



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

Morgestein-Sánchez, Wilson Iván; Ucrós-Barrós, César

El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante y el abuso del derecho. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Cali*

Revista de Derecho Privado, núm. 42, 2022, pp. 263-290

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.10>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417571103010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante y el abuso del derecho. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Cali*

» WILSON IVÁN MORGESTEIN SÁNCHEZ**
» CÉSAR UCRÓS BARRÓS***

RESUMEN. El objeto del presente trabajo es el de establecer los motivos, tanto jurídicos como socioeconómicos, que dictan y definen las normas que integran el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, para así poder determinar algunos de los eventos en los cuales, verdaderamente, se estaría haciendo un ejercicio abusivo, por parte del deudor concursado, de los derechos consagrados en el Código General del Proceso a favor de la persona física que no ejerce profesionalmente el comercio. Para resolver la anterior cuestión, se iniciará revisando la razón de ser de un régimen concursal para las personas naturales no comerciantes. Luego, se hará una exposición de los aspectos generales del régimen colombiano de insolvencia para la persona física que no ejerce profesionalmente el comercio, y de los postulados fundamentales de la doctrina del abuso del derecho en materia de procesos

* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2020. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2021. Para citar el artículo: MORGESTEIN SÁNCHEZ, W. I. y UCRÓS BARROS, C., “El régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante y el abuso del derecho. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Cali”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 42, enero-junio 2022, 263-290, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.10>

** Universidad La gran Colombia, Bogotá, Colombia; profesor investigador. Magíster en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Contacto: ivanmorgestein@hotmail.com. Orcid: 0000-0002-8761-558X.

*** Chao Deudas, Bogotá, Colombia; director jurídico. Especialista en Derecho Minero Energético, en Derecho Penal y en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Abogado, Universidad Externado de Colombia. Contacto: cesar.ucros@chaodeudas.com. Orcid: 0000-0001-9591-7521.

concursales, para finalizar haciendo un análisis crítico de una sentencia de tutela proferida por la jurisdicción civil ordinaria.

PALABRAS CLAVE: insolvencia de persona natural no comerciante, abuso del derecho, negociación de deudas, liquidación patrimonial.

Insolvency Regime of a Non-Merchant Natural Person and Abuse of Rights. A Special Reference to a Judgment of the Cali Appeals Court

ABSTRACT. The purpose of this work is to establish the reasons, both legal and socioeconomic, that dictate and define the rules that make up the insolvency regime of the non-merchant natural person, in order to establish some of the events in which, truly, the bankrupt debtor would be doing an abusive exercise of the rights enshrined in the General Code of Procedure in favor of the natural person who does not professionally practice the business. To resolve the above question, it will begin by reviewing the rationale for a bankruptcy regime for non-merchant natural persons. Then, there will be a presentation of the general aspects of the Colombian insolvency regime for the natural person who does not practice business professionally, and of the fundamental postulates of the doctrine of abuse of the right in the matter of insolvency proceedings, to end with a critical analysis of a judgment of guardianship issued by the ordinary civil jurisdiction.

KEYWORDS: insolvencia de una persona natural no comerciante, abuso de derechos, negociación de deudas, liquidación de activos.

SUMARIO: Introducción. Metodología. I. Razón de ser de un régimen de insolvencia para las personas naturales no comerciantes. II. Aspectos generales del régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante en el Código General del Proceso colombiano. III. Abuso del derecho y procesos concursales. Conclusiones. Referencias.

Introducción

A través de la sentencia C-699 de 2007, en la cual la Corte Constitucional revisó la exequibilidad del número 8 del artículo 3 de la Ley 116 de 2006¹ y la segunda parte del inciso 1.^º del artículo 126 *ibidem*², el máximo órgano de la jurisdicción consti-

1 “No estará sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley: 8. Las personas naturales no comerciantes”.

2 “...deroga el título II de la ley 222 de 1995 [Régimen de procesos concursales]”. Recuérdese que “La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela [1999, diciembre 16] ...resolvió en sentido favorable la admisibilidad de la apertura del trámite del concordato para las personas naturales no comerciantes, fundamentado en la regla de hermenéutica jurídica, no puede hacer distinción donde la ley no ha querido hacerla, es decir, que si la ley se refería al ‘deudor’ como destinatario de

tucional exhortó al Congreso de la República a que dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa expediera un nuevo régimen universal para personas naturales no comerciantes.

Inicialmente, la Corte recordó que “en el ordenamiento jurídico colombiano se han previsto distintas vías procesales para que los acreedores puedan atender a la recuperación de sus créditos y dentro de las cuales los deudores pueden ejercer su derecho de defensa, con las garantías del debido proceso”³.

Para después proceder a poner de presente que

Si bien los procesos concursales son, fundamentalmente, mecanismos orientados a la protección del crédito⁴, no es menos cierto que a través de ellos puede hacerse efectivo el principio de solidaridad en aquellos caso 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 encuentre en un estado de insolvencia⁵.

Así las cosas, y atendiendo la exhortación que la Corte Constitucional hizo al Congreso de la República, se expidió la Ley 1380 de 2010, por la cual se establecía un régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante, la cual fue declarada inexistente por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional en la sentencia C-685 de 2011:

Por haberse incurrido en un vicio insubsanable en su proceso de formación, como se lo había solicitado el Ministerio Público. El vicio consiste en la inadecuada convocatoria que hizo el Gobierno Nacional al Congreso de la República a las sesiones extraordinarias, en las cuales se debatieron y aprobaron las citadas leyes, pues según lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política y 85 de la Ley orgánica de reglamento del Congreso, el decreto hace la convocatoria debe publicarse antes de

la norma, tendría que aplicársele a todo aquel que tuviera la calidad de deudor, sin distinción alguna en cuanto a si ejercía o no actividad mercantil profesionalmente o si tenía registro mercantil, mucho menos si cumplía funciones empresariales”. GOYES, A., “Régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes. Caso alemán, argentino, español y colombiano”, *Cuadernos de la maestría en derecho*, Universidad Sergio Arboleda, n.º 4, 2015, 129.

- 3 Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- 4 Para una aproximación a la finalidad de los procesos concursales, puede verse: RODRÍGUEZ, J., “El derecho concursal colombiano a la luz de la Constitución”, *Revista e-Mercatoria*, volumen 7, n.º 2, 2008, 1 - 53.
- 5 Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

que se realicen las sesiones en comento, lo cual se pudo verificar que no ocurrió en este caso⁶.

Después de ese intento fallido, el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante fue incorporado en el libro tercero, sección tercera, título iv, artículos 531 a 576 del Código General del Proceso, disposiciones jurídicas que se erigen como un “conjunto de herramientas que el Código General del Proceso dispone para atender la crisis del deudor persona natural no comerciante y permitir su reincorporación al mercado”⁷.

Así las cosas, y de conformidad con la disposición contenida en el artículo 531 del Código General del Proceso, bien se puede afirmar que a las personas físicas que no ejercen profesionalmente el comercio, el ordenamiento jurídico colombiano les otorga los derechos a: (1) negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias; (2) convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores y (3) liquidar su patrimonio; prerrogativas que, al tenor del numeral 1 del inciso 3.^º del artículo 95 de nuestra Carta Política, no pueden ser ejercidas abusivamente⁸, sino que, por el contrario, los derechos que el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante les concede a los destinatarios de sus normas deben ser ejercidos acorde a los propósitos del ordenamiento jurídico, y a la luz de su contenido esencial y de sus fines⁹.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la concepción contemporánea de las normas que prohíben el ejercicio abusivo de los derechos se encuentra inspirada en las doctrinas de Duguit y Josserand, las cuales enseñan que los derechos deben ser ejercidos por sus titulares con el fin de cumplir los fines económicos y sociales que les son propios¹⁰, cabe preguntarse cuáles son las razones, tanto jurídicas como socioeconómicas, que inspiran y determinan el alcance del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, para así poder determinar algunos de los eventos en los cuales, verdaderamente, se estaría haciendo un ejercicio abusivo, por parte del deudor concursado, de los derechos consagrados en el Código General del Proceso a favor de la persona física que no ejerce profesionalmente el comercio que quiere,

6 MORENO, L., “El régimen de insolvencia de la persona física no comerciante: historia de un fracaso”, *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, Universidad Sergio Arboleda, n.^º 28, 2011, 39.

7 PÁJARO, N., “Algunas preguntas sobre los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante”, *Memorias del xxxiv Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Medellín, ICDP – Universidad Libre, 2013, 393.

8 Aunque algún sector de la doctrina foránea sostiene: “los derechos no son susceptibles de ser abusados, pero sí lo son aquellas herramientas o atributos que la sociedad concede a sus titulares”. Cfr. BAEZA, J., “Petición de quiebra y abuso del derecho”, *Revista jurídica*, Universidad Bernardo O’ Higgins, 8 (1), 2012, 253.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

10 MONROY, M., *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 2008, 119.

a través de las formas propias de un proceso concursal, lograr su reincorporación a la vida productiva del país.

Metodología

Teniendo presente que el objetivo de la investigación es el de establecer los motivos, tanto jurídicos como socioeconómicos, que dictan y definen las normas que integran el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, para así poder determinar algunos de los eventos en los cuales, verdaderamente, se estaría haciendo un ejercicio abusivo, por parte del deudor concursado, de los derechos consagrados en el Código General del Proceso a favor de la persona física que no ejerce profesionalmente el comercio, el tipo de investigación que se empleará será el teórico de análisis-síntesis, para lo cual se hará uso de un enfoque básicamente cuantitativo. De conformidad con lo expuesto, se iniciará revisando la razón de ser de un régimen concursal para las personas naturales no comerciantes. Luego, se hará una exposición de los aspectos generales del régimen colombiano de insolvencia para la persona física que no ejerce profesionalmente el comercio, y de los postulados fundamentales de la doctrina del abuso del derecho en materia de procesos concursales, para finalizar haciendo un análisis crítico de una sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Cali en sede de tutela, para así entregar a los distintos operadores, tanto jurídicos como económicos, de la insolvencia de la persona natural no comerciante en Colombia, elementos sólidos que les permitan establecer en qué casos una persona física que no ejerce profesionalmente la actividad mercantil está abusando de los remedios concursales consagrados a su favor y, por el contrario, en qué eventos está haciendo un ejercicio legítimo de ellos, y acorde con los propósitos de distinta índole que inspiraron la expedición del actual régimen de insolvencia de persona natural no comerciante.

I. Razón de ser de un régimen de insolvencia para las personas naturales no comerciantes

Tal y como lo pone de presente Moreno, en la celebración y ejecución de sus negocios los comerciantes –personas naturales y jurídicas– al ser “más conscientes de la realidad del incumplimiento” y estar “más familiarizados con la teoría del riesgo” hacen uso frecuente de la prerrogativa de la limitación patrimonial anticipada de su responsabilidad¹¹, porque recuérdese que, por regla general y de conformidad con la norma de la que da cuenta el artículo 2488 del Código Civil colombiano, “toda

11 MORENO, L., *El régimen*, cit., 18, y agrega el autor: “se pasan los días [los comerciantes] pensando en garantías, seguros, depreciaciones, etc., y también en organizar jurídicamente sus negocios de tal suerte que su responsabilidad patrimonial esté siempre, en la medida de lo posible, limitada. Ningún comerciante es tan insensato como para poner en riesgo todo su patrimonio”.

obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”¹².

Esta responsabilidad ilimitada del deudor, que es la que por regla general se hace sentir sobre la persona física no comerciante por las obligaciones patrimoniales que adquiere, tiene un impacto social más grande del que inicialmente se suele pensar. En verdad, dentro de una concepción clásica del derecho obligacional podría decirse que quien está interesado en que el deudor honre su obligación, y eventualmente sufre las consecuencias de su incumplimiento es el acreedor, pero un análisis un poco más detenido del asunto refleja el impacto socioeconómico de su incumplimiento, porque el acreedor que no ve satisfecha la prestación a su favor, también puede llegar, a su vez, potencial y eventualmente, a incumplir las obligaciones a su cargo, con las consecuencias que ese incumplimiento puede acarrear en sus acreedores y en el sistema económico en general, las cuales no son de menor consideración si se tienen en cuenta, entre otras circunstancias, el número de deudores personas naturales no comerciantes¹³, sus respectivos patrimonios y la cantidad de créditos otorgados a su favor tanto por personas naturales como por personas jurídicas¹⁴.

12 Sobre el alcance de la anterior disposición, pone de presente Hinestrosa: “el acreedor, si bien no puede descuidar la condición de la honorabilidad, buena fe y antecedentes de su deudor actual o potencial, factores estos definitivos en la vida de los negocios, lo que en fin de cuentas contempla como respaldo de su pretensión son los haberes presentes y futuros del obligado y el producto de su fuerza de trabajo... En tal sentido la responsabilidad del deudor; por el hecho de serlo, es ilimitada, lo que quiere decir que va hasta concurrencia del valor de la obligación más el monto de los perjuicios que su incumplimiento irrogue al acreedor y de los costos que haya implicado su cobro, y que puede hacerse efectiva sobre el bien o los bienes que el acreedor persiga dentro del elenco de los pertenecientes al deudor”. HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones*, I, 3^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 67 y 81.

13 “De acuerdo con el último Reporte Trimestral de Inclusión Financiera revelado por Banca de las Oportunidades, el número de adultos colombianos con acceso al sistema financiero entre junio de 2018 y 2019 llegó a 28,6 millones, de ellos poco más de 500 mil lo hicieron por primera vez. Es decir que el indicador de Inclusión Financiera llegó en junio pasado a 82,6%, esto es, 1,8 puntos porcentuales por encima del dato correspondiente al mismo trimestre de 2018” Tomado de: <https://www.portafolio.co/mis-finanzas/cuantos-colombianos-han-acedido-a-algun-producto-financiero-535171#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20ultimo,lo%20hicieron%20por%20primera%20vez.>

14 En lo que tiene que ver con el impacto que en el sistema financiero puede producirse cuando las personas, sean comerciantes o no, tienen dificultades para normalizar las obligaciones a su cargo y a favor de los bancos, advierte Ravassa: “Si alguien piensa que los bancos prestan su propio dinero, está completamente equivocado; los bancos prestan el dinero que reciben de sus depositantes o cuentacorrentistas, más no el suyo propio. El peligro de este negocio radica en que a veces se equivoca y presta dinero a quien no debe, o también puede suceder que una crisis económica general lo afecte. En tales casos, al no poder recuperar el dinero prestado, el banquero tampoco puede devolverlo a sus depositantes y queda en estado de insolvencia”. RAVASSA, G., *Títulos valores nacionales e internacionales*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006, 38. Por lo demás, un ejemplo de Harari permitirá recordar el negocio bancario fundamental y el impacto que las operaciones activas y pasivas de crédito que realizan las instituciones financieras tienen en la economía de un país: Samuel Avaro, un astuto financiero, funda un banco en El Dorado, California. A.A. Marrullero, un constructor con futuro en El Dorado, termina su primer trabajo de envergadura, y recibe el pago en metálico por la

Ahora bien, que una persona física no comerciante cuente con los mecanismos adecuados para normalizar las obligaciones con sus acreedores no solo redunda en beneficio de estos últimos, sino también en provecho de los deudores personas naturales que no ejercen profesionalmente el comercio, porque la posibilidad de volver a acceder al crédito es un mecanismo que le permite al deudor concursado proveerse de todos los bienes y servicios que él y su núcleo familiar requieren para su congrua subsistencia¹⁵.

Así las cosas, bien se puede afirmar que el régimen concursal de la persona natural no comerciante, previsto en el actual Código General del Proceso colombiano, tiene como objetivo otorgarles a los deudores personas físicas que no ejercen profesionalmente la actividad mercantil una segunda oportunidad para que reconstruyan su vida financiera, inicialmente a través de un proceso de negociación de deudas (concurso preventivo) o, si es del caso, descargando todos sus pasivos a través de la liquidación de su patrimonio económico (concurso liquidatorio), porque lo que se

cantidad de 1 millón de dólares. Deposita esta suma en el banco del señor Avaro. Ahora el banco dispone de 1 millón de dólares en capital. Mientras tanto, Juana Rosquilla, una cocinera experimentada pero pobre, piensa que existe una oportunidad de negocio: en su parte de la ciudad no hay una panadería y pastelería realmente buena. Pero no tiene suficiente dinero propio para comprar una instalación completa con hornos industriales, fregaderos, cuchillos y cacerolas. Se dirige al banco, presenta su plan de negocio a Avaro y lo persuade de que se trata de una inversión que vale la pena. Este le concede un préstamo de 1 millón de dólares, acreditando dicha suma en la cuenta bancaria de Rosquilla. Juana contrata ahora a Marrullero, el constructor, para que construya y amuele su pastelería. Su precio es de 1 millón de dólares. Cuando ella le paga, con un cheque contra su cuenta, Marrullero lo deposita en su cuenta en el banco de Avaro. De modo que ¿cuánto dinero tiene Marrullero en su cuenta bancaria? Correcto, 2 millones de dólares. ¿Cuánto dinero en efectivo tiene en su caja fuerte del banco? Correcto, 1 millón de dólares. La cosa no termina aquí. Como suelen hacer los constructores, a los dos meses de empezar las obras, Marrullero informa a Rosquilla de que, debido a problemas y gastos imprevistos, la factura por la construcción de la panadería y pastelería subirá en realidad a 2 millones de dólares. La señora Rosquilla no está en absoluto contenta, pero no puede detener las obras a medio terminar. De manera que efectúa otra visita al banco, convence al señora Avaro para que le conceda un préstamo adicional, y el banquero deposita otro millón de dólares en la cuenta de la cocinera. Esta transfiere el dinero a la cuenta del constructor. ¿Cuánto dinero tiene ahora Marrullero en su cuenta bancaria? Ha conseguido 3 millones de dólares. Pero ¿cuánto dinero hay realmente depositado en el banco? Sigue habiendo solo 1 millón de dólares. En realidad, el mismo millón de dólares que ha estado todo el tiempo en el banco [...] En el ejemplo de la pastelería, la discrepancia entre el estado de la cuenta corriente del constructor y la cantidad de dinero que hay realmente en el banco es la pastelería de la señora Rosquilla. El señor Avaro ha puesto el dinero del banco en el activo, confiando en que un día dará beneficios. La pastelería todavía no ha horneado ni una hogaza de pan, pero Rosquilla y Avaro prevén que dentro de un año estará vendiendo diariamente miles de hogazas, panecillos, bollos, pasteles y galletas, con unos magníficos beneficios. Entonces la señora Rosquilla podrá devolver su crédito con intereses. Si en ese momento el señor Marrullero decide retirar sus ahorros, Avaro podrá darle el dinero. HARARI, Y., *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad. Joandomene Ros (trad.)*, Bogotá, Debate, 2013, 337 – 338.

15 Sobre este particular, advierte Moreno: “la quiebra de un comerciante puede significar una gran pérdida, pero no suele poner en juego su subsistencia. Cuando se pierde el crédito de la empresa, todavía se puede echar mano del crédito personal o de la familia. En este contexto, la quiebra de los no comerciantes es una situación mucho más gravosa y delicada, en términos económicos y sociales, pues si no hay una cobertura mínima de bienestar social, el resultado puede ser la indigencia”. MORENO, L., *El régimen*, cit., 36.

pretende es que la persona natural no comerciante recupere el acceso al crédito y, de esta forma, supere el impacto negativo que su crítica situación económica ha dejado en su vida personal, familiar, profesional, laboral y hasta social¹⁶.

Por lo demás, y si se tiene en cuenta que

Los procesos concursales tienen como finalidad conciliar los intereses de los deudores, los acreedores y la sociedad en su conjunto, en el evento de insolvencia del deudor, con la finalidad de proteger el crédito, bien sea mediante fórmulas de recuperación del deudor, que le permitan pagar ordenadamente, o a través de la liquidación de su patrimonio¹⁷[.]

con buen criterio se afirma que la misma buena fe que informó el trámite de solicitud y otorgamiento del crédito¹⁸ es la que debe prevalecer en las actuaciones del deudor

16 Cfr. MARÍN, O., *Nuevas tendencias del proceso de insolvencia económica de personas naturales no comerciantes*, Barranquilla, Fundación Liborio Mejía, 2018, 24-25. Por su parte, afirma Montiel: “Con la expedición del nuevo Código General del Proceso a través de la Ley 1564 de julio de 2012, se introdujo el Régimen de Insolvencia para la Persona natural no Comerciante, el cual constituye la oportunidad que muchas personas estaban esperando para enfrentar la crisis que los acaece, de una manera ordenada y en un único escenario, sin necesidad de seguir haciéndole ‘el quie’ a la ráfaga de oficios, comunicaciones, llamadas y correos electrónicos a los que acuden los acreedores desde muy tempranas horas del día hasta las más altas de la noche, a fin de hostigar al deudor hasta que se produzca el pago, pero desconociendo a la vez que, más allá de una falta de interés por honrar las obligaciones, está de por medio la crisis proveniente bien del exceso de consumo y endeudamiento derivado del mismo, o bien de la pérdida o disminución de fuente de ingresos por un hecho sobreviniente”. MONTIEL, C., *La debilidad manifiesta de algunas personas naturales no comerciantes en estado de insolvencia*, Revista e-mercatoria, 13 (1), 2014, 30.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-527 de 2013, magistrado ponente Jorge Iván Palacio. En otra providencia, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional colombiana dejó en claro que el derecho concursal “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 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 ceditorum*–”. Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

18 Pone de presente GOYES, A., *Régimen*, cit., 119-120: “El sobreendeudamiento del deudor consumidor por ende se posiciona como causa fundamental para que las personas naturales no comerciantes se encuentre en situación de concurso... ese fenómeno –el sobreendeudamiento del deudor consumidor– se origina en las innumerables oportunidades crediticias que el mercado capitalista proporciona a los consumidores hoy en día, llevándolos, en algunos casos, a un escenario en el cual sus pasivos superan vertiginosamente sus activos, en detrimento de su actividad mercantil de responder por las deudas contraídas en desarrollo de sus actividades diarias”. En el mismo sentido, afirman GONZALEZ, G., y LÓPEZ., F. “La insolvencia de las personas físicas. Aproximación jurídico-financiera”, *ICE: Tribuna de economía*, n.º 887, 2015, 175: “El sobreendeudamiento de las familias que ha ido en aumento a lo largo de los últimos años, ha tenido su origen en dos factores fundamentales; por un lado el necesario espíritu consumista, incluso por encima de las posibilidades, que arrastra una época de bonanza económica, junto con la facilidad, de la que tanto se ha escrito últimamente, para intentar poner el índice acusador en la banca, para conseguir crédito fácil y con pocas restricciones”.

y sus acreedores dentro del proceso de negociación de deudas, para que el acuerdo de pago que entre ellos se celebre dé cuenta de obligaciones que se ajusten a una “realidad objetiva y posible de pago y cumplimiento”. Ahora, si el concursado no tuviere la suficiente capacidad de pago o sus acreedores se negaren a aprobar las fórmulas expuestas por el deudor, “el pago de las obligaciones se realizará de manera pronta y ordenada con el patrimonio económico de la persona natural sometida al proceso, asegurando el mejor provecho de los bienes del deudor”¹⁹, aún si no hay bienes.

II. Aspectos generales del régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante en el Código General del Proceso colombiano

Como ya se puso de presente, el régimen de insolvencia de persona física que no ejerce profesionalmente la actividad mercantil actualmente se encuentra regulado en el Libro Tercero, Sección Tercera, Título IV, artículos 531 a 576 del Código General del Proceso, en el que se prevén, como es propio de un régimen de insolvencia, los concursos preventivos o acuerdos de recuperación, y el concurso liquidatorio.

La más que autorizada opinión de Rodríguez²⁰ sostiene que el régimen en estudio no solo tiene interés en la protección del crédito sino también en los derechos del deudor persona física que no ejerce profesionalmente el comercio, y para ello el ordenamiento otorga instrumentos para que el fallido pueda: (1) renegociar sus deudas a través de acuerdos extrajudiciales atendiendo al instituto de la conciliación y (2) rehabilitarse; y para ello contempla figuras como el “descargue” que le permiten al deudor concursado su “reintegro al mundo económico”²¹.

Por otro lado, y al tenor de la disposición contenida en el artículo 538 del Código General del Proceso:

La persona natural no comerciante podrá acogerse a los procedimientos de insolvencia cuando se encuentre en cesación de pagos. Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días, o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. En cual-

19 Cfr. MARÍN, O., *Nuevas tendencias*, cit., 27-28.

20 No obstante, y al decir del Profesor Rodríguez Espitia: “existen instrumentos dentro del mecanismo concursal que son muestra de la preocupación del legislador por la protección del derecho de crédito, entre otros, la veracidad de la información o la no aplicación de beneficios tales como el descargue para el deudor que no actuó de buena fe. Este tipo de institutos refleja el interés para que el mecanismo sea adecuadamente utilizado y reprime en consecuencia cualquier conducta contraria a sus fines o que permita derivar un aprovechamiento inescrupuloso por parte del deudor”. RODRÍGUEZ, J., *Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 68.

21 *Ibid.*, 67.

quier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a su cargo.

En el Código General del Proceso, los concursos preventivos previstos para las personas naturales no comerciantes²² son la negociación de deudas y la convalidación de acuerdos privados, a través de los cuales se pretende “renegociar la totalidad de los créditos del deudor, para lograr un acuerdo con sus acreedores, en el que se tenga en cuenta la situación de crisis, y la mejor manera de salir de ella. El acuerdo al que se llegue dispondrá nuevos términos y condiciones para que el deudor atienda las obligaciones a su cargo”²³.

De la negociación de deudas y de la convalidación de acuerdos privados, al tenor de la disposición contenida en el artículo 533 del Código General del Proceso, conocerán:

Los centros de conciliación del lugar del domicilio del deudor expresamente autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho para adelantar este tipo de procedimientos a través de los conciliadores inscritos en sus listas. Las notarías del lugar del domicilio del deudor, lo hará a través de sus conciliadores inscritos en las listas conformadas para el efecto de acuerdo con el reglamento.

La razón de ser de haberles otorgado competencia a los centros de conciliación del domicilio del deudor para que conozcan de los concursos preventivos establecidos para la persona natural no comerciante radica en el interés del legislador en que al deudor fallido se le facilite la recaudación de las pruebas que necesita para integrar la

-
- 22 PÁJARO, N., Algunas preguntas, cit., 395-396: “No pueden acceder a los procedimientos de insolvencia previstos en el Código General del Proceso las siguientes personas: Las personas naturales que tengan control sobre una sociedad o empresa que está en crisis. Ello ocurre cuando se tiene un alto porcentaje de participación en su capital (mayoría de acciones, cuotas o interés) o porque tiene poder de decisión sobre ella. En estos casos, se considera que la crisis del controlante está relacionada con la de la empresa controlada y debe resolverse en el mismo escenario en el que se ventila la insolvencia de la persona jurídica”.
- 23 *Ibid.*, 393. Sobre las diferencias entre el procedimiento de negociación de deudas y la convalidación de acuerdos privados, enseña el autor en cita: “Quien solicita una convalidación, no debe estar en una situación de cesación de pagos. Basta con que el deudor se encuentre en circunstancias que puedan llevarlo a una situación inminente de cesación de pagos, que posiblemente ocurriría en un término aproximado de 120 días siguientes. Con la solicitud de inicio del procedimiento no se debe acompañar una propuesta de acuerdo, sino el acuerdo privado que se busca convalidar. Dicho acuerdo debe ser universal; no importa que inicialmente haya surgido de la iniciativa del deudor con algunos de los acreedores, pues debe involucrar a todos los demás, como si se tratase del resultado de una negociación de deudas. Algunos efectos que en la negociación de deudas se derivaban de la aceptación de la solicitud, aquí sólo ocurren después de la convalidación. Así ocurre, por ejemplo, con la suspensión de los procesos ejecutivos, el restablecimiento de los servicios públicos, la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad. Las partes del acuerdo privado no pueden proponer objeciones o impugnaciones, frente al acuerdo que se presenta para convalidación, ni frente a la relación de créditos o bienes que lo soporta. La falta de convalidación no representará fracaso de la negociación, ni llevará a la apertura de una liquidación patrimonial”. *Ibid.*, 411.

solicitud de trámite de negociación de deudas o el acuerdo de pago, y pueda ejercer su derecho de defensa²⁴.

En lo que tiene que ver con los requisitos del trámite de negociación de deudas, de los que da cuenta el artículo 539 del Código General del Proceso, se hace necesario poner de presente que “cada uno de ellos tiene una razón de ser frente a la regulación de la insolvencia de la persona natural no comerciante, la naturaleza del mecanismo y el acuerdo de pagos que pueda celebrarse”²⁵.

Por otra parte, el concurso liquidatorio regulado por el Código General del Proceso para las personas físicas que no ejercen el comercio profesionalmente es la liquidación patrimonial, la cual “dispone la adjudicación de los bienes del deudor a sus acreedores, hasta donde lo permita su patrimonio. Esta salida corresponde a un verdadero ‘borrón y cuenta nueva’, que permitirá que el deudor pueda dejar la crisis en el pasado y tener un nuevo inicio para reincorporarse al mercado”²⁶.

Ahora, se hace necesario poner de presente que el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, al igual que cualquier otro procedimiento concursal, también se encuentra regido por el principio de universalidad, de conformidad con el cual, “la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación”²⁷.

Pues bien, como ya se advirtió, la misma buena fe que informó el trámite de solicitud y otorgamiento del crédito es la que debe prevalecer en las actuaciones del deudor y sus acreedores dentro del proceso de negociación de deudas, de manera que si el deudor concursado y los otros sujetos que intervienen en el procedimiento concursal no obran de conforme al postulado de la buena fe, la ley prevé las siguientes sanciones:

El artículo 571 numeral 1 del Código General del Proceso sanciona a los deudores que hayan omitido relacionar bienes, hayan ocultado o simulado créditos, o frente a los cuales hayan prosperado las acciones revocatorias o de simulación. Dicha norma dispone que, frente a dichos deudores, la adjudicación no producirá como efecto la descarga de los saldos que no se hayan alcanzado a pagar en la adjudicación de los

24 RODRÍGUEZ, J., *Régimen*, cit., 158.

25 *Ibid.*, 198.

26 PÁJARO, N., *Algunas preguntas*, cit., 393.

27 Número 1 del artículo 4º de la Ley 1116 de 2006. Sobre el impacto de la norma de universalidad en el régimen de insolvencia para persona natural no comerciante, enseña PÁJARO, N., *Algunas preguntas*, cit., 394: “Desde la aceptación de la solicitud de negociación de deudas, o de la convalidación del acuerdo privado, según sea el caso, todos los procesos ejecutivos contra el deudor concursado deben suspenderse, y lo que se actúe después de ocurrida la causal de suspensión será nulo. Tan sólo es posible continuar con ellos cuando se reclamen obligaciones por concepto de alimentos, o cuando el proceso también involucre a terceros, en su calidad de garantes o codeudores solidarios, caso en el cual se puede seguir el proceso con éstos. Algo similar ocurre con la apertura de la liquidación patrimonial, en la que se dispone la remisión de todos los procesos ejecutivos contra el deudor, inclusive aquellos en los que se reclamen obligaciones alimentarias”.

bienes del deudor. Frente a ellos, las obligaciones que queden pendientes subsistirán a pesar de haber concluido la liquidación, y los procesos ejecutivos que se hubieren iniciado para reclamarlas se reanudarán [...] El deudor que reporte una información falsa en su solicitud, puede estar incursa en diversas conductas sancionables por el derecho penal, entre otros, en los delitos de fraude procesal (art. 453 del Código Penal), falsedad en documento privado (art. 289 del Código Penal), obtención de documento público falso (art. 288 del Código Penal), alzamiento de bienes (art. 253 del Código Penal). Por su parte, el conciliador, notario o juez tiene también el deber de preservar la recta administración de justicia, así como la obligación de denunciar dichas situaciones cuando lleguen a su conocimiento, a riesgo de estar incurriendo en responsabilidad disciplinaria (art. 48 de la Ley 734 de 2002) o penal, de acuerdo con los tipos penales de prevaricato por omisión (art. 414 del Código Penal), omisión de denuncia de servidor público (art. 417 del Código Penal) y encubrimiento (arts. 446 y 447 del Código Penal), tanto en la modalidad de autoría como en la de determinación (que responde como el autor, según dispone el art. 30 del Código Penal)²⁸.

Ahora, en lo que tiene que ver con la liquidación patrimonial, sea lo primero decir que para conocer de este concurso liquidatorio regulado para la persona natural no comerciante es competente, en única instancia y de conformidad con el artículo 534 del Código General del Proceso, el juez civil municipal del domicilio del deudor o del domicilio en donde se adelante el procedimiento de negociación de deudas o validación del acuerdo, y a esta liquidación se llega, en términos generales, como consecuencia del fracaso ya sea de la negociación de deudas o de la convalidación del acuerdo privado, por disponerlo así los artículos 561 y 563 del Código General del Proceso.

Por lo demás, y en punto de la figura del “descargue” de las obligaciones del deudor, bien se puede afirmar, siguiendo a PÁJARO, que con su inclusión en los artículos 570 y 571 del Código General del Proceso, “Colombia se convierte en uno de los países que incorporan este mecanismo de rehabilitación del deudor y se coloca a la vanguardia dentro del plano internacional”²⁹, porque la circunstancia de que el patrimonio del deudor concursado no alcance para cubrir las obligaciones a su cargo no pone fin al procedimiento liquidatorio, sino que este se prolonga indefinidamente hasta que ingresen nuevos activos al patrimonio del deudor con los cuales se pueda

28 PÁJARO, N., *Algunas preguntas*, cit., 405-406.

29 Ibíd., 415-416. Sobre el particular, enseña Rodríguez: “está el esquema anglosajón denominado ‘volver a empezar’, *fresh start o discharge*, el cual ha sido adoptado por países como Francia, y se caracteriza por una ‘liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación de las deudas no pagadas’... el *fresh start* se fundamenta en la idea de un riesgo compartido con los acreedores y en la primacía que ostenta la recuperación del deudor para la actividad económica. Este es el modelo dentro del cual se ubica el ordenamiento jurídico colombiano, donde las deudas insolubles son exoneradas por decisión judicial y sin que medie consentimiento alguno de los acreedores”. RODRÍGUEZ, J., *Régimen*, cit., 323.

pagar el saldo insoluto. Así las cosas, la legislación colombiana le ofrece tanto al deudor persona natural no comerciante como a sus acreedores “un mecanismo de pago en especie que no requiere de remate, ni implica una desvalorización del patrimonio del deudor”, y a través del cual se pueda poner fin al concurso, y deudor y acreedores puedan iniciar una nueva vida socioeconómica³⁰.

III. Abuso del derecho y procesos concursales

A. Algunas consideraciones para el caso colombiano

La doctrina contemporánea del concepto del abuso del derecho se basa en las enseñanzas de Josserand, y corresponde a la noción de que se abusa de un derecho cuando se ejerce una atribución legal “desviándola del fin para el cual ha sido reconocida”³¹, lo cual implica que serían abusivas aquellas acciones u omisiones que “aunque no prohibidas, la ley no ampara”, lo que apareja como consecuencia que “el abutente no pierde el derecho sino que simplemente está desprotegido del amparo legal en el acto concreto”³². En efecto, Josserand definía el abuso del derecho como “una desviación del derecho de su destino social y función extrínseca”³³, porque

Cuando el legislador confiere una prerrogativa a alguno de los sujetos amparados por la ley no lo hace para que dicho sujeto haga de ella cualquier uso, sino que, al consagrarse el instituto, aquel ha tenido en vista un objetivo determinado. Toda institución tiene un destino que constituyó su razón de ser y contra el cual no es lícito levantarse; cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente³⁴.

Ahora bien, el numeral 1 del inciso 3.^º del artículo 95 de la Constitución Nacional de Colombia establece que “Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Así las cosas, al ser la Carta Política “norma de normas” (artículo 4.^º, *ibid.*), es claro que la disposición constitucional que prohíbe el abuso de los derechos se extiende a todo el ordenamiento jurídico,

30 *Ibid.*, 415.

31 Álvaro Ortúzar Santa María se pregunta: “y ¿qué es el abuso del derecho sino establecer la manera cómo éste puede ejercerse y los límites de ese ejercicio? Entonces, planteemos la afirmación de fondo que inspira todo este trabajo: el ordenamiento jurídico reprime o sanciona a quien de manera arbitraria, caprichosa o injusta ejercita su derecho, causando con ello amenaza, perturbación o privación en el derecho de otro”. Cfr. BAEZA, J., *Petición de quiebra*, cit., 245.

32 GABARI, V., *Abuso del derecho en los pedidos de proceso concursal*, Trabajo para optar al título de abogada, Mar del Plata, Universidad Fasta, 2011, 11 y 15.

33 *Ibid.*, 10.

34 ROQUE, V., citado por GABARI, V., *Abuso del derecho*, cit., 10.

y se erige como un llamado a todos los habitantes del territorio nacional a cumplirla, y una exhortación a los jueces de la República a hacerla cumplir.

En torno a la disposición contenida en el artículo 95 de nuestra Ley Fundamental se ha pronunciado el máximo órgano de la jurisdicción constitucional sosteniendo que incurre en un ejercicio abusivo de sus derechos:

(i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue³⁵.

Así las cosas, “con toda razón sostiene Acosta (2012) que el principio del abuso del derecho representa una ‘tensión dialéctica entre individualismo y sociedad, entre absolutismo y relativismo de los derechos’”³⁶.

Por lo demás, no se puede negar la simbiótica relación que existe entre los postulados de abuso del derecho y buena fe, ya que como lo sostiene Neme, “la buena fe exige el respeto de los derechos ajenos y la prohibición del abuso de los propios”³⁷.

Pues bien, ya se puso de presente que el artículo 531 del Código General del Proceso establece que

[...] la persona natural no comerciante podrá: 1. Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias. 2. Convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores. 3. Liquidar su patrimonio[.]

porque sin lugar a dudas existen personas físicas no comerciantes que necesitan una segunda oportunidad para reconstruir su vida crediticia, inicialmente a través de un proceso de negociación de deudas o, si es del caso, descargando todos sus pasivos a través de la liquidación de su patrimonio económico, “sin que ello implique necesariamente la adopción de una conducta desleal para con sus acreedores”³⁸, pero tampoco se puede desconocer que existen solicitudes de admisión al régimen de

35 Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

36 MORGESTEIN, W., “El principio de la prohibición del abuso del derecho. Una referencia especial al abuso del derecho de voto de los asociados minoritarios en las compañías mercantiles colombianas”, *Revista Jurídicas*, 16 (1), 2019, 108.

37 NEME, M., “El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, 95.

38 GABARI, V., *Abuso del derecho*, cit., 5.

insolvencia de persona natural no comerciante que están claramente inspiradas en el propósito exclusivo, para el caso de la negociación de deudas, de que se surtan los efectos previstos en el artículo 545 del Código General del Proceso, especialmente en lo que tiene que ver con la imposibilidad de iniciar nuevos procesos ejecutivos en contra del deudor concursado, y la suspensión de los que se encuentren en curso, o en el de obtener el “descargue” de los saldos insoluto de las obligaciones comprendidas en la liquidación (artículo 571 ibíd., en concordancia con el artículo 1527 del Código Civil), sin haber cumplido con el deber que tiene de ofrecer el pago de las mismas, en condiciones distintas (ajustadas a su nueva –deteriorada– situación), es cierto, pero esforzándose (sacrificándose) hasta donde le sea posible, para satisfacer a sus acreedores, lo que sin dudación alguna contraría los fines del régimen concursal para la persona natural no comerciante, el cual no solamente busca la reinserción económica del deudor al sistema productivo, sino, también, proteger el crédito y la confianza en el sistema financiero, y, en todo caso, sin patrocinar la “cultura del no pago”, en manera alguna.

Por lo demás, debe advertirse que el supuesto de cesación de pagos, consagrado en el artículo 538 del Código General del Proceso como requisito para que una persona natural no comerciante pueda acogerse a los procedimientos de insolvencia, intenta evitar que una persona física abuse de los derechos a normalizar sus obligaciones y a liquidar su patrimonio, utilizando, para el efecto, cualquier clase de mora en la que haya podido incurrir en el pago de sus obligaciones pecuniarias³⁹.

B. Una sentencia de tutela de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, y de cómo en ella se desconoció el legítimo derecho y el correcto ejercicio del mismo de una ciudadana a acogerse al régimen de insolvencia de persona natural no comerciante

1. Premisa

Ya se ha dicho que la doctrina contemporánea del abuso del derecho está inspirada en las enseñanzas de Josserand, según las cuales se abusa de un derecho cuando el ejercicio del mismo se aparta de los fines sociales y económicos para los cuales fue consagrado, lo cual apareja como consecuencia no la pérdida del derecho, sino más bien el amparo legal con el cual fue provisto.

En ese sentido, se puso de presente que el régimen colombiano de insolvencia de la persona física no comerciante tiene como propósito brindarles a los deudores

39 MARÍN, O., *Nuevas tendencias*, cit., 155, va más allá, y sostiene: “Se establecieron algunos supuestos como requisitos para acceder al procedimiento de procedimiento de negociación de pasivos y, en consecuencia, tienen el propósito de exigir al deudor el intento, antes de acudir a este sistema de negociación de deudas, un arreglo directo con sus acreedores, no obstante, aunque no se entiende como requisito de procedibilidad, si se constituye en un filtro, de tal forma que la figura no sufra un desbarate y, realmente, sea utilizada por quienes la necesitan”.

personas naturales que no ejercen profesionalmente el comercio una segunda oportunidad para recomponer su vida financiera, inicialmente a través de un proceso de negociación de deudas o, si es del caso, descargando todos sus pasivos a través de la liquidación de su patrimonio económico, porque lo que se pretende es que la persona física no comerciante recupere el acceso al crédito y, de esta forma, supere las consecuencias negativas que su crítica situación económica ha dejado en su vida personal, familiar, profesional, laboral y hasta social.

Así las cosas, la providencia escogida presenta una situación fáctica de la práctica judicial cotidiana que da lugar a un problema jurídico cuya estudio implica un detenido análisis de una serie de normas que permitirán ver cómo un deudor persona natural no comerciante que, evidentemente, hace su máximo esfuerzo para conseguir un acuerdo con sus acreedores (ofrecer a sus acreedores, en la negociación de deudas, el 80% de su no despreciable monto de ingresos) para pagar deudas que contrajo –no para su propio gasto, sino como codeudor de una empresa que fracasó– no incurre en abuso del derecho al buscar el descargue de sus obligaciones –a todas luces desproporcionadas, frente a sus activos personales– por el hecho de que sus acreedores financieros hayan exigido su firma de codeudor como requisito para desembolsar continuos créditos a la empresa de la que era representante legal, asumiendo un riesgo de no recuperación de tal cartera que no podía ser conjurado (ni siquiera aminorado) mediante tal mecanismo, no por común en nuestro medio, menos ineficaz, como la práctica cotidiana lo demuestra.

Lo anterior, porque la liquidación patrimonial no puede lograrse sin la negociación de deudas⁴⁰, y el buscar el principal efecto de la primera (el descargue) es legítimo, ya que ese es el objeto de la figura: un borrón y cuenta nueva, a través del pago de todas las obligaciones mediante la adjudicación de bienes, hasta el monto de los activos de que sea titular el deudor a la fecha de apertura de la liquidación patrimonial, y el descargue del saldo insoluto de las mismas, en lo que no haya podido solucionarse con ellos.

En cambio, el deudor que está en condiciones objetivas de hacer una oferta que pudiera resultar aceptable, o, al menos, digna de consideración, por parte de sus acreedores, y que, a través de engaños, o, inclusive, descaradamente, hace una oferta de pago francamente despreciable, con el propósito de verse abocado (por la disposición legal imperativa que así lo ordena) a una liquidación patrimonial estará abusando de su derecho de acudir a los remedios concursales consagrados a su favor, independientemente del monto de los activos con los que pueda responder por obligaciones cuya solución de pactó en términos muy distintos a los finalmente logrados, o, peor aún, buscando un descargue defraudatorio, por carencia de bienes o irrelevancia de su valor.

40 En la legislación colombiana no existe la posibilidad de que el deudor acuda a una liquidación patrimonial sin que haya fracasado en el intento de lograr un acuerdo de pago ante un centro de conciliación o un notario, o sin que haya fracasado en ese intento.

2. Hechos

Se procede a hacer un resumen de la situación fáctica que dio origen al fallo, como quiera que esto permitirá precisar las normas que estaban llamadas a resolver el caso, así como la interpretación de ellas ajustada a sus fines socioeconómicos.

Una ciudadana adelantó, infructuosamente, ante un centro de conciliación de la ciudad de Cali el trámite de negociación de deudas con sus acreedores, fracaso que dio lugar al envío de la actuación al Juez Quinto Civil municipal de la misma ciudad, para que este procediera a decretar la apertura de la liquidación patrimonial, conforme lo regulado en los artículos 561 y 563 del Código General del Proceso. Según obra en la sentencia que decidió la impugnación de la tutela, el pasivo total de la deudora, reconocido en la negociación, de deudas fue poco más de \$1.862.000.000, en tanto que sus bienes consistían en \$3.000.000.oo que poseía en una cuenta de ahorros, y una motocicleta avaluada en \$2.500.000.oo; y la propuesta de pago de la deudora ascendió a \$12.000.000, equivalente al 80% de sus ingresos mensuales.

En su acción de tutela, la deudora insolvente alegó que

El Juez accionado se equivocó en negar la apertura de la liquidación obligatoria al considerar que no existía cuantía considerable para solventar las acreencias, ya que la ley no exige un monto o porcentaje mínimo en los bienes del deudor para la apertura del trámite de liquidación patrimonial, que tampoco es bien recibido el argumento del señor Juez al manifestar en la providencia censurada que aperturar el trámite liquidatorio sería un desgaste al aparato judicial “*porque los bienes aportados no alcanzan a pagar ni siquiera en menor porción la totalidad de las obligaciones*”.

3. El fallo de primera instancia

Habiendo correspondido en reparto al Juez Séptimo Civil del Circuito de Cali, este profirió sentencia:

Tutelando el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y debido proceso de la accionante, al considerar que no le era dable al Juez accionado supeditar el derecho de la apertura de la liquidación patrimonial a la existencia de bienes que puedan sufragar la totalidad de las acreencias adeudadas por la deudora, al considerar que la norma no exige que el deudor concursado deba tener bienes y que tampoco el valor de los mismos se equipare con las acreencias adeudadas, y que solamente se exige que la persona se encuentre dentro de los presupuestos de insolvenza y los requisitos de admisión de que tratan los artículos 538 y 539 del C.G.P., aduce ser desproporcionada la exigencia de bienes materiales apreciables en dinero, lo cual no exige la ley, y que tampoco se debe pasar por alto la disposición de la accionante de pagar sus obligaciones periódicamente destinando una suma equivalente al 80% de sus ingresos mensuales.

4. Argumentos del impugnante

Inconforme con la decisión, el mandatario judicial del acreedor vinculado impugnó la decisión argumentando, básicamente, que el fracaso de la negociación de deudas se debió a cuestiones ajenaas a las entidades acreedoras que hicieron parte dentro del proceso de insolvencia por vencimiento de términos, bien por ausencia de la deudora a las audiencias o a los largos intervalos de fechas de fijación de las mismas, viéndose el poco interés que la deudora mostró en conseguir un verdadero acuerdo de pago.

Adujo igualmente que el señor Juez constitucional no tuvo en cuenta que la liquidación patrimonial conlleva la extinción del patrimonio de una persona natural a través de los activos que este posea al momento de la apertura del procedimiento liquidatorio, citando y transcribiendo partes jurisprudenciales de esta Sala.

5. El problema jurídico planteado, las consideraciones del ad quem y decisión (Sala Civil del Tribunal Superior de Cali)

Con buen criterio se puede afirmar que el problema jurídico que debía resolver el Tribunal era determinar si, efectivamente, al negar la apertura de la liquidación patrimonial el Juez Quinto Civil Municipal de Cali le había vulnerado a la accionante los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso, como había decidido el juez constitucional de primera instancia, al estimar que no le era dable al juez accionado supeditar el derecho de la apertura de la liquidación patrimonial a la existencia de bienes que puedan sufragar la totalidad de las acreencias adeudadas por la deudora

al considerar que la norma no exige que el deudor concursado deba tener bienes y que tampoco el valor de los mismos se equipare con las acreencias adeudadas, y que solamente se exige que la persona se encuentre dentro de los presupuestos de insolvencia y los requisitos de admisión de que tratan los artículos 538 y 539 del C. G. P., aduce ser desproporcionada la exigencia de bienes materiales apreciables en dinero, lo cual no exige la ley, y que tampoco se debe pasar por alto la disposición de la accionante de pagar sus obligaciones periódicamente destinando una suma equivalente al 80% de sus ingresos mensuales (sic).

En lugar de ello, el Tribunal hizo consistir el problema jurídico en

Determinar si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la accionante por el rechazo al trámite liquidatorio, o en contrario, si se le vulnera a los acreedores al hacerles imposible el recaudo de las obligaciones por aquella contraídas al tener el efecto de convertirse en puramente naturales.

Es decir, que, en concepto del Tribunal, lo que él tenía que hacer era decidir entre dos alternativas: (1) si, efectivamente, le habían sido vulnerados tales derechos a la accionante por el juez de la liquidación patrimonial, o (2) si, al ampararlos, el juez constitucional de primera instancia le estaba vulnerando a unos terceros no accionantes, pero impugnantes de la decisión que los tuteló (los acreedores), un supuesto derecho fundamental a hacer posible el recaudo de las obligaciones contraídas por la accionante, derecho que se negaría “al tener [el amparo a la accionante] el efecto de convertirse [las obligaciones por ella contraídas] en puramente naturales”.

En otras palabras, lo que el Tribunal hizo, al plantear el problema jurídico en los términos señalados, fue decidir entre: (1) darle la razón al juez constitucional de primera instancia, o (2) ampararles a unos terceros que no eran accionantes (los acreedores) el derecho fundamental a poder recaudar sus créditos, derecho que le estaría violando una autoridad que no era la accionada (el juez constitucional de primera instancia), al permitir con su decisión de tutelar a la accionante los derechos que ella deprecó, teniendo como motivo de ello, que dicho amparo conllevaría la consecuencia legal (artículo 571 del Código General del Proceso) de convertir en naturales unas obligaciones que nacieron civiles.

Añade el Tribunal que

Para dilucidar tal contradicción habrán de resolverse los siguientes cuestionamientos: ¿Puede y debe el conciliador estudiar la propuesta de la persona natural que pretende su insolvencia⁴¹ para proceder a su adelantamiento? y de no ocurrir ello, bien porque le esté vedado o porque no la analice, ¿pueda [sic] el juez de conocimiento estudiar de fondo ese supuesto [sic]⁴²? De otra parte, ¿la actuación en su integridad tiene solo un aspecto formal?, en nada sustancial, en cuanto basta reconocer acreencias y un ofrecimiento simbólico de bienes para cumplir con el pago, o ¿debe corresponder, la propuesta a un ofrecimiento serio y equilibrado entre bienes y deudas?.

Se realizaron las anteriores consideraciones en torno al problema jurídico del que da cuenta la providencia que se analiza, para que el estudioso del derecho concursal pueda advertir que tales cuestiones no podían haber sido objeto de la sentencia del Tribunal, ya que el juez de la liquidación patrimonial no es juez de las actuaciones del conciliador, ni del procedimiento de negociación de deudas. Es claro que el con-

41 La persona natural que presenta una solicitud no pretende su insolvencia. La insolvencia no es algo que se le otorgue a la persona natural que presenta una solicitud. La insolvencia es un estado, una situación. El supuesto que indica jurídicamente la situación de insolvencia se denomina “cesación de pagos”, y consiste en que la persona natural, “como deudor o garante incumpla el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de noventa días, o contra el cual cursen dos o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del 50% del pasivo total a su cargo”. Artículo 538 del Código General del Proceso.

42 La propuesta de negociación de deudas no es un supuesto de insolvencia, sino uno de los requisitos que debe incluir la solicitud. Crf. artículo 538-2 del Código General del Proceso.

ciliador puede y debe estudiar la solicitud de negociación de deudas, pues así se lo manda el artículo 542 del Código General del Proceso como requisito sin el cual no puede pronunciarse sobre su aceptación, corrección o rechazo⁴³. Como parte de dicho ejercicio, debe estudiar la propuesta de negociación de deudas, a efectos de verificar que cumpla con el requisito de ser clara, expresa y objetiva, es decir, que esté efectivamente plasmada (expresa), sin que su redacción se preste a confusiones (clara), y que no responda a los deseos de los acreedores (posiblemente de ser pagados como se pactó originalmente en los créditos) ni a los del deudor (de obtener plazos eternos o quitas de capital significativas), sino a las posibilidades reales de pago de este último (objetiva). Pero de ninguna manera, ni bajo ningún pretexto, puede el juez de la liquidación convertirse en el juzgador de dichas tareas, ni siquiera si han sido muy mal llevadas a cabo por el conciliador o notario, que para eso tiene previsto el ordenamiento jurídico otras instancias y acciones, como la tutela, ya que los artículos 533 y 534 del Código General del Proceso deslindan de manera muy clara la función del conciliador, como autoridad competente para adelantar la negociación de deudas, y resolver casi todas las vicisitudes que se puedan presentar en su desarrollo, y la intervención excepcional de la jurisdicción ordinaria civil en este, y exclusiva en la liquidación patrimonial.

Finalmente, valga reiterar que la propuesta no debe ser “sustancial”, ni “seria”, ni puede ser “simbólica”, pero mucho menos debe ser un “ofrecimiento serio y equilibrado entre bienes y deudas”, lo que le podría quitar “objetividad”; la propuesta solamente debe ser clara, expresa y objetiva. El “equilibrio” entre bienes y deudas nada tiene que ver con la insolvencia de la persona natural no comerciante.

Para resolver su problema jurídico, el Tribunal, tuvo, entre otras, las siguientes consideraciones, las cuales se procede a analizar con el propósito de determinar – como ya se dijo – las normas que estaban llamadas a resolver el caso, así como la interpretación ajustada a sus fines socio-económicos.

A. El Tribunal considera que “la solución a los problemas jurídicos se resuelve definiendo que a los acreedores pueden estarles vulnerando derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa, no así a la accionante y deudora”, y sustenta su argumento en que el conciliador “debe tener un mínimo de ponderación para establecer si la oferta es seria, equilibrada, que pueda satisfacer intereses de las dos partes o es irrisoria, simbólica e insatisfactoria para cualquier acreedor”.

Como antes se dijo, el numeral 2 del artículo 539 del Código General del Proceso no exige que la propuesta sea “equilibrada”, ni que deba satisfacer los intereses de las dos partes. Lo que exige la norma es que la propuesta sea objetiva (además de expresa y clara), y nada es más subjetivo que los deseos; y buscar la satisfacción de los intereses del acreedor, es, sin duda, el deseo máspreciado de este, y, en muchos casos, el del deudor. Pero lo que causa la imposibilidad de satisfacer esos deseos es, precisamente, la objetiva realidad de que el deudor se encuentra en estado de

43 Artículo 542 del Código General del Proceso.

insolvencia. La exigencia de objetividad consiste en que el deudor no ofrezca lo que quiera (mucho o poco) sino lo que está en capacidad de pagar; si mucho, porque incumplirá, y, si poco, porque el acreedor tiene derecho a que se le pague lo más ajustado que sea posible (nuevamente la objetividad fija el límite) a lo originalmente pactado, dadas las circunstancias.

La objetividad de la propuesta no tiene que ver con la satisfacción de “cualquier acreedor”, sino con las posibilidades reales de un deudor en particular (según sus circunstancias), para satisfacer (o no) a sus acreedores.

B. Agrega el Tribunal que “se le vulneran los derechos fundamentales enunciados al acreedor cuando un ofrecimiento de pago se hace solo para ‘normalizar la situación jurídica del insolvente’”.

Esta es, tal vez, una de las afirmaciones contenidas en la sentencia que más se apartan de la esencia misma de la negociación de deudas, plasmada con claridad meridiana en el primero de los artículos del Código General del Proceso que regulan el tema, el 531: “A través de los procedimientos previstos en el presente título, la persona natural no comerciante podrá: 1. Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias. 2. [...].” No hay lugar a duda alguna: el objeto de la negociación de deudas no es satisfacer los intereses de las dos partes; el único objeto de la negociación de deudas es obtener la normalización de las relaciones crediticias existentes entre el deudor insolvente y sus acreedores.

C. Y añade el Tribunal que “el art. 534 expresamente y para despejar cualquier duda al respecto, señala que el juez civil municipal conoce de todas las controversias que se susciten en esta clase asuntos, sin que este le esté vedado”.

El artículo 534 no dice que el juez civil municipal “conoce de todas las controversias que se susciten en esta clase de asuntos”. Por el contrario, este artículo dice que el juez civil municipal solamente conocerá “de las controversias previstas en este título”. Se refiere al título IV de la sección tercera del libro tercero del Código General del Proceso, que comprende los artículos 531 a 576. De todos ellos, los únicos asuntos en los que se prevé un trámite ante el juez civil municipal son el mismo 534, que le confiere la competencia sobre todo el procedimiento de liquidación patrimonial; el 552, sobre objeciones a créditos; el 557, sobre la impugnación del acuerdo o su reforma; el 560, sobre el incumplimiento del acuerdo, y el 572, sobre las acciones revocatorias y de simulación. Y ninguno de ellos le confiere competencia al juez civil municipal al que corresponda conocer de la liquidación patrimonial para que “prevaleido de su poder, de jurisdicción y competencia, se convierta en actor principal, no en mero espectador, para entrar a calificar la validez o legalidad del acto” del conciliador de aceptar la solicitud de negociación de deudas mal formulada por el deudor. Es decir, ninguna norma faculta al juez de la liquidación patrimonial para convertirse en juez del procedimiento de negociación de deudas, cuya competencia, salvo los casos enunciados (“previstos en este título”), corresponde al conciliador (o al notario), y solo a él.

D. Luego insiste el Tribunal en que si la propuesta es “irrisoria y simbólica”, se convierte en “burla a los acreedores; que en afán de satisfacer su necesidad de legalizar su insolvencia, se descarguen sus deudas y pueda ser nuevamente feliz propietario, cual si nada hubiese debido [sic]”.

Debe dejarse en claro que la finalidad de la liquidación patrimonial es, precisamente, esa, liquidar el patrimonio del deudor, según lo dispone el artículo 531 del Código General del Proceso. Tal liquidación consiste, en esencia, en la adjudicación, por parte del juez, a los acreedores, de los bienes y derechos embargables de los que era titular el deudor al momento de la apertura del proceso, hasta el monto de sus obligaciones, la entrega material de tales bienes a los adjudicatarios, y la mutación del saldo insoluto de los créditos (si lo hubiere) a obligaciones naturales (coloquialmente llamado descargue). Y que, por tanto, es perfectamente ajustado a derecho que una persona natural no comerciante busque el descargue de sus deudas, para que “pueda ser nuevamente feliz propietario, cual si nada hubiese debido”. De eso –y no de otra cosa– se trata la figura, y para eso –no para otra cosa– fue concebida: para que todo deudor que no puede pagar sus obligaciones por causas que inesperadamente deterioraron sus ingresos, y que no tiene bienes suficientes para responder por ellas, pueda ser nuevamente feliz propietario, feliz profesional o feliz trabajador, feliz contribuyente, feliz generador de empleo y riqueza, “como si nada hubiese debido”. Y es por ello –y no por otra razón– que los bienes que se adjudican a sus acreedores son los que posee el deudor al momento en que se decreta la apertura de la liquidación patrimonial, y no los que adquiera a partir de esa fecha, aunque estos superen el monto de lo adeudado, y los haya recibido (por poner un ejemplo) gratuitamente (como herencia, o al ganarse una lotería). Es un corte de cuentas con el pasado ruinoso, y un renacer económico. Y la figura existe, no solamente para el beneficio de este tipo de deudores, sino para beneficio de los acreedores que logran obtener el recaudo de sus derechos en tiempo inferior al que implica el desgaste del aparato judicial (cuando hay acuerdo y este se cumple), y para el país, que reinserta al sistema productivo nacional a un agente del mercado que, de otra manera, queda relegado para siempre al imposible pago de unos intereses que cada día agravarían más su miserable situación.

E. También dice el Tribunal que “[...] dados los montos de los créditos que facilitaron y permitieron los desembolsos, sí es de presumir que la deudora tenía bienes, que debieron ser relacionados para que se evidenciara la seriedad de la propuesta; luego la insolvencia debe ir aparejada con esa relación ya que a primera vista no es comprensible que simplemente éstos desaparecieron”.

¿Con base en qué facultad debe presumir el juez constitucional que la deudora tenía bienes y que estos desaparecieron? Desde luego, no es esta una presunción legal, y, menos aún, una presunción de derecho. En realidad, viene siendo una presunción del Tribunal, que no buscó certeza de ello, como tampoco la buscó acerca de si la afirmación del juez constitucional de primera instancia en el sentido de que, en su propuesta de negociación, la deudora ofreció a sus acreedores más del 80%

de sus ingresos⁴⁴, circunstancia que algo tenía que pesar en el análisis de la buena o mala fe de la deudora, pero que la Sala despreció por completo, quizá por esa misma razón. En ambos casos, no encontrando el Tribunal prueba alguna contra la deudora ni contra el conciliador, debió aplicar el principio constitucional de buena fe, y decidir como si tuviera por probado a favor de ellos aquello de lo que dudaba sin más prueba que su propia “presunción”.

F. Dice la sentencia que “Es por tanto acertada la conclusión del juzgado accionado sobre el desgaste innecesario de la administración de justicia, ya que al no haber acuerdo y presentarse la inútil liquidación, nada ha de adjudicar [...] lo que pone en evidencia la necesidad que [sic] existan suficientes bienes o activos en el patrimonio del deudor, que alcance a cubrir si no el total, al menos parte de las acreencias, pues de no existir bienes suficientes a liquidar conllevaría a [sic] la mutación de las obligaciones a cargo del deudor a naturales sin retribución alguna a sus acreedores... sin que sea admisible interpretar que el espíritu de la norma sea sanear las obligaciones del deudor sin una retribución mínima a los acreedores [...]. Pero, para ello (para proceder a la liquidación patrimonial) deben existir bienes a liquidar, sin ellos no podríamos hablar de una liquidación [...]”.

En Colombia, los procesos liquidatorios son regulados por los siguientes estatutos (presentados en orden cronológico):

– El Decreto-Ley 663 de 1993, que regula la liquidación forzosa administrativa de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y por la Superintendencia de la Economía Solidaria⁴⁵.

– La Ley 1116 de 2006, que regula la liquidación judicial de las personas naturales comerciantes, las jurídicas no excluidas por el artículo tercero, las sucursales de sociedades extranjeras y patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, cuando la liquidación proceda por las causales previstas en los artículos 47 y 49.

– El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que, en su libro tercero, sección tercera, regula la sucesión; la liquidación de sociedades conyugales o patri-moniales por causa distinta de muerte de los cónyuges o compañeros permanentes; la de sociedades que deban liquidarse por decisión del juez civil del circuito, en primera instancia⁴⁶, y el de la persona natural no comerciante.

En ninguno de estos estatutos y en ninguno de los procesos que ellos contem-plan se exige que el sujeto del proceso liquidatorio tenga bienes suficientes para pagar los pasivos que sobre él pesen, y, ni siquiera que tenga bienes (o activos). Ni, aún, en el de liquidación judicial (insolvencia empresarial), en cuyo artículo 1.^º se afirma que dicho proceso “persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el

44 En el primer párrafo del capítulo “II. Antecedentes”, la Sala afirma que “de ello no ha (sic) prueba en esta actuación”.

45 Por expresa disposición del artículo 2^º, numeral 1 del decreto 455 de 2004.

46 Código General del Proceso, artículo 20.

aprovechamiento del patrimonio del deudor". Muchos de ellos parten de la base de que los sujetos tienen activos (no se puede pensar en una entidad financiera que no los tenga), pero otros suelen no tenerlos, como es el caso de las liquidaciones de sociedades conyugales o las sociedades patrimoniales de hecho. Incluso la Ley 1116 de 2006 no solamente prevé que no haya bienes para adjudicar a los acreedores, sino que ni siquiera los haya para cubrir los gastos del proceso, y contempla la conformación de un fondo administrado por la Superintendencia de Sociedades, del que se pagarán tales gastos, cuando la sociedad en liquidación no tenga bienes suficientes para tan elemental finalidad⁴⁷.

G. En mérito de lo expuesto, el *ad quem* decidió “revocar la sentencia impugnada [...] [y] oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que adelante la investigación pertinente sobre si existió o no alguna actuación fraudulenta en el trámite de insolvencia”.

Conclusiones

No se puede desconocer que existen personas físicas que no ejercen profesionalmente la actividad mercantil que requieren de una segunda oportunidad para, a través del crédito, incorporarse a la vida productiva del país, inicialmente a través de un concurso preventivo (negociación de deudas) o, si es del caso, descargando todos sus pasivos a través de la liquidación patrimonial, pero tampoco se puede desconocer que existen solicitudes de admisión al régimen de insolvencia de persona natural no comerciante que están inspiradas en el anhelo, para el caso de la negociación de deudas, de que se surtan los efectos previstos en el artículo 545 del Código General del Proceso, especialmente en lo que tiene que ver con la imposibilidad de iniciar nuevos procesos de ejecución en contra del deudor fallido, y la suspensión de los que se encuentren en curso, y en el caso del “descargue”, que los saldos insoluto de las obligaciones comprendidas por la liquidación muten a obligaciones naturales (artículo 571 ibíd.), y, en consecuencia, produzcan los efectos previstos por el artículo 1527 del Código Civil, lo que sin lugar a dudas se opone a los propósitos del régimen concursal para la persona natural no comerciante, el cual de ninguna manera busca patrocinar el incumplimiento de las obligaciones, pero que, sin duda, no tiene por finalidad única proteger el crédito y la confianza en el sistema financiero, sino, también, reincorporar al deudor fallido al sistema productivo nacional.

En verdad, la figura de la insolvencia no se debe usar para defraudar acreedores (lo mismo debe decirse de toda figura jurídica). Pero en el fallo que fue objeto de análisis no se imputa a la deudora ningún tipo de fraude. El tribunal infiere la posibilidad de fraude de la diferencia entre activos y pasivos, y eso le parece suficiente no solo para revocar el fallo que había concedido el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali en el fallo de tutela de primera instancia, sino para compulsar copias ante la

47 Ley 1116 de 2006, artículo 122.

fiscalía a la deudora y al conciliador. Cuando tal circunstancia se da en los casos que se llevan ante la Superintendencia de Sociedades, esa entidad no ve en ello asomo de delito alguno, sino la necesidad de aplicar el artículo 122 de la Ley 1116 de 2006, para solventar el pago de los gastos de la liquidación, y no abre investigaciones disciplinarios contra los Superintendentes Delegados que decretan la apertura de las correspondientes liquidaciones judiciales, sino que procede, como la ley se lo manda, a adelantar el trámite correspondiente.

Y es que una diferencia significativa entre activos y endeudamiento no es signo de defraudación alguna. Con frecuencia, las entidades financieras le exigen a los representantes legales y a los accionistas (aún a los minoritarios en los casos de sociedades familiares o de pocos asociados) que sirvan de codeudores, sin importar que no tengan activos, de manera que, al venirse abajo los negocios de la empresa destinataria de los créditos, los codeudores quedan con un endeudamiento extremadamente superior a sus activos. Si a eso se añadiera que los ingresos del deudor dependieran de la misma empresa (caso de administradores o empleados de la sociedad), resultaría que el deudor, además de que nunca tuvo activos relevantes, habría quedado sin ingresos y con deudas “gigantescas”, situación objetiva que le impediría hacer propuestas de pago con un contenido aceptable para las políticas de los acreedores, que es lo que varios de ellos llaman propuestas “objetivas”.

La objetividad de la propuesta de pago no está relacionada con la expectativa (deseo subjetivo) de los acreedores de ser pagados rápidamente, ni con el deseo (subjetivo) del deudor de pagar pronto, sino con sus posibilidades reales de pago, que en estos casos es prácticamente nula.

Ni la negociación de deudas ni la liquidación patrimonial tienen como supuesto o requisito que el deudor tenga activos. En ningún proceso liquidatorio se exige eso. En la actividad productiva de la persona natural no comerciante, como en el ámbito empresarial, la capacidad de generar ingresos no está relacionada con la propiedad sobre activos, y el acceso al crédito tampoco.

En la providencia que fue objeto de análisis, avala el tribunal que el juez de la liquidación se haya negado a la apertura del trámite, por ser un “desgaste innecesario para la administración de justicia”, al no haber bienes que liquidar. En otras palabras, “la liquidación supone activos que se puedan liquidar”, lo cual jurídicamente no solo no es cierto, sino que implica desconocimiento total de la expresión en su contexto (jurídico). Jurídicamente, “liquidar” no es “volver líquido (dinero) lo que no es líquido (especies)”, sino “finiquitar”⁴⁸. Se liquidan empresas que no tienen activos y se liquidan sociedades conyugales o patrimoniales de hecho que no tienen activos.

48 Afirma Rodríguez: “La liquidación patrimonial es aquel proceso, para el presente caso judicial, mediante el cual se reciben los créditos y deudas de una persona natural no comerciante con el fin de proceder a extinguir las obligaciones contraídas; es decir, busca poner fin a una serie de relaciones entabladas entre el deudor y sus acreedores. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que ‘el vocablo liquidación, derivado del latín *liquidare*, cuyo significado es poner a término una cosa o a las operaciones de un establecimiento o empresa’...”. RODRÍGUEZ, J., *Régimen*, cit., 280.

También se liquidan patrimonios de personas naturales comerciantes que no tienen activos.

La apertura del proceso de la liquidación se da por ministerio de la ley, no por solicitud de parte (demanda), por tanto, el juez de la liquidación no puede “rechazar la demanda”. Puesto que la ley manda que, recibida por el juez civil municipal el acta de fracaso proveniente del notario o del conciliador que haga parte de la lista de una notaría o de un de conciliación autorizado especialmente por el Ministerio de Justicia y del Derecho para adelantar la insolvencia de personas naturales no comerciantes, este decrete la apertura “de plano”, las únicas causas por las que el juez podría negar la apertura (no de “rechazar la demanda”) serían: (1) que no haya acta de fracaso; (2) que el conciliador que suscribe el acta de fracaso no es conciliador en insolvencia ni notario; (3) que el conciliador que suscribe el acta de fracaso no fue designado por un centro de conciliación o por una notaría, o (4) que el centro de conciliación que designó al conciliador no está autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho para conocer de procedimientos de negociación de deudas o convalidación de acuerdos privados. En caso de que el juzgado carezca de competencia por el factor territorial, deberá remitirlo, oficiosamente, al juez competente.

El juez de la liquidación patrimonial no es juez del procedimiento de negociación de deudas (ni del conciliador o notario), por tanto no puede ejercer control de legalidad (art 132 del Código General del Proceso) sobre la actuación que estos hayan adelantado (para eso hay otras instancias). Tampoco el juez constitucional en una tutela contra el juez de la liquidación puede enjuiciar el procedimiento del conciliador (que no es accionado en el procedimiento de amparo), ni (por la misma razón) ha tenido la oportunidad de defenderse en el trámite.

En la sentencia que fue objeto de crítica a través del presente escrito, el Tribunal aduce que el hecho de que el deudor no tenga bienes pone al acreedor en un estado de “desprotección” y de desigualdad, ya que el deudor está logrando el descargue “sin dar a los acreedores nada a cambio”. La liquidación patrimonial no es un negocio comutativo. Es el procedimiento que sigue al fracaso de la negociación de deudas (y a otras causales que no vienen al caso), por disponerlo así la ley.

El tribunal censura al juez del circuito que haya considerado que “normalizar la situación jurídica del insolvente” sea el objetivo de la propuesta que hizo en su solicitud, pero es que el artículo 531 del Código General del Proceso dice que en eso consiste la negociación de deudas: en “normalizar las relaciones crediticias” del deudor con sus acreedores.

Los procedimientos de insolvencia en general consisten, precisamente, en que, mediante un acuerdo, o mediante una liquidación, el deudor vuelva a ser propietario, y empleador, y pagador de impuestos, y contratante, y contratista: en una palabra, “jugador” en el aparato productivo del país.

Referencias

- BAEZA, J., “Petición de quiebra y abuso del derecho”, *Revista Jurídica*, Universidad Bernardo O’ Higgins, 8 (1), 2012, 235-264.
- Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2001, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2007, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia C-685 de 2011, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia C-527 de 2013, magistrado ponente Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- GABARI, V., *Abuso del derecho en los pedidos de proceso concursal*, Trabajo para optar al título de abogada, Mar del Plata, Universidad Fasta, 2011.
- GONZÁLEZ, G., Y LÓPEZ., F. “La insolvencia de las personas físicas. Aproximación jurídico-financiera”, *ICE: Tribuna de economía*, n.º 887, 2015, 171-187.
- GOYES, A., “Régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes. Caso alemán, argentino, español y colombiano”, *Cuadernos de la maestría en derecho*, Universidad Sergio Arboleda, n.º 4, 2015, 117-149.
- HARARI, Y., *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. JOANDOMENEC ROS (trad.), Bogotá, Debate, 2013.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones*, I, 3^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARÍN, O., *Nuevas tendencias del proceso de insolvencia económica de personas naturales no comerciantes*, Barranquilla, Fundación Liborio Mejía, 2018.
- MONROY, M., *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 2008, 119.

MONTIEL, C., *La debilidad manifiesta de algunas personas naturales no comerciantes en estado de insolvencia*, Revista e-mercatoria, 13 (1), 2014, 29-48.

MORENO, L., “El régimen de insolvencia de la persona física no comerciante: historia de un fracaso”, *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, Universidad Sergio Arboleda, n.º 28, 2011, 19-47.

MORGESTEIN, W., “El principio de la prohibición del abuso del derecho. Una referencia especial al abuso del derecho de voto de los asociados minoritarios en las compañías mercantiles colombianas”, *Revista Jurídicas*, 16 (1), 2019, 104-119.

NEME, M., “El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, 79-125.

PÁJARO, N., “Algunas preguntas sobre los procedimientos de insolvencia de la persona natural no comerciante”, *Memorias del xxxiv Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Medellín, ICDP – Universidad Libre, 2013, 391-420.

RAVASSA, G., *Títulos valores nacionales e internacionales*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006.

RODRÍGUEZ, J., “El derecho concursal colombiano a la luz de la Constitución”, *Revista e-mercatoria*, volumen 7, n.º 2, 2008, 1 - 53.

RODRÍGUEZ, J., *Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Tribunal Superior de Cali, Sala de Decisión Civil, sentencia de tutela del 15 de mayo de 2020, magistrado ponente José David Corredor Espitia.