conservación de la empresa, a la protección de las relaciones laborales, al interés general, y dejaron para el último a los intereses de los acreedores.” Rivera, Julio César. *Instituciones de derecho concursal*, Ob.Cit., p. 33.

En un principio, las regulaciones concursales no estaban diseñadas para proteger los tres intereses mencionados, sino apenas uno o un par de ellos. Históricamente, el primer interés tutelado era el de los acreedores, y los concursos ofrecían principalmente un mecanismo de realización de activos y pago de las acreencias. En Colombia, el régimen de quiebras incorporado en el Decreto 750 de 1940 consistía fundamentalmente en un mecanismo liquidatorio. Con el paso del tiempo, la protección de la empresa fue incorporándose como valor dentro de los procedimientos concursales, fundamentalmente con la introducción del concordato preventivo⁵⁸. Esta figura supone armonizar los intereses de los acreedores, interesados en el pronto pago de su crédito, con la preservación de la empresa.

La introducción de la Constitución de 1991, y el nuevo peso normativo que allí se le da a los principios, valores y derechos fundamentales, ha incidido en el entendimiento de los concursos, y ha puesto los intereses de los trabajadores y pensionados al mismo nivel de los intereses de los acreedores y de la empresa. Incluso, en ocasiones, frente a conflictos entre los distintos intereses en juego, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en privilegiar los derechos de los trabajadores. Sobre el punto ha habido abundantes pronunciamientos de la jurisprudencia en este sentido.

Los regímenes concursales posteriores a la expedición de la Constitución de 1991 son cada vez más proclives a armonizar estos tres aspectos dentro de las finalidades de los distintos procedimientos mercantiles, y a ponerlos como criterios de interpretación y de solución de antinomias⁵⁹.

La armonización y conciliación de estas tres finalidades tiene un fundamento directo en los postulados de la Carta. La misma jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha reconocido de esta manera:

“En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor para atender el pago ordenado de sus obligaciones [...].

El régimen concordatario encuentra su justificación constitucional, en el deber del Estado de crear mecanismos para promover el sector empresarial, y así preservar la función que éste cumple en materia de desarrollo económico. El artículo 333 de la Carta, según el cual la actividad económica y la iniciativa privada encuentran sus límites en los primados del bien común, establece que la "libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", y que "la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones"; por lo mismo, este precepto asigna al Estado el

⁵⁸ El concordato preventivo –potestativo y obligatorio– fue incluido en nuestra legislación por el Decreto 2264 de 1969, antecedente inmediato del régimen del Código de Comercio de 1971.

⁵⁹ Cfr. Ley 550 de 1999, art. 2; ley 1116 de 2006, art. 1.

deber de estimular el desarrollo empresarial. A su vez, el artículo 334 Superior dispone que corresponde al Estado la dirección general de la economía, y que para ello deberá intervenir en ciertos casos, por mandato de la ley; por ejemplo, sobre la producción, distribución, utilización y consumo de bienes -procesos vinculados la mayor parte de las veces con la actividad comercial de las empresas-, o sobre los servicios públicos, buscando la racionalización de la actividad económica, con especial énfasis en la protección del empleo y en la promoción de la productividad y la competitividad nacionales [...].

Por su parte, la empresa, en tanto concepto organizacional que conjuga los factores económicos del capital y del trabajo, es un canal a través del cual se materializan, en la vida económica, los mandatos del constituyente: mientras que el capital, manifestación por excelencia de la propiedad privada, tiene una función social (art. 58 C.P.), el trabajo, su complemento indispensable, goza de un especial estatus constitucional, que le adscribe la triple calidad de valor, derecho y obligación (Preámbulo y art. 25, C.P.). Se entiende, así, que se haya encomendado al Estado la función de promover su existencia y desarrollo, por ser la base de la economía nacional.

Bajo tales parámetros, para esta Corporación resulta claro que, al establecer un régimen concordatario orientado fundamentalmente hacia la supervivencia de la organización empresarial, el Legislador dotó al Estado colombiano de un medio idóneo para cumplir con sus cometidos constitucionales. En efecto: a través del trámite de un concordato, es posible que las empresas en dificultades aseguren su continuidad en el mundo económico, y al mismo tiempo, cumplan con las obligaciones y responsabilidades que surgen de su actividad económica, entre las cuales la más elemental es la de pagar sus acreencias⁶⁰.

3.3. Valores de los Procesos Concursales

En este aspecto, el fenómeno de la constitucionalización lleva a superar la simple concursabilidad. El derecho concursal ya no es, en este sentido, ni un simple procedimiento ejecutivo universal, ni la aplicación mecánica de normas de carácter patrimonial a todos los acreedores de un mismo deudor. Por el contrario, se construye a partir y en función de la dignidad de la persona humana, como pilar de la Constitución, y de sus derechos fundamentales.

Por tanto, el funcionamiento de los procedimientos concursales no puede ser ajeno a los fines del Estado ni a los principios y valores constitucionales.

“El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común –artículos 16, 58, 95, 333 y 334 C.P.-.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1143 de 2000. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum-.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha visto que un mecanismo liquidatorio, destinado únicamente a atender en forma ordenada la ejecución colectiva del patrimonio del deudor incumplido, sin reparar en la destrucción de la empresa, además de no asegurar la satisfacción total del crédito, puede generar un daño económico de gran envergadura, en especial cuando afecta a empresas de grandes dimensiones, o ante una situación generalizada de anormalidad en la satisfacción de las obligaciones legítimamente contraídas.

De ahí que para traer a la normalidad económica al empresario en situación de crisis, evitar la desmembración de la empresa y conciliar los intereses de deudor y acreedores enfrentados en la satisfacción del crédito, se hayan ideado distintos instrumentos jurídicos procedimentales que combinan el interés solutorio individual con el interés colectivo de brindar un marco jurídico capaz de sanear la empresa en crisis.”⁶¹

3.4. Los procesos concursales y los trabajadores

Dentro de la recuperación de las empresas es muy importante el papel que juegan los trabajadores. En la empresa convergen capital y trabajo, y cualquier medida de salvaguarda de la empresa debe necesariamente tomar en consideración la situación de sus trabajadores.

Pero más allá de las condiciones de los trabajadores en sí mismos, el derecho concursal constitucionalizado debe tomar como punto de partida sus derechos fundamentales. La Constitución de 1991 incorpora un amplio catálogo de derechos sociales, que en muchos casos, por su estrecho vínculo con otros derechos, como la vida y la dignidad humana, la jurisprudencia ha tratado como derechos fundamentales en aplicación de la teoría del “mínimo vital”.

La interpretación y aplicación de las normas concursales, desde esta óptica, debe tratar de sortear la crisis de la empresa a través de los derechos de los trabajadores. En últimas, con ello se está protegiendo también la producción y el crédito, pues allí se encuentra la fuente de mano de obra. Por tanto, el derecho concursal no puede centrarse en proteger el crédito, sino sobretodo en proteger la empresa como fuente de subsistencia del trabajador.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

“Para la Corte, las disposiciones que se analizan tienen origen en la inquietud del legislador por definir un marco legal apropiado para lograr la reestructuración del pasivo laboral de las empresas en crisis, y contribuir con ello a su reactivación y a la preservación de las fuentes de empleo. En relación concreta con ese pasivo laboral que grava actualmente a muchas de las empresas que atraviesan por esa situación, varias de las intervenciones que se produjeron en el Congreso de la República durante el trámite del proyecto correspondiente a la Ley que ahora se estudia, muestran cómo el legislador consideró que la carga laboral extralegal que tales empresas soportan, se erige frecuentemente en la mayor dificultad que impide su reactivación económica, por lo cual buscó atenuarla. En este sentido son elocuentes las siguientes intervenciones:

"Un elemento esencial de la reactivación empresarial está constituido por la conservación del empleo. Por esa razón se estimula la concertación de empresarios y trabajadores acerca de condiciones laborales especiales y temporales que contribuyan a la recuperación de la empresa, cuyo fortalecimiento interesa simultáneamente a todos los acreedores, comenzando por sus trabajadores y pensionados. En esta materia, otra vez, se pone de relieve que se interviene para la reactivación de la empresa, punto convergente de los intereses de empresarios y trabajadores."

“Los antecedentes transcritos, muestran cuál es la finalidad perseguida por la ley al "propender porque las empresas y sus trabajadores acuerden condiciones especiales y temporales en materia laboral que faciliten su reactivación y viabilidad", finalidad que no es otra que la de preservar la empresa como fuente de empleo y de desarrollo. A juicio de la Corte, esta intención encuentra soporte en la función social que según la Constitución compete a la empresa como base del desarrollo, y en la misión de estimular su crecimiento que corresponde al Estado de conformidad con lo prescrito por el artículo 333 superior”⁶².

3.5. Los Procesos Concursales y la empresa

La Constitución Política regula expresamente la empresa, y la acoge como una figura propia. A este respecto, le asigna una función social, que implica obligaciones. En esta medida, a juicio de la Corte, la empresa tiene que ajustarse no sólo a los límites y reglas impuestos por las leyes de derecho privado, sino que todas sus conductas deben dirigirse en procura de realizar de la mejor manera posible los principios y valores de la Carta.

Todo esto adquiere una relevancia aún mayor en los eventos de crisis de la empresa, y en especial, cuando en ella están en juego derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en ella. La noción de “empresa”, dentro del derecho concursal constitucionalizado, va más allá de la noción estrictamente económica, para adoptar una dimensión más humana.

“La empresa, vista desde esta nueva perspectiva constitucional, se erige, como el propio Estatuto Superior lo plantea, en base del desarrollo económico y, por ende, en fuerza motora del bienestar de los individuos. Esta nueva concepción de la actividad empresarial

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-1319 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

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

Desde esta óptica, la empresa que concibe la Constitución Política es una empresa con forma y rostro humanos y a la altura del principio de dignidad de la persona. La Corte rechaza cualquier concepción de la actividad empresarial que tienda a convertirla en instrumento de alienación del individuo o en un instrumento cuyo único objetivo sea la pura y simple reproducción del capital, en detrimento de la dignidad e intereses de las personas que, por medio de su trabajo diario, contribuyen, día a día, a la construcción de la riqueza nacional. La Constitución concede un altísimo valor a la participación de los trabajadores en la construcción de la empresa y, por ello, ha consagrado una serie de garantías tendentes a reforzar esa participación. En efecto, el artículo 25 erige al trabajo en derecho y obligación social que goza de la especial protección del Estado; el artículo 57 determina que la ley podrá establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas; el artículo 60 determina que cuando el Estado enajene su propiedad en alguna empresa deberá tomar las medidas necesarias para democratizar esa propiedad y ofrecer a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales de acceso a la misma; y, el artículo 333 indica que el Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y el desarrollo empresarial.

*10. La Sala estima que la consecuencia natural que se desprende de esta nueva concepción de la empresa y de la actividad empresarial consiste, como ya se anotó, en la modificación de las funciones y competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia de inspección y vigilancia de las sociedades mercantiles. Lo anterior apareja, lógicamente, que las tareas de la anotada autoridad administrativa en materia de procesos concursales no se dirijan meramente hacia la recuperación económica de la empresa sino también hacia su conservación como ámbito en el cual la libertad y la dignidad se proyectan y desarrollan a través del trabajo humano. El propio artículo 94 de la Ley 222 de 1995 subraya esta nueva dimensión del concordato cuando establece que su objeto reside en "la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y **fuentes generadora de empleo**".*

A juicio de la Corte, una autoridad administrativa con una misión constitucional de tanta monta no puede burocratizarse y reducir sus funciones de inspección y vigilancia y, especialmente, sus responsabilidades en el trámite del concordato preventivo obligatorio, a meros procedimientos formalistas que en nada contribuyen a la efectividad de los derechos de los trabajadores y pensionados de la empresa sometida al trámite concursal. Con respecto a este punto, la Sala no duda en afirmar que, en tanto el mínimo vital de muchos trabajadores y pensionados se encuentre en juego, el trámite del proceso concursal debe caracterizarse por su eficiencia, por la prontitud con que las autoridades encargadas den respuesta a las peticiones de los pensionados y trabajadores y, sobre

todo, por tratar de prever y conjurar todas aquellas situaciones que puedan llegar a determinar que los derechos de estas personas resulten inanes”⁶³.

3.6. Los Procesos Concursales y los Derechos Fundamentales

Finalmente, el influjo de la constitución en el derecho concursal, nos lleva a realizar una reflexión de carácter general: los procesos concursales ya no pueden ser vistos sólo como mecanismos, o remedios, para solucionar la crisis; la constitucionalización conduce a interpretar y aplicar las normas concursales de la manera en que realicen mejor los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes.

“... Empero, si ante la incuria de las entidades encargadas de ejercer la vigilancia y control, la empresa se abstiene de cumplir sus obligaciones legales en materia pensional y, adicionalmente, entra en un trámite concursal o liquidatorio, se configura una hipótesis fáctica no prevista por el legislador [...].

En el caso en el que el mencionado supuesto no se cumpla, la sujeción estricta al orden de prelación establecido por los artículos 161 de la Ley 222 de 1995 - gastos de administración - y 36 de la ley 50 de 1990 - deudas laborales -, podría significar dejar absolutamente desamparados al grupo de pensionados y, en consecuencia, desconocería la prelación constitucional de las acreencias pensionales. Ciertamente, una interpretación aislada de las normas legales mencionadas terminaría por someter el pago de las pensiones - causadas y futuras - a la cancelación previa de otros créditos que si bien resultan importantes, no alcanzan a adquirir la relevancia constitucional de aquellas, en cuanto que no tienden a la satisfacción del mínimo vital de quienes, por expresa disposición constitucional, deben ser objeto de una especial protección.

En estas condiciones, el juez constitucional, que tiene la obligación de proteger el derecho fundamental a la pensión de las personas de la tercera edad, no puede asistir impasible a la aplicación asistemática y literal de las leyes civiles y comerciales antes mencionadas. Sólo una aplicación sistemática de tales disposiciones, a la luz de la Constitución Política y de las normas legales que pretenden dar prelación definitiva al pago de pensiones, puede, efectivamente, conceder a los créditos pensionales la consideración "especial" que ordena el mismo constituyente.

No escapa a esta Sala que la defensa del mínimo vital de las personas de la tercera edad, se traduce, en este caso particular, en el sacrificio de otros derechos de rango constitucional. En efecto, dar prelación en el reparto de los escasos activos de una empresa en liquidación, al pago del pasivo pensional, implica que probablemente se dejarán de sufragar deudas laborales, originadas en el contrato de trabajo, como las correspondientes al pago de las vacaciones o de las cesantías y otras prestaciones. Incluso, puede dar lugar al no pago de salarios atrasados. No obstante, el daño constitucional que aparece es menor que el que se produciría al desamparar por entero a personas que por sus condiciones personales no pueden acceder al mercado de trabajo y, probablemente, no tendrán, hasta el final de sus días, otros ingresos que los

⁶³ Corte Constitucional, sentencia T- 299-97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

provenientes de su pensión. Se trata, lo entiende la Sala, de una decisión trágica, pero la propia Constitución ordena que, en casos como el presente, se prefiera la protección del mínimo vital de los ancianos.

Plenamente coherente con los mandatos constitucionales expuestos, el legislador al definir las normas a las cuales debe sujetarse una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional, diseñó un esquema que otorga prioridad al pago de las acreencias pensionales. De una parte la empresa esta obligada a constituir una garantía pensional que tiene el objetivo de asegurar plenamente, frente a cualquier eventualidad, el pago de las mesadas. Adicionalmente, las entidades que ejercen funciones de policía laboral están autorizadas para someterla a un trámite de conmutación pensional cuando, por cualquier circunstancia, se amenace el cumplimiento de la obligación pensional. Lo anterior, incluso a riesgo de que con posterioridad la empresa se vea necesariamente obligada a cerrar o deje de pagar otros créditos menos urgentes. Bajo el supuesto de que estas garantías aseguran el pago prioritario de las pensiones, las normas aplicables a la liquidación de una empresa definen un sistema de prelación de créditos que no incluye, expresamente, la preferencia de las pensiones que, se supone, ya esta asegurada.

Ahora bien, si los activos de una empresa en liquidación resultan claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias - pre y posconcordatarias -, y, adicionalmente se trata de una empresa que ha asumido directamente la carga prestacional y que, en parte, debido a la negligencia de las autoridades de control, ha dejado de asegurar el pago de este crédito, lo cierto es que los recursos existentes deben destinarse, de manera prioritaria y exclusiva, a garantizar el pago de las mesadas pensionales de las personas de la tercera edad. La aplicación inflexible de la par conditio creditorum, así dentro de la primera clase se encuentren los pasivos pensionales actuales y futuros, no asegura la "protección especial" que debe ofrecerse a los ancianos (C.P. art. 13, 46 y 47)⁶⁴.

4. Libertad de configuración del Legislador en la ley 1116 de 2006.

De lo dicho hasta ahora se encuentra cómo la Constitución ha penetrado e informado el derecho concursal, y ha incorporado nuevos principios, valores e intereses a la resolución de la crisis. En la actualidad estamos ante un nuevo régimen de insolvencia, promulgado por el Congreso en el mes de diciembre de 2006. Este es un escenario propicio para estudiar cómo opera la constitucionalización del derecho frente a los mecanismos previstos en la ley 1116, y vale la pena hacer algunas anotaciones introductorias al respecto.

Como un primer punto de examen, consideramos pertinente analizar cuál es el alcance y el contenido de las facultades constitucionales del Congreso para determinar la configuración del régimen de insolvencia. Por tanto, a continuación se trabajará de manera introductoria lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado la "libertad de

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 458-98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

configuración legislativa”, para posteriormente pasar a otros aspectos relativos a la constitucionalidad de ciertas normas de la ley 1116 de 2006.

4.1. Configuración Legislativa. Libertad y Límites del Congreso para establecer regímenes procesales especiales

La Constitución de 1991 consagra un modelo de Estado Social de Derecho, a través del cual se traza un marco de principios y valores en los cuales debe encauzarse la política y actividad del Estado. Sin embargo, la Constitución sigue siendo un texto abierto y carta de principios, que ni ofrece soluciones para todos los problemas posibles, ni impone reglas particulares para todos los casos. El legislador y el ejecutivo son los encargados de dar concreción, como es el caso de la regulación de la propiedad, de los contratos, de los procedimientos, etc.⁶⁵

En este orden de ideas, los dos primeros numerales del artículo 150 de la Constitución Política dotan al Legislador de un amplio margen de acción sobre los asuntos que puede tratar y la manera en que habrá de regularlos. El Congreso entonces, por regla general, tiene capacidad para expedir leyes en casi todas las materias, interpretarlas, reformarlas y derogarlas, según su buen juicio.

En desarrollo de la *“libertad de configuración legislativa”*, el legislativo cuenta con amplias facultades para, entre otras, evaluar los problemas y las necesidades de la colectividad, y cuáles, entre todas las soluciones posibles, son las más convenientes y oportunas para resolver tales problemas o atender dichas necesidades. Esta potestad es aún más amplia en las materias de contenido económico, como lo expresan los artículos 150 (numeral 21) y 334 de la Carta.

De acuerdo con una línea jurisprudencial uniforme, el Congreso puede establecer libremente el contenido de las leyes, sujetándose solamente a criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁶, dentro del marco que imponen los derechos fundamentales⁶⁷.

4.2. La libertad de configuración legislativa en materia procesal

Vistos los alcances de la libertad de configuración legislativa, se hace necesario precisarla, frente a la configuración de procedimientos, bien administrativos o judiciales.

El artículo 29 de la Constitución, a la hora de fijar el contenido fundamental del derecho al debido proceso, se remite a las *“leyes preexistentes”* y a las *“formas propias de cada juicio”*, cuyo contenido corresponde fijar al Legislativo. Por tanto, la Constitución otorga libertad al legislador para definir el procedimiento, entre otras razones, porque ello no es propio de la Carta Política, sino del desarrollo legislativo; en ese sentido, la estructura de los procesos, duración, términos, recursos, causales de nulidad, terminación, cargas

⁶⁵ Sentencia C-1064 de 2001

⁶⁶ Sentencias C-428 de 2002, C-537 de 1993, C-373 de 1995, C-880 de 2005.

⁶⁷ Sentencias C-728 de 2000, C-561 de 2004.

procesales y efectos de cada uno de los actos procesales son del resorte del Legislador⁶⁸.

La función del Congreso al establecer los diferentes procedimientos judiciales y administrativos, se manifiesta en la fijación de reglas claras que garanticen la seguridad jurídica y la estabilidad que debe caracterizar un Estado Social de Derecho. De lo anterior se concluye, que el Legislador es libre para determinar la estructura y formalidades de los procedimientos judiciales, para lo cual sólo se encuentra sujeto a los postulados impuestos por el derecho fundamental al debido proceso.

4.3. La libertad de configuración legislativa en los procedimientos concursales

Los regímenes concursales en los cuales se establece un único procedimiento para resolver todas las relaciones crediticias del deudor frente a su crisis, se encuentran también cobijados dentro de esta libertad de configuración legislativa.

Sobre este tipo particular de procedimientos, el Constituyente no estableció una regla especial. Por lo tanto, los principios y reglas constitucionales que rigen este tipo de procedimientos son los mismos que regulan de manera general a todos los procesos, o expresado en otros términos, el legislador para la construcción de los regímenes de insolvencia no cuenta con restricciones o limitaciones particulares, operando por tanto las restricciones genéricas que hemos mencionado.

En este aspecto, es pertinente resaltar que la jurisprudencia constitucional ha sido abundante⁶⁹ y uniforme, en la que ha considerado que la estructura, reglas de acceso, trámite y conclusión de los distintos procedimientos concursales son del resorte del Legislativo. En este sentido, se destacan numerosos fallos, que tuvieron su origen en demandas contra distintas normas de las leyes 222 de 1995 y 550 de 1999⁷⁰ y que sirven de precedente para este estudio.

⁶⁸ Al respecto, ver las sentencias C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimmy Reyes; C-032 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-237A de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1091 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁹ La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la libertad de configuración legislativa frente a los procedimientos concursales en diversas sentencias de constitucionalidad. La sentencia C-233 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), declaró en este sentido exequibles las normas de la ley 222 de 1995 en las que se establecía que contra la providencia de apertura a trámite concursal no procedía recurso alguno, y que contra la providencia que aprobara el concordato sólo procedería recurso de reposición. Asimismo, la sentencia C-1551 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) consideró que es constitucional que el Congreso restrinja el acceso a los acuerdos de reestructuración a las empresas. Por su parte, la sentencia C-586 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) consideró que es facultad del Congreso establecer los efectos de la iniciación de las negociaciones de acuerdo frente a los terceros codeudores del empresario en reestructuración. Finalmente, en la sentencia C-493 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte se pronunció sobre la libertad del Congreso para establecer los efectos de la negociación de los acuerdos de reestructuración frente a la prescripción y caducidad de los créditos de los acreedores de las entidades territoriales.

⁷⁰ *Ibidem*.

La situación del deudor en crisis objeto de regulación por los procedimientos concursales, es una materia de contenido fundamentalmente económico pues está fundada en la imposibilidad del deudor de atender las obligaciones previamente contraídas. En este tipo de cuestiones opera el principio según el cual el Congreso está, por regla general, en posibilidad de determinar libremente la manera que tendrá el deudor para enfrentar esa situación de crisis. En palabras de la Corte Constitucional:

“(…) habida cuenta que los derechos de los acreedores, relativos a la satisfacción de las acreencias vinculadas con las actividades del empresario en crisis, pueden ser objeto de intervención de conformidad con lo previsto por los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan las previsiones del numeral 21 del artículo 150 del mismo ordenamiento, sin que esta Corte pueda entrar a estudiar los objetivos perseguidos, como tampoco los eventuales efectos de la medida por no ser de su incumbencia, el cargo en estudio, porque se estaría protegiendo patrimonialmente a terceros ajenos a la crisis, y afectando la economía que se pretende reactivar, no puede prosperar.”⁷¹

4.4. Límites a la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República

La Corte Constitucional ha sostenido que la libertad de configuración legislativa no es una potestad omnímoda, sino que debe sujetarse a ciertos límites mínimos. Es decir, para que una norma dictada por el Congreso constituya un ejercicio legítimo de su libertad de configuración legislativa, ésta debe contar con un cierto grado de proporcionalidad y razonabilidad.

Una norma es razonable si con ella se realizan fines que la Constitución considera dignos de protección. Es decir, si los fines que persigue se enmarcan dentro del marco de lo permitido por el Constituyente⁷². Los fines que caben dentro de dichos límites son constitucionalmente legítimos, y por lo tanto *razonables*, y viceversa, los que los exceden son irrazonables. Este requisito se determina a través del denominado “test de razonabilidad”.

La proporcionalidad, por su parte, busca resolver qué tan adecuadas son las medidas adoptadas por el Legislador para realizar los fines que se propone, y si los beneficios que se obtienen con dichas medidas son mayores que las restricciones que ellas suponen.

4.5. Las normas de la ley 1116 fueron producto de la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República

⁷¹ Sentencia C- 586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁷² En la sentencia T-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez caballero) la Corte Constitucional definió de esta manera la razonabilidad: “No basta con que se persiga una finalidad cualquiera: ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible o, dicho con otras palabras, razonable. Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales -decisión política de oportunidad-, sino de la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible.”

La ley 1116 diseñó un régimen de procesos concursales en Colombia y sobre esa base, salvo las limitaciones atrás enunciadas el legislador cuenta con amplia libertad para ello. Sobre este particular, conviene tomar en cuenta algunos pronunciamientos anteriores de la Corte en esta materia, como por ejemplo el desarrollo de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas, derechos fundamentales y procesos concursales y ámbito de aplicación; en esta materia es pertinente recordar que la Corte Constitucional resolvió la constitucionalidad del artículo 1º (parcial) de la ley 550 de 1999⁷³. En dicha norma se restringe el ámbito de aplicación de los acuerdos de reestructuración exclusivamente a las personas *jurídicas* que desarrollan funciones empresariales de acuerdo con lo establecido en dicho precepto. De acuerdo con el demandante en aquella oportunidad, excluir a la persona natural del régimen de acuerdos de reestructuración implicaba discriminarla frente a las personas jurídicas, que sí contaban con acceso a dicho régimen. La Corte declaró exequible la norma por considerar que la conveniencia de la exclusión de la persona natural en el régimen de acuerdos de reestructuración era un asunto del resorte exclusivo del Congreso, quien cuenta con una amplia libertad de configuración legislativa, sobre la cual no hay lugar a un control de fondo por el juez constitucional:

“Ahora bien, corresponde a la Corte determinar si esta exclusión, se encuentra o no ajustada a la Constitución, esto es, si resulta ostensiblemente discriminatoria e injustificada o, si por el contrario, se fundamentó en circunstancias objetivas y razonables.

⁷³ “ART. 1º. *Ámbito de aplicación de la ley.* La presente ley es aplicable a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerza actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de las bolsas de valores y de los intermediarios de valores inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores.

Para los efectos de la presente ley, la actividad empresarial deberá corresponder a actos y operaciones previstos en los artículos 20 del Código de Comercio, 5º de la Ley 256 de 1996, 11 del estatuto orgánico del sistema financiero, y en el artículo segundo, literal b), de la Ley 527 de 1999; no tendrá que realizarse mediante establecimientos de comercio; la persona que la organice se denominará empresario, aunque no tenga el carácter de comerciante.

Esta ley se aplicará igualmente a las entidades territoriales, de acuerdo con lo dispuesto en el título V de la misma, y a las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia.

PAR. 1º.- Las empresas desarrolladas mediante contratos o patrimonios que no tengan como efecto la personificación jurídica, no están comprendidas por la presente ley en forma separada o independiente del respectivo o respectivos empresarios.

PAR. 2º.- Para los efectos de esta ley, se consideran personas jurídicas públicas o de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y demás formas de asociación con personalidad que tengan por objeto el desarrollo de actividades empresariales, en cuyo capital el aporte estatal a través de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital suscrito y pagado. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación cualquier entidad del orden territorial de las reglas especiales previstas en el título V de esta ley”

Al respecto, sea lo primero indicar, como lo señala el Ministerio Público, que el legislador goza de una libertad de configuración, sobre todo en materia económica atendiendo consideraciones de conveniencia y, previa la evaluación de circunstancias económicas específicas, que lo pueden conducir a establecer un trato diferenciado entre sectores o sujetos, siempre y cuando ese trato diferenciado obedezca a circunstancias razonables y objetivas, por una parte; y por otra, sin perder de vista que, por ministerio de la Constitución, la propiedad es una función social que implica obligaciones, ello significa que el Estado es el director de la economía con el fin de racionalizarla y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes (arts. 58 y 344 C.P.).

En el concepto presentado por la Superintendencia de Sociedades, se traen a colación algunas consideraciones expuestas por el Superintendente de esa entidad, coincidentes en gran parte con la exposición de motivos presentada ante el Congreso de la República, en la cual se refiere al ámbito de aplicación de la Ley 550 de 1999 y, expresa: ‘...si este es un mecanismo que busca la reactivación empresarial y tiene unos incentivos y reglas que tienen que ver con deudas empresariales, la distinción cuando estamos hablando de personas naturales e incluso de personas naturales que por ser comerciantes estén matriculados como tales, que no quepa duda si lo son o no lo son, si se anuncian como tales, e incluso que organizan su actividad a través de establecimientos de comercio debidamente matriculados, que ya son en sí una universalidad; un comienzo de identificación de pasivos y de activos vinculados a un negocio, aun en esos casos la distinción entre la actividad empresarial y la actividad personal propiamente dicha, es imposible.

Cómo distinguir, en la práctica, el sobregiro que se usa para pagar la nómina, del sobregiro que tiene que ver con la fiesta del fin de semana; el crédito que tiene que ver con la vivienda, con el crédito que se utiliza como capital de trabajo para el negocio, y así sucesivamente. No es un problema de conveniencia, hay ahí un problema de igualdad, porque se podría llegar a través de este mecanismo a introducir soluciones (...) dentro del acuerdo a aspectos que no tienen que ver con la actividad empresarial propiamente dicha...’.

Nótese pues, que la finalidad de la Ley 550 de 1999 es la empresa y no el empresario, de manera tal, que pueda desarrollarse el postulado constitucional consagrado en el artículo 333 de la Carta, que establece: ‘...La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial’.⁷⁴

La anterior decisión constituye un precedente claro en materia de libertad de configuración legislativa por parte del Congreso en materia de procedimientos concursales, que constituye un derrotero para el presente caso. Los sujetos destinatarios de los procedimientos concursales son una materia cuya determinación corresponde al Legislador, y sobre la cual el Tribunal Constitucional no puede, ni debe, pronunciarse.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1551 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

5. Algunos temas de constitucionalidad de la ley.

5.1. Naturaleza de la ley 1116 de 2006.

Antes de hacer algunas anotaciones sobre la naturaleza de la ley 1116, es necesario retomar algunos aspectos trabajados a lo largo del presente artículo. Al respecto, es necesario resaltar que el derecho concursal es una disciplina transversal, que recorre muchas de las ramas del Derecho, como el derecho laboral, tributario, de propiedad, de obligaciones y contratos, que se vale de gran cantidad de sus reglas y que modifica muchas de ellas. En este sentido, los procedimientos concursales tocan un gran número de derechos y prerrogativas de naturaleza muy variada.

En segundo lugar, recordamos también que la Constitución de 1991 fijó posición directa o indirectamente sobre una gran cantidad de aspectos que anteriormente habían sido de competencia exclusiva del Legislador. Este fenómeno de constitucionalización implica que en mayor o menor medida el derecho concursal está influido por una gran cantidad de principios, valores y reglas superiores, entre ellas, un importante número de derechos fundamentales: a la vida, al mínimo vital de ciertos grupos, a la igualdad, al trabajo, a la propiedad, al debido proceso, entre otros.

De acuerdo con el artículo 152 de la Constitución Política, las leyes que regulen los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección deben tener la naturaleza de leyes estatutarias. Ahora bien, ¿el hecho de que en algunas materias trabajadas por la ley 1116 estén involucrados distintos derechos fundamentales, quiere decir que ésta deba asumir la naturaleza de ley estatutaria?

La respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Las leyes que se ocupan de regular procedimientos concursales no tienen como objeto principal reglamentar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino los mecanismos para atender la crisis. Incidentalmente, en las materias tratadas por dichos mecanismos pueden estar involucrados los derechos fundamentales de los sujetos interesados en ellos, y entonces deben ponerse en marcha los medios de interpretación constitucional de los que ya se habló. Pero ello no implica que deba promulgarse una ley de mayor jerarquía o con requisitos especiales de procedimiento para regular estos temas.

La Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de ocuparse de este tema al analizar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley 550 de 1999, mediante consideraciones que son perfectamente aplicables a la ley 1116, y a los cuales nos remitimos:

“El accionante manifiesta que el artículo 232, objeto de demanda, es contrario a la Constitución por cuanto, al referirse a un derecho fundamental, ha debido ser tramitado como parte de una ley estatutaria, con arreglo a los artículos 152 y 153 de aquélla, y no lo fue.

La Corte considera infundado el cargo, ya que parte del supuesto erróneo de que toda norma directa o indirectamente alusiva a derechos fundamentales tiene que ser, forzosamente, expedida en los exigentes términos y condiciones previstos en la Carta Política para las leyes estatutarias.

En efecto, la Constitución reserva esa categoría legislativa y el consiguiente trámite agravado, previsto en garantía de su estabilidad, para las normas que regulen derechos fundamentales y los mecanismos indicados para su protección, sin que ello signifique que la sola mención a tales derechos impida al legislador actuar por la vía ordinaria.

Ya ha recalcado la jurisprudencia que el Congreso no puede afectar el sustrato mismo de los derechos fundamentales mediante ley ordinaria y, en consecuencia, es indispensable verificar el contenido de cada norma para establecer si con ella se regula en su núcleo esencial el respectivo derecho o el medio jurídico de su protección, o si, por el contrario, se legisla en relación con el derecho, pero en torno a aspectos del dominio de la ley ordinaria, que no tocan con el ejercicio de aquél, en su esencia, ni lo limitan o restringen. (...)

Constituyen objeto de ley estatutaria, en ese orden de ideas, las regulaciones legislativas por medio de las cuales un derecho fundamental, en sí mismo, aparezca afectado desde el punto de vista de sus alcances, de su ejercicio, de sus restricciones o de sus condicionamientos, ya sea en lo referente a su contenido o en lo relativo a los mecanismos constitucionales contemplados para hacerlo efectivo.

La incidencia de la ley en el derecho fundamental no necesita ser negativa para que se configure la hipótesis constitucional que signifique su carácter estatutario. Por eso, los medios para asegurar, fortalecer o desarrollar los derechos fundamentales también están sujetos a los artículos 152 y 153 de la Carta, cuando toquen su núcleo esencial.

Pero debe diferenciarse la materia propia de ley estatutaria vinculada con la esencia del derecho en cuestión, del ejercicio ordinario de la función legislativa, encaminado a la producción de normas jurídicas para ordenar los muy diversos aspectos relativos a la convivencia social, a las relaciones entre las personas, a la administración, y, en general, a la actividad pública, entre otros aspectos, cuya regulación debe ser flexible, para ir ajustando el Derecho a circunstancias cambiantes y a fenómenos variables. Ello aconseja que las modificaciones legislativas correspondientes tengan lugar sin las especiales dificultades que el Constituyente ha reservado, al crear las leyes estatutarias, sólo para los asuntos expresamente definidos por él.

Resulta evidente que, si se aceptara el infinito encadenamiento entre materias objeto de legislación, todas las leyes dispondrían, directa o indirectamente, sobre aspectos relacionados con derechos fundamentales y, por ende, siguiendo ese camino, se llegaría al extremo de exigir el trámite estatutario para cualquier ley, convirtiendo en regla general lo que en la Carta Política es excepción y petrificando las posibilidades de evolución y adaptación, inherentes a la actividad del legislador.

Es por ello que la Corte Constitucional ha rechazado el argumento según el cual toda norma procesal necesita ser tramitada como estatutaria en cuanto tiene que ver con el

derecho fundamental a un debido proceso (artículo 29 C.P.). Una cosa es la certidumbre, basada en la Constitución, de que toda actuación judicial o administrativa se adelantará con arreglo a lo dispuesto en leyes preexistentes, y otra muy distinta la tendencia a convertir en norma estatutaria todo precepto legal alusivo al proceso.

De la misma manera, pese al carácter fundamental del derecho al trabajo, no toda disposición legal referente a relaciones laborales tiene el propósito de regular, restringir o afectar el núcleo esencial de aquél, lo que implica que no hay relación de dependencia, necesaria e indubitable, entre el contenido laboral de una norma y la necesidad de incluirla en ley estatutaria”⁷⁵.

5.2. Naturaleza judicial del régimen. Funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas

En desarrollo de la atribución del artículo 116 de la Constitución, la ley 1116 asignó a la Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales para el conocimiento de los procesos concursales de reorganización y liquidación judicial. Tal como se explicó, la atribución y el ejercicio de estas facultades es excepcional, tiene alcance restrictivo y se encuentra fuertemente limitado, en aras de garantizar la imparcialidad e independencia de los funcionarios a los que se les encarga el conocimiento de este tipo de procesos.

En este sentido preocupan muchas de las atribuciones asignadas por la ley al juez de insolvencia, entre ellas, la posibilidad de iniciar trámites incidentales de carácter sancionatorio de manera oficiosa. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6° de la ley 1116 la Superintendencia de Sociedades conserva sus facultades administrativas sobre el deudor en concurso a pesar de las facultades que le fueron atribuidas como juez del concurso. Se resalta al respecto que en estos casos dicha entidad contaría con atribuciones judiciales y administrativas sobre los mismos puntos, como en el caso de la remoción de administradores. Debido a esta coexistencia de funciones, en estos casos no existe certeza acerca del procedimiento y defensas que correspondería proponer.

Igualmente preocupa el inicio oficioso de acciones revocatorias concursales, aspecto que se desarrollará adelante.

5.3. El procedimiento debe ser definido por la ley. Riesgo de constitucionalidad al trasladar al Gobierno asuntos que implican una reforma de códigos.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-434 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

La ley 1116 incluye una gran cantidad de remisiones a la reglamentación que expida el Gobierno sobre asuntos numerosos y muy variados⁷⁶. Para algunos de ellos la ley no menciona sino superficialmente los argumentos sobre los cuales dicha reglamentación debe tratar.

El artículo 150 de la Constitución, en su numeral décimo, dispone que el Congreso puede conferir facultades extraordinarias al Gobierno para expedir normas con fuerza de ley. Sin embargo, el inciso tercero de dicho numeral expresa que ellas no se pueden otorgar “para expedir, códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo [creación de servicios administrativos y técnicos de las cámaras del Congreso], ni para decretar impuestos”.

Ahora bien, los procedimientos concursales son materia de regulación de los códigos, de manera que la determinación de cada una de las etapas y los trámites respectivos debe provenir del Congreso, a través de leyes. Las mismas consideraciones pueden realizarse acerca de la naturaleza de los bienes transferidos en fiducia, ya que ello es materia del Código de Comercio. La Constitución no permite que el Legislador delegue en el Gobierno la posibilidad de reformar reglas de los Códigos⁷⁷; sin embargo, algunas de las disposiciones de la ley 1116 incurren en este vicio.

Sobre esta base, corresponde indicar que las normas de la ley 1116 que asignan competencia al Gobierno Nacional para reglamentar o regular temas de procedimiento no dispuestos por la ley, pueden tener riesgos de inconstitucionalidad severos.

5.4. Ámbito de aplicación. Exclusión de la persona natural no comerciante

En una reciente sentencia⁷⁸, la Corte Constitucional decidió la constitucionalidad de la exclusión prevista en el artículo tercero frente a las personas naturales no comerciantes,

⁷⁶ Algunos de los asuntos sometidos a la reglamentación del Gobierno dentro de la ley 1116 se refieren a la delegación de competencias a las Intendencias Regionales para conocer de los procedimientos concursales (art. 6), a los mecanismos de normalización de pasivos pensionales (art. 34), a la devolución de la retención en la fuente para las empresas en reorganización (art. 40), a los casos en los que los bienes dados en fiducia en garantía se excluyen de la masa (art. 55), a los promotores, liquidadores, peritos y evaluadores (arts. 67 y 81)

⁷⁷ “La prohibición constitucional del otorgamiento de facultades extraordinarias, se predica de la expedición de códigos, y se extiende a la adopción de reglas especiales en aspectos puntuales claramente determinados como propias de lo que hace parte de un código; por consiguiente, la prohibición constitucional del numeral 10 del artículo 150, entendida en consonancia con el numeral 2 del mismo artículo, se extiende a la adición o modificación de los códigos. Un código se caracteriza por ser un conjunto de normas que regulan de manera completa, metódica, sistemática y coordinada, las instituciones constitutivas de una rama del derecho; por lo tanto, las regulaciones específicas sobre las cuestiones que directamente atañen a la materia propia del código, deben ser objeto de previsión a través de sus normas. Así entonces, cuando los contenidos que informan el correspondiente sistema normativo son cambiados en su esencia o las modificaciones son de tal envergadura que comprometen su estructura normativa, necesariamente la reforma tiene que realizarse mediante la ley y no por el mecanismo de las facultades extraordinarias.” Corte Constitucional, sentencia C-252 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

y dado que es el único pronunciamiento sobre el nuevo estatuto, estimamos necesario efectuar algunos comentarios sobre dicha decisión.

La demanda de constitucionalidad atacaba la exclusión de la persona natural no comerciante del régimen de la ley 1116 fundamentalmente con base en los principios de igualdad y de solidaridad de la Carta Política, por considerar que la persona natural no comerciante debía tener a su disposición un mecanismo recuperatorio análogo al de la empresa.

La sentencia decidió declarar exequibles las normas mencionadas. Al respecto, consideró que no existe violación al principio de igualdad, pues el constituyente no obligó al legislador a establecer un régimen similar tanto para la empresa como para la persona natural no comerciante; todo lo contrario: la Carta dotó al Congreso de un amplio margen de configuración legislativa en materia económica y en especial para establecer regímenes que afronten la situación de crisis de la empresa. La decisión nos parece acertada, en sus dos argumentos principales.

En primer lugar, frente al derecho a la igualdad, tenemos que la exclusión de la persona natural no comerciante del régimen de insolvencia de la ley 1116 es algo razonable.

En efecto, de acuerdo con el Constituyente, el derecho a la igualdad no se expresa en la aplicación sin más de unas mismas reglas para todos los sujetos, sino, por el contrario, del reconocimiento de desigualdades y sobre ellas, la construcción de reglas que respondan a la diferencia. No sería apropiado en un Estado Social de Derecho dar el mismo trato a todos los sujetos. Por el contrario, el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta considera oportuno establecer diferencias que tiendan, cualitativamente, a poner en condiciones similares a personas que objetivamente están en situaciones distintas.

En desarrollo de lo anterior, el derecho a la igualdad constitucional supone, entre otras, en diferenciar o disponer un trato distinto a quienes no estén en unas mismas condiciones. De acuerdo con esta última dimensión del derecho a la igualdad, el establecimiento de diferenciaciones entre sujetos de condiciones distintas no sólo es constitucionalmente legítimo, sino que además es un desarrollo necesario de la igualdad.

En la ley 1116, el Congreso decide otorgar un trato diferente a ciertos grupos de personas. Para verificar si las distinciones son constitucionalmente legítimas, la jurisprudencia ha empleado el denominado “test de razonabilidad”. A través de éste se examina la legitimidad constitucional de tres aspectos de la distinción: los fines que se persiguen, los medios empleados para conseguir tales fines, y la relación que existe entre éstos y aquéllos. Si los tres aspectos son constitucionalmente legítimos, entonces la distinción es válida y la norma debe ser declarada exequible.

La ley 1116 dispone un régimen de insolvencia dirigido especialmente a la empresa y orientado a enervar y atender su situación de crisis. Los supuestos y circunstancias que rodean a la empresa son sustancialmente distintos de aquellos en los que se encuentra la persona natural no comerciante, y el régimen de reorganización y liquidación judicial,

adecuado para la primera, no funciona para la segunda. Por lo tanto, puede concluirse que el trato distinto a estos dos grupos de sujetos persigue un fin legítimo, a través de un medio admitido por la Carta, que además es adecuado y conducente⁷⁹.

Resaltamos a este respecto, que la posición asumida por la Corte Constitucional en el fallo C-699 de 2007 es armónico con la postura asumida ante regímenes similares, como frente a la ley 550 de 1999 restringía su ámbito de aplicación a las empresas organizadas bajo la forma de personas jurídicas, dejando de lado a las personas naturales dedicadas profesionalmente al comercio⁸⁰.

⁷⁹ En palabras de la Corte: “Pero más allá de esa consideración genérica sobre la existencia en el ordenamiento jurídico de instrumentos que protegen la situación del deudor, encuentra la Corte que en el presente caso, el asunto planteado conduce a una triple valoración que, en principio, se desenvuelve en el ámbito de la libertad de configuración del legislador: (i) Determinar si se expide un régimen concursal uniforme aplicable a comerciantes y no comerciantes o si, por el contrario, como ocurrió con la Ley 1116 de 2006, se expide un régimen de insolvencia especializado, dirigido a la empresa mercantil y a las personas jurídicas; (ii) En el evento en el que se opte por un régimen empresarial especializado, decidir si, simultáneamente, debe expedirse también un régimen concursal específico para las personas naturales no comerciantes, y, (iii), si se opta por no expedir un régimen especializado para personas naturales no comerciantes, decidir si se mantiene o no, en relación con ellas, la vigencia de un régimen anterior, que, en principio, les resultaba aplicable.

En ese contexto, es preciso tener en cuenta que la protección del deudor puede ser una finalidad concurrente en los procesos concursales, pero no es la que les da su sentido inicial. De hecho tales procesos están específicamente orientados a la protección de la masa de bienes del deudor como una manera de atender el pago de las acreencias, y preservar el crédito y en casos como el de la Ley 1116 de 2006 y otros antecedente en el derecho colombiano, se construyen en torno a la idea de mantener la empresa como unidad de desarrollo económico.

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.” Sentencia Corte Constitucional C 699 de 2007, M.P: Rodrigo Escobar Gil

⁸⁰ En sentencia C-1551 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte Constitucional declaró exequible una norma incluso más estricta de la ley 550 de 1999, que restringía su ámbito de aplicación a las personas jurídicas que cumplieran funciones empresariales, excluyendo con ello no sólo a las personas naturales, sino también a un buen sector de las personas jurídicas. En esa ocasión la Corte consideró que la distinción era constitucionalmente válida, pues consistía en una

Finalmente, debemos anotar que la Corte consideró que en este caso estamos ante una omisión legislativa, al no regular el Congreso la insolvencia de la persona natural no comerciante, razón por la cual exhortó al órgano legislativo a fin de que expidiera un régimen al respecto⁸¹.

5.5. Derecho al debido proceso. Imparcialidad del juez. Sanciones oficiosas. Acciones revocatorias de oficio.

Tal como se expresó más arriba, la ley 1116 pone a la Superintendencia de Sociedades a desempeñar funciones jurisdiccionales, que exigen que se asegure la independencia del funcionario. Para ello, el diseño de la ley debe abstenerse de consagrar mecanismos que puedan poner en riesgo la imparcialidad del juez frente una decisión de fondo.

En particular, consideramos que el artículo 74 de la ley, que faculta al juez del concurso para iniciar de manera oficiosa la acción revocatoria frente a las daciones en pago y los actos a título gratuito representa un riesgo innecesario para la posición del juez. De hecho, la acción sería promovida por el mismo sujeto que debe ocuparse del asunto de fondo, lo que compromete su imparcialidad.

Asimismo, tampoco parece claro el criterio o la valoración que emplea el legislador en esta materia, pues por un lado existen actos que lesionan el patrimonio del deudor en una mayor medida, como los pagos, y por otro lado, pueden existir daciones en pago con efectos benéficos para la compañía, por ejemplo cuando recaen sobre bienes no operacionales y comportan una reducción notable de los pasivos.

Sobre este particular, conviene tener en cuenta que la Corte con antelación se pronunció en esta materia, En efecto, en Sentencia C- 1143 de 2000 al juzgar la atribución contenida en el artículo 146 de la ley 222 de 1995, que permitía a la Superintendencia como juez del concordato promover acciones revocatorias, expresó:

“Por lo mismo, forzoso es concluir que, además de desarrollar las funciones jurisdiccionales con base en las cuales tramita los concordatos, la Superintendencia puede ejercer, respecto de la empresa deudora, los actos inherentes a sus funciones

solución adecuada y proporcionada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, como la protección de la empresa como fuente de empleo y motor de la economía.

⁸¹ En la Sentencia C-699 de 2007 expresó: “ 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.”

de inspección, vigilancia y control, siempre y cuando con ello no lesione los derechos constitucionales de los sujetos que intervienen en tal proceso, ya que ambos tipos de atribuciones legales apuntan hacia el mismo objeto -la protección de la empresa y de los valores que dependen de ella-, y se derivan conjuntamente de los artículos 333 y 334 de la Carta.

Bajo estos parámetros, la Corte procederá a analizar la disposición demandada, en el sentido de determinar si la legitimación que ella otorga a la Superintendencia para ejercer la acción revocatoria concursal, entra en conflicto con sus funciones jurisdiccionales durante el proceso concordatario.

4. Las acciones revocatorias concursales

Según lo dispone el artículo 146 de la Ley 222 de 1.995, que se demanda, tanto la Superintendencia de Sociedades como el contralor o cualquier acreedor pueden incoar la "acción revocatoria concursal" sobre los actos que el deudor haya realizado injustificadamente dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de solicitud del concordato, si tales actos han perjudicado a cualquiera de los acreedores, o han afectado el orden de prelación de pagos.

Es claro, a la luz de los anteriores preceptos, que con esta acción se pretende dotar a los sujetos mencionados en la norma, de una herramienta destinada a reintegrar al patrimonio del deudor ciertos bienes que salieron de él a través de actos injustificados, durante el llamado "período de sospecha". Al ingresar a la masa del concordato, estos bienes pueden aumentar su volumen, y facilitar de esta manera el saneamiento de las finanzas de la empresa deudora, lo cual a su vez hace viable el logro de un acuerdo entre ésta y sus acreedores. La acción revocatoria constituye, así, un instrumento que incrementa las posibilidades de supervivencia económica de la empresa, y defiende, simultáneamente, los derechos del deudor y de los acreedores.

En primer lugar, se defienden los derechos del deudor en el concordato, porque: a) si hay más bienes para pagar los créditos insolutos, la empresa incrementa sus posibilidades de normalización, y por lo mismo, de acordar una fórmula de arreglo, con la cual se garantice la continuidad de su labor económica; y b) si la crisis de la empresa es lo suficientemente grave como para ameritar la apertura de un concordato, es de presumir que por lo menos durante los 18 meses anteriores, haya sufrido un declive, durante el cual pudo haberse visto forzada a aceptar, en relación con los citados actos patrimoniales, condiciones económicas que en otras circunstancias no hubiera consentido. Es decir, la eventual revocatoria de los actos realizados durante el "período de sospecha" es un instrumento que incorpora a la masa concordataria el valor real de bienes que, dada la crisis de la empresa, pudieron haber salido de su patrimonio en circunstancias excesivamente onerosas para ella.

En segundo lugar, se defienden los derechos de los acreedores, ya que a través de la acción, se busca garantizar que la totalidad de los créditos concordatarios, o al

menos la mayor parte de los mismos, encuentren un respaldo sólido en los bienes del deudor. A la vez, con la acción se les protege de eventuales gestiones dolosas por parte del concordado, encaminadas a sacar de su patrimonio bienes que, de lo contrario, ingresarían a la masa concursal.

Es importante resaltar que, para lograr este doble objetivo, la Superintendencia únicamente cuenta con la facultad de interponer la acción, con base en los elementos de juicio que haya reunido con ocasión del concordato, y no de decidir sobre su contenido, puesto que para ello existe otro juez competente.

Por lo tanto, el ejercicio de la pluricitada acción no constituye un medio para perjudicar los intereses del deudor en beneficio de sus acreedores; al contrario, a través de ella se pretende garantizar tanto los derechos de las dos partes que se confrontan en el concordato, como la posibilidad real de salvar la organización empresarial, y preservar su función social.

5. Los cargos concretos de inconstitucionalidad.

Visto lo anterior, se puede dar respuesta al problema jurídico planteado por el actor, afirmando que, lejos de ser violatoria de la imparcialidad o independencia de la Superintendencia de Sociedades, la legitimación que le otorga la disposición acusada para ejercer la acción revocatoria concursal se integra armónicamente en su catálogo legal de atribuciones, y constituye una herramienta idónea para el logro de los fines del concordato.

La facultad que la norma asigna a la Superintendencia se deriva de sus funciones de inspección, vigilancia y control, en la medida en que en ejercicio de tales atribuciones, la entidad puede reunir elementos de juicio para concluir que, en el contexto de la crisis empresarial, ciertos actos del deudor resultan sospechosos, y deben ser objeto de una verificación judicial. Como tal facultad habrá de desarrollarse, necesariamente, durante el trámite del concordato, puede dar pie para concluir, como hace el actor, que la Superintendencia obra como juez y parte en dicho proceso; sin embargo, para la Corte esa afirmación carece de fundamento jurídico. Precisamente por tratarse de una función administrativa, que coexiste con las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia sin confundirse con ellas, la norma solamente la legitimó para interponer la acción revocatoria, mas no la le otorgó competencia para conocer de ella, ni para resolverla: por virtud de la misma disposición impugnada, el funcionario competente para ello es el juez civil del circuito o especializado de comercio del domicilio del deudor. Se trata, así, de dos procedimientos independientes: uno es el trámite del concordato como tal, que se realizará frente a la Superintendencia, y otro es el trámite de la acción revocatoria, que se ventilará ante los jueces señalados por la norma, y en el cual la citada entidad juega el rol de accionante.

En este sentido, no le asiste razón al demandante cuando considera que la independencia e imparcialidad de la Superintendencia resultan lesionadas por ser ésta juez y parte en el mismo proceso, ya que el escenario en el cual la acción

revocatoria se habrá de resolver escapa a su órbita de competencia, y en todo caso, la interposición de dicha acción no la realiza en su calidad de juez del concordato, sino como ente de inspección, vigilancia y control⁸².”

5.6. Competencia de la Superintendencia de Sociedades frente a las personas naturales comerciantes.

Sobre este particular es menester resaltar que la Superintendencia de Sociedades es una autoridad administrativa, y que las funciones jurisdiccionales que desempeña por virtud de la ley 1116 son excepcionales, limitadas y restrictivas. En esta medida, debe anotarse que de esta atribución se derivan algunas restricciones de carácter constitucional, que deben ser respetadas por el legislador, pero que en el nuevo régimen de insolvencia se encuentran bastante comprometidas.

La norma introduce una modificación que puede registrar vicios de constitucionalidad importantes, al asignarle a la Superintendencia competencia a prevención de los procesos concursales de las personas naturales comerciantes, como quiera que dicha atribución no tiene conexidad o relación con la atribución administrativa que desarrolla. La Superintendencia es un ente de inspección, vigilancia y control de sociedades mercantiles y no tiene atribuciones frente a personas naturales, de allí que esta facultad resulte exótica con relación a las atribuciones administrativas. Si bien la norma apunta a la construcción de una jurisdicción concursal en Colombia, la construcción tiene los defectos mencionados.

De otra parte, el hecho de que la competencia sea a prevención será raíz de conflictos de competencia, incidentes y discusiones procesales. En todo caso podría considerarse que la competencia a prevención se justifica para permitir el acceso a la administración de justicia como quiera que la Superintendencia no tiene presencia en todos los municipios del territorio nacional⁸³. En este sentido, la norma puede afectar los derechos de los

⁸² Sentencia Corte Constitucional C 1143 de 2000. M.P: Carlos Gaviria Díaz

⁸³ Sobre el punto ha expresado la Corte: “Así, de modo expreso el artículo 228 de la Constitución estipula que el funcionamiento de la administración de justicia será desconcentrado, lo cual supone que, a menos que se trate de los tribunales que encabezan las jurisdicciones y cuyas decisiones tienen por ámbito territorial el de toda la República de conformidad con lo que la misma Carta dispone, no es dable al legislador concentrar la totalidad de las competencias en cualquier campo en cabeza de un solo juez o tribunal”.

En particular, en lo que concierne al aspecto territorial, las competencias de los jueces y corporaciones deben ser distribuidas en sitios diversos de la República, de tal modo que todos los habitantes, independientemente de la zona en que residan, puedan acudir, en condiciones similares, a los estrados judiciales. Ello evita que la sede territorial del único tribunal competente para determinado asunto convierta el acceso a la justicia en un privilegio solamente reservado a quienes viven en ese lugar”.

Se asegura en tal forma la igualdad de oportunidades en el acceso a la administración de justicia, desechando odiosas preferencias, contrarias al concepto mismo de justicia. Luego cuando la ley, sin motivo plausible, asigna la totalidad de una determinada competencia a las autoridades judiciales de una sola localidad, pese a que los conflictos que reclaman definición tienen ocurrencia en cualquier parte del territorio, favorece injustificadamente a los residentes en aquélla, en detrimento de quienes habitan en otros puntos de la geografía nacional. Con ello se vulnera el

acreedores para acceder a la administración de justicia y en algunos casos de la única o doble instancia, de quien no inició el procedimiento. En efecto, es posible que un acreedor o un deudor resulte afectado, en especial, por cuanto otro acreedor decidió promover el proceso de insolvencia ante la Superintendencia cercenándole el derecho a contar con una segunda instancia, en especial con los efectos y la competencia que la ley asigna al juez.

6. Conclusiones

De todo lo expuesto podemos concluir:

6.1. El proceso de constitucionalización del derecho concursal es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico. Bajo esa consideración, quien se ocupe de estos temas, necesariamente deberá enfrentarse a la Constitución y en especial a las distintas reglas que de una u otra manera tocan con la insolvencia y la crisis empresarial. Es imperativo leer, aplicar y operar las normas concursales a la luz de la Carta, con las implicaciones que ello demanda, como la ponderación de derechos y la aplicación preferente de los métodos de interpretación derivados de la Constitución.

6.2 El Derecho Concursal Colombiano tiene un contenido público que se evidencia en tres indicadores: normativo, referente a reglas en la Constitución para la crisis de la empresa que deben ser aplicadas por el operador jurídico; jurisprudencial, referido a las decisiones de la Corte Constitucional sobre derechos fundamentales y aplicación de las normas de insolvencia a la luz de la Carta; y uno tercero atinente a los medios de protección, en particular a la acción de tutela como un mecanismo de verificación de estos procedimientos con la Constitución.

6.3 Las decisiones de la Corte Constitucional en materia de procedimientos mercantiles, han dado un nuevo contenido a un derecho que tradicionalmente se había refugiado en la ley. Por esta razón en el estudio de nuevos casos es necesario conocer qué ha dicho la jurisprudencia, y especialmente los relacionados con los derechos fundamentales de quienes participan en procedimientos de este tipo.

6.4 La aplicación de la ley 1116 puede traer algunas dificultades. Éstas deben ser dilucidadas a través del análisis de las normas constitucionales y las decisiones que la Corte ha dado en casos semejantes.

6.5 Existen aspectos del nuevo régimen que generan preocupaciones frente a la Constitución, entre ellos está la posibilidad de reglamentar ciertos temas por parte del Gobierno Nacional, y el inicio oficio de trámites y procesos. Estos asuntos deben ser objeto de un análisis cuidadoso, a la luz de la Norma Fundamental, a la hora de aplicarlos y llevarlos a la práctica.

derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) y se obstruye el libre acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.), ocasionando inclusive costos no repartidos equitativamente entre los asociados". Corte Constitucional, sentencia C-594 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Externado, tercera reimpresión, 2006.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, pp. 96-97.
- JUAN CIANCIARDO. “Interpretación por analogía, derecho constitucional de emergencia y justicia”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 467-468.
- JULIO CÉSAR RIVERA, *Instituciones de derecho concursal*, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003
- MANUEL ATIENZA. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.). *Interpretación constitucional*, tomo I. México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 129.
- MARTIN BASSOLS COMA; *Constitución y Sistema Económico*. Tecnos, 1988., citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- NICOLÁS PÁJARO MORENO, *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006
- PETER. HÄBERLE, *El Estado constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 264.
- BESSONE, ELISABETTA SILVESTRI; y, MICHELE TARUFFO (ed.), *I metodi della giustizia civile*, Padova, CEDAM, 2000, pp.47 y ss.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1.992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia, C-537 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, Sentencia T-530 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-223 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-347/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

- Corte Constitucional, Sentencia T-467 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-521/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional, Sentencia T-015/95, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, Sentencia C-373 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Corte Constitucional, Sentencia T-323/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-076/96, M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional, Sentencia T-323 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-434 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-458 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, Sentencia T-299/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia T- 299 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-100 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-735/98, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia T- 458-98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-014/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-995/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, Sentencia, T-146 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-441 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1143 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1551 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1551 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

- Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia T-497 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-493 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia T-441 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia C-428 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-493 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia C-625 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia T-707 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-625 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1091 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia T-954 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-561 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimmy Reyes.
- Corte Constitucional, Sentencia C-237A de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia T-896 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

- Corte Constitucional, Sentencia C-880 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia T-548 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T-591 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentarías.
- Corte Constitucional, Sentencia T-664 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

- Superintendencia de Sociedades, Auto 410-12147 del 19 de julio de 2001.
- Superintendencia de Sociedades, Auto 409-3496 del 16 de marzo de 2000.