

El rol del principio de solidaridad en el derecho concursal en Colombia. Reflexión teórica con ocasión de la pandemia/sindemia por la enfermedad de la covid-19*

The Role of the Principle of Solidarity in the Insolvency Law in Colombia. Theoretical Reflection on the Occasion of Covid-19 Pandemic/Syndemic

Rafael E. Wilches Durán^a
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia
rwilches@javeriana.edu.co

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.rpsd>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3435-5657>

Recibido: 16 noviembre 2021

Aceptado: 22 febrero 2022

Publicado: 25 abril 2022

Resumen:

El autor estudia, bajo una aproximación teórica, el rol del principio de solidaridad dentro del derecho concursal en Colombia, para plantear que es el derecho concursal un escenario propicio para el desarrollo de tal principio. Igualmente, plantea que, con ocasión de la pandemia/sindemia provocada por la enfermedad de la covid-19, el rol del principio de solidaridad cobra mayor importancia en los procesos concursales en Colombia, al mismo tiempo que llama la atención sobre la necesidad de que no sea el derecho concursal la principal herramienta utilizada por el Estado colombiano para hacer frente a las necesidades que trajo la “nueva realidad” surgida tras la aparición del virus SARS-CoV-2.

Palabras clave: solidaridad, insolvencia, derecho concursal, pandemia.

Abstract:

The author studies, through a theoretical perspective, the role of the principle of solidarity in Colombian Insolvency Law. He states that Insolvency Law is an adequate scenery for the development of that principle. Additionally, it is explained why the principle of solidarity should have a more important role because of the covid-19 pandemic/syndemic, and it is expressed the need of not having Insolvency Law as the main tool to be used by Colombian Government to face the new needs brought by the new reality after SARS-CoV-2.

Keywords: solidarity, insolvency, insolvency law, pandemic.

Introducción

Las familias pobres se encontraban, así, en una situación muy penosa, mientras que las familias ricas no carecían casi de nada. Aunque la peste, por la imparcialidad eficiente que usaba en su ministerio, hubiera debido afirmar el sentido de la igualdad en nuestros conciudadanos, el juego natural de los egoísmos hacía que, por el contrario, agravase más en el corazón de los hombres el sentimiento de la injusticia. Quedaba, claro está, la verdad irrefutable de la muerte, pero a ésa nadie la quería.

Albert Camus¹

Como lo expone la doctrina a partir de casos puntuales, es evidente que no existe una interpretación unívoca de los principios constitucionales en materia de derecho concursal en Colombia, aunque sí se puede plantear para el caso colombiano que

En suma, la función del juez concursal desde la perspectiva de un Estado constitucional que se rige por los principios encuentra su orientación y su limitación en la existencia de estos, por cuanto son vinculantes, dada su sujeción a la ley y el respeto por los derechos fundamentales necesarios en una sociedad armónica que vela por la justicia en parámetros de equidad.²

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: rwilches@javeriana.edu.co

Con base en lo anterior, queda la duda sobre lo que debería ocurrir en los procesos concursales en Colombia a la luz del principio de solidaridad, un postulado constitucional que claramente cobró relevancia en nuestro ordenamiento jurídico con la expedición de la Constitución Política de 1991. En efecto, los procesos concursales son un escenario donde se evidencia con claridad el encuentro, generalmente no en el mismo sentido, de intereses de diversos actores de la sociedad, todo con ocasión de una situación de crisis de un deudor, es decir, con ocasión de un problema de atención de obligaciones con un contenido esencialmente económico. Ese “problema” con contenido económico es la principal razón para que el derecho se pronuncie y ofrezca soluciones jurídicas a esa situación de crisis de deuda, que es lo que generalmente se ha denominado insolvencia³.

Así, ese escenario puntual que son los procesos concursales, termina siendo, en alguna medida, un reflejo de lo que ocurre en las sociedades. Por ello, la riqueza que ofrece el derecho concursal como punto concreto de estudio de una sociedad, es grandísima, y el asunto ha cobrado especial relevancia con ocasión de lo vivido por la humanidad desde el 2020, tras la aparición del virus SARS-CoV-2, la enfermedad de la covid-19 y la pandemia que, por algunos, ha sido denominada, más bien, sindemia⁴, en atención a los distintos factores ambientales y sociales, principalmente, que ameritarían darle un enfoque mucho más complejo y profundo a los hechos que estamos viviendo⁵. No pretendo llegar a una conclusión final sobre si debemos hablar de pandemia o de sindemia, pero sí aprovecho esa discusión para plantear que nos encontramos en un momento clave de la historia de la humanidad, cuyo abordaje a corto, mediano y largo plazo debería determinar nuestro futuro de una manera fundamental y, en particular, quiero concentrarme en los procesos concursales y el derecho concursal, ya mencionados y, aún más en concreto, en el rol del principio de solidaridad en dicha disciplina del derecho en Colombia, pues han sido distintas voces las que han llamado la atención al respecto.

El tema claramente no es exclusivo de Colombia, como lo reflejan planteamientos de Marcelo Gebhardt⁶ y Domingo Rodríguez⁷ en Argentina, por ejemplo. En Colombia se ha planteado, por ejemplo, con ocasión de la idea de un trámite concursal social, con costos ínfimos o incluso gratuito, para población ubicada en el sector informal de la economía, que “La situación presente y futura nos obliga a ser solidarios y darle las máximas facilidades para alcanzar estas metas”⁸, así como se ha señalado, con ocasión de estudio sobre el principio de solidaridad en procesos de insolvencia, que este hace parte fundamental del ordenamiento jurídico colombiano⁹. Por otra parte, se discute el rol que la solidaridad tiene en el derecho¹⁰.

Señalo, así, los principales elementos que me permiten plantear el problema que se aborda en este escrito de reflexión teórica: ¿cuál es el rol que tiene y debería tener el principio de solidaridad en el derecho concursal colombiano, con ocasión de los cambios que ha venido introduciendo en el mundo empresarial la pandemia/sindemia provocada por la enfermedad de la covid-19?

Para resolver el interrogante expuesto, procedo de la siguiente forma. En un primer momento, expongo la situación actual del derecho concursal en Colombia, en especial con ocasión de los ajustes dados en el ordenamiento jurídico colombiano tras el inicio de la pandemia. En un siguiente apartado abordo el estudio del rol del principio de solidaridad en el derecho, el cual implica un abordaje fundamentalmente de la teoría jurídica y constitucional, para cerrar el escrito con un último apartado en el que condenso los planteamientos finales que hago, a manera de conclusiones, sobre el principio de solidaridad en el derecho concursal colombiano.

Situación actual del derecho concursal en Colombia con ocasión de la pandemia

La situación existente en derecho concursal colombiano hasta antes de 2020 escapa claramente del objeto de este escrito, por la vastedad y profundidad que requiere el asunto. Sin embargo, en líneas generales, puedo

decir que teníamos dos regímenes vigentes: el de la Ley 1116 de 2006, consagrado a la regulación de las insolvencias empresariales, bien sea que dichas empresas fueran adelantadas por personas naturales o jurídicas o, incluso, algunas empresas sin ningún titular con personería jurídica¹¹, y el régimen de insolvencia de las personas naturales no comerciantes, consagrado en los artículos 531 a 576 del Código General del Proceso, ambos regímenes con distintas normas modificatorias o reglamentarias, que no es del caso mencionar acá. Tema aparte son los regímenes paraconcursales, que no trato acá.

El inicio de la pandemia en marzo de 2020 motivó la rápida acción por parte del Gobierno Nacional, con los Decretos Legislativos No. 560 del 15 de abril de 2020 y No. 772 del 3 de junio de 2020, además de los Decretos Reglamentarios 842 y 1332 de 2020, principalmente. Tampoco es posible profundizar en todas las modificaciones introducidas por esas normas, clara y juiciosamente tratadas en otros textos por expertos en la materia¹², pero sí es posible afirmar que las modificaciones introducidas apuntan, fundamentalmente, a hacer más fáciles y ágiles los trámites y procesos de insolvencia empresarial, con un enfoque principalmente procesal o procedimental, sin perjuicio de algunas figuras sustanciales, todo en búsqueda de hacerle frente a las graves dificultades que está viviendo el tejido empresarial, en todo el mundo, pero en Colombia en particular, con ocasión de la pandemia. Es muy importante destacar que, por el momento, la vigencia de estas disposiciones se extenderá hasta el año 2022, aunque se ha planteado la posibilidad de extenderla. Para poder evaluar la pertinencia y utilidad de las normas expedidas en el caso colombiano, me apoyo en cinco textos, uno de Ignacio Tirado Martí, redactado en un momento muy anterior a la pandemia, un texto de Aurelio Gurrea-Martínez de años antes de la pandemia, dos textos de Juan José Rodríguez Espitia, también anteriores a la pandemia, y un quinto texto, también de Aurelio Gurrea-Martínez, pensado y redactado con ocasión de esta pandemia.

El escrito de Tirado Martí¹³ apunta a encontrar o construir una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal. Si bien las referencias son al ordenamiento jurídico español, el abordaje que el autor hace del tema del derecho concursal es fácilmente predicable de cualquier ordenamiento jurídico. En líneas generales, se plantea que el derecho concursal goza de una naturaleza compleja, predominantemente privada, pero con matices de derecho público. Se plantea que es una disciplina del derecho esencialmente funcional, pues está encaminada a solucionar los conflictos que surgen por la colisión de todas las restantes ramas del ordenamiento jurídico en los casos de insolvencia, concretándose tal finalidad en el concepto jurídico indeterminado de “interés concursal”, que busca la máxima satisfacción de los intereses subjetivos involucrados de cara a la solución de la crisis económica de un deudor¹⁴.

El segundo escrito que utilicé como referente es uno de Aurelio Gurrea-Martínez¹⁵, en el que da su aproximación al concepto del “interés del concurso”, ya mencionado. Plantea allí el mencionado autor una aproximación impecable, desde el punto de vista económico, a las finalidades del derecho concursal, pero que deja de lado, precisamente, elementos puramente jurídicos, para lo cual expongo posteriormente dos textos de Juan José Rodríguez Espitia que, a mi juicio, complementan jurídicamente el texto de Gurrea-Martínez. Como bien lo mencioné antes, con base en Tirado Martí, la insolvencia es una realidad de naturaleza económica con gran trascendencia jurídica, para lo cual creo que es clave que acudamos a la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann¹⁶, y así entender que economía y derecho son discursos distintos, que deben buscar puntos de acoplamiento estructural, pero son discursos autónomos, en el que uno no es más importante que el otro, por lo que el derecho concursal no puede quedar sometido enteramente a los dictados de la economía, como lo sugiere Gurrea-Martínez en el texto en mención, sino que debemos entender que el derecho concursal tiene su propio discurso¹⁷.

En efecto, Gurrea-Martínez plantea en el mencionado texto de 2014 que el derecho concursal ha tenido tradicionalmente tres funciones: una función solutoria, consistente en la satisfacción de los acreedores afectados por la situación de insolvencia de un deudor cuyo patrimonio resulta insuficiente para la satisfacción de todos; una función conservativa, que propende por la rehabilitación de empresas en crisis; y una función

represiva, consistente en el castigo a los deudores que no han atendido los pasivos a su cargo. La función represiva ha desaparecido, prácticamente, del derecho concursal, pero plantea Gurrea-Martínez que, durante los últimos años, anteriores a su escrito y, muy especialmente, como consecuencia de la crisis económica experimentada por la mayor parte de las economías modernas, la función solutoria dio paso a la función conservativa del derecho concursal. El texto elaborado apunta a demostrar, con un énfasis claramente económico, una perspectiva para que los legisladores hagan prevalecer la que él denomina superioridad de la función solutoria del derecho concursal sobre las demás¹⁸.

Sin embargo, como lo planteé, a pesar de que la insolvencia sea un fenómeno esencialmente económico, el derecho concursal es un discurso autónomo del discurso económico, lo que implica que, a la luz del derecho concursal, deban ser tenidos en cuenta otros criterios además de los criterios económicos. Para ello, me apoyo en dos textos de Juan José Rodríguez Espitia, que dan cuenta de ello. El primer texto¹⁹, escrito en 2007, realiza una aproximación al derecho concursal colombiano, y de este destaco la explicación histórica de la evolución del régimen concursal en Colombia para afirmar que era (y considero que se puede afirmar que todavía es) un derecho en construcción, con la crisis empresarial como núcleo de este, con tendencias hacia la protección de los acreedores o de los deudores, dependiendo de cada momento concreto que se haya vivido históricamente, pero con la incorporación de la protección de la empresa, el crédito y el empleo como su eje actual, y con otras características que lo hacen un régimen bastante particular y sofisticado²⁰. En efecto, una de las conclusiones del mencionado texto apunta a enfatizar que el proceso de constitucionalización del derecho concursal en Colombia es una realidad, lo cual profundiza en otro texto²¹ de 2008 sobre el que quiero llamar la atención, pues allí se realiza, por parte del autor, un juicioso estudio de las implicaciones que la Constitución Política de 1991 ha tenido en el derecho concursal en Colombia, con tres indicadores que él denomina normativo, jurisprudencial y de medios de protección, con nuevos contenidos que la Constitución introdujo en un derecho que tradicionalmente se había refugiado en la ley, así como también destaco el llamado que hace el autor a la necesidad de entender y aceptar que la norma constitucional ha modificado trascendentalmente el esquema de comprensión y aplicación del derecho concursal en Colombia²².

Ahora, en cuanto a la situación y objetivos del derecho concursal con ocasión de la pandemia, es muy lúcido el planteamiento realizado por Aurelio Gurrea-Martínez²³, que se puede resumir como sigue. Plantea él que un marco eficiente de insolvencia de empresas debería cumplir dos funciones primarias: en primer lugar, debería minimizar la destrucción de valor, como sería a través de moratorias, la imposibilidad de terminación de contratos, y nueva financiación; y, en segundo lugar, asegurar que los activos del deudor sean eficientemente localizados, con sistemas que permitan fácilmente la celebración de acuerdos con los acreedores, de manera que el sistema judicial no se vea sobrecargado ante la avalancha de casos que seguramente deberán tramitar. Así, propone tres tipos de respuestas que deberían ofrecer los países: en primer término, dar un espacio de respiro a los deudores, no sólo mediante modificaciones al marco legal existente para la insolvencia, sino también cambios respecto de los contratos y los derechos de los acreedores; en segundo lugar, para poder cubrir los gastos derivados de la operación de las empresas se necesitan ayudas financieras por parte del Gobierno, por medio de subsidios o préstamos; y, en tercer lugar, promover acuerdos preconcursales que permitan reestructurar las deudas. El rol del marco legal de la insolvencia es fundamental, pues es claro que las ayudas del Gobierno y las reservas de las empresas se agotarán en algún momento, por lo que se espera mucho de los regímenes de insolvencia en este momento. Sin embargo, debido a las limitaciones de estos, las reestructuraciones preconcursales y otras medidas legales y financieras deberían ser promovidas, no sólo para hacer frente a la pandemia, sino en un mundo pospandemia. Este planteamiento final coincide con una conclusión que Gurrea-Martínez ya había expuesto en otro documento²⁴ a comienzos de 2020, y que se constituye en uno de los principales ejes de argumentación de este escrito, en el sentido de que si bien las medidas tomadas por los gobiernos con ocasión de la pandemia pueden proveer a las empresas y a sus directores/administradores de unas herramientas útiles para afrontar la crisis, básicamente porque les

permiten tener un respiro, dichas reformas necesitan estar acompañadas de un paquete mucho más amplio de respuestas legales, financieras, tributarias y económicas.

Con base en lo anterior, encontramos unos criterios más o menos definidos que permiten evaluar, obviamente de manera general y no con detalle técnico, la normatividad expedida en Colombia con ocasión de la pandemia, es decir, los decretos 560, 772, 842 y 1332 de 2020. Al respecto es posible sostener varios comentarios, como sigue: 1) la respuesta del Gobierno de Colombia fue ágil y oportuna; 2) como ya se mencionó, los decretos se concentran en normatividad de índole procesal, que busca dar agilidad a la celebración de acuerdos con los acreedores, así como abreviando los términos de los procesos ya existentes para empresas de menor tamaño; 3) en los mencionados decretos no se consagran ayudas como subsidios a la nómina o ajustes a las normas financieras de calificación del riesgo de créditos a cargo de las empresas, sino que eso fue objeto de normas que aparecieron mucho después a lo largo de 2020 por parte del Gobierno Nacional y la Superintendencia Financiera; 4) salvo en algunos temas puntuales, las normas de 2020 no sustituyeron las normas vigentes en materia de insolvencia empresarial de la Ley 1116 de 2006, sino que crearon mecanismos adicionales, con lo cual el abanico de posibilidades ofrecidas aumentó; 5) se crearon algunos mecanismos sustanciales como la descarga de pasivos, los pactos de deuda sostenible o el salvamento de empresas en estado de liquidación inminente, entre otros, cuya utilidad y, sobre todo, ecuanimidad, habrá que medir con el paso del tiempo; 6) no obstante, muchos empresarios encontraron que los nuevos mecanismos ofrecidos no atacaban de fondo los dos problemas principales que ocasionó la pandemia, a saber, las dificultades en la caja de las empresas y la necesidad de tiempo para saber qué iba a ocurrir con la pandemia y con los efectos de esta sobre los negocios, sino que, por el contrario, manifestaron varios empresarios que las herramientas ofrecidas por los decretos de 2020 los ponían bajo más presión; 7) los mecanismos incorporados tienen, en principio, una vigencia temporal hasta 2022, pero ya se ha mencionado en varios foros que es conveniente estudiar cuáles de las figuras incorporadas se pueden convertir en parte de la legislación con vocación de permanencia; y 8), en general, se ha recibido con beneplácito, por parte de la mayoría de personas vinculadas a estos temas de insolvencia empresarial, la introducción de estas normas durante 2020, sin perjuicio de las dificultades y falencias que todavía se siguen encontrando.

Para cerrar este apartado, quiero hacer énfasis en la situación de las personas naturales con ocasión de la pandemia. En efecto, debido a que las personas naturales comerciantes venían rigiéndose por el régimen de la Ley 1116 de 2006, las normas de los decretos de 2020 también son aplicables a ellos, mientras que en materia de personas naturales no comerciantes no se modificaron las normas de los artículos 531 a 576 del Código General del Proceso, sino que sólo se realizaron algunos ajustes de índole práctico, como audiencias virtuales, por ejemplo, mientras que para finales de 2020 y durante 2021 se dio trámite a unos proyectos de ley todavía en curso, bastante disímiles y algunos de ellos poco claros o coherentes, de cara a la modificación de ese régimen. Paso ahora a estudiar el rol del principio de solidaridad dentro del derecho.

El rol del principio de solidaridad en el derecho

Según la Real Academia Española (RAE), la primera acepción del término *solidaridad* se refiere a “adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”. Aunque nos da una idea de lo que se entiende por el término, pareciera evidente que esa definición no nos plantea todas las implicaciones del concepto²⁵. Desde un punto de vista histórico, la solidaridad proviene de la idea de fraternidad, como lo exponen Peces-Barba y Dorado²⁶.

Ahora, para entender la solidaridad, desde un punto de vista jurídico, es necesario comenzar por entender qué es un valor que tiene especial raigambre y desarrollo constitucional, por lo que comienzo esta exposición por entender cómo se configura, desde la perspectiva constitucional, la solidaridad. Para ello, acudo a lo señalado por Carlos de Cabo Martín²⁷, en una obra que es referente al respecto, pues dicho texto nos permite comprender que la solidaridad como elemento definidor del derecho constitucional hace que

este sea dinámico, transformador y beligerante, en contraposición a la tendencia que busca reducirlo a la operatividad de otras ramas del derecho, despolitizándolo y desmoralizándolo, ya que plantea dicho autor que la solidaridad como principio constitucional sólo es propia de sociedades configuradas con arreglo al modo de producción capitalista, pues precisamente la solidaridad no es el elemento estructurante sino el elemento corrector del sistema.

En relación con ese rol de la solidaridad en el derecho también se puede acudir a lo señalado por Perlingieri cuando afirma que “la persona es inseparable de la solidaridad: tener atención de otro forma parte del concepto de persona”, lo cual es la base para su idea de un proceso de juridificación del mercado, el cual es absolutamente necesario para establecer controles sobre las fuerzas del mercado, encaminándose principalmente a la redistribución, ya que un Estado social de derecho depende de su eficiencia productiva y de organización, pero, sobre todo, de los escenarios de solidaridad que se implementen. Al derecho corresponde una conciliación entre los cálculos de eficiencia económica y el mundo de los valores, tendiendo nexos inseparables entre la libertad de iniciativa económica y valores personalísimos y solidarios, de manera que empresa, propiedad y contrato no puedan realizarse, sino de conformidad con los valores de la persona humana, siendo la solidaridad un escenario de equidad distributiva que permite la transferencia de recursos y de ventajas de una persona a otra, de un grupo a otro, concretando esa idea de que solidaridad significa tener atención del otro²⁸. Por su parte, sobre el rol de la solidaridad en el marco de la democracia, es simplemente brillante lo expuesto por Honneth, demostrando cómo las libertades, para poder ser, existir y consolidarse, pasan necesariamente por la idea de libertad social, concepto del cual cobra especial relevancia la solidaridad²⁹.

Ahora, para comprender el rol del principio de solidaridad en el proceso de humanización del derecho³⁰, acudo a lo expuesto por Javier de Lucas³¹, que se puede resumir en la idea de desligar a la solidaridad del humanismo, al que ve como algo retórico y en el que la solidaridad funciona más como caridad, para plantear que, más bien, debe concebirse a la solidaridad como un principio fuerte, que puede permitir apoyar la existencia de deberes exigibles jurídicamente, es decir, con un respaldo coactivo. Sin embargo, una cosa es el humanismo y otra cosa es la humanización del derecho, pues de Lucas concreta el principio de solidaridad en los derechos y deberes de solidaridad³².

En conclusión, para cerrar este apartado, el planteamiento que hago, con apoyo en la doctrina mencionada y citada, es que el principio de solidaridad hace parte fundamental del derecho de una sociedad democrática contemporánea, pues la pertenencia a una comunidad es clave en el proceso de potenciación de los derechos de los individuos, de los seres humanos, de manera que entre mejores sean las comunidades, mejores derechos y condiciones en general van a tener los seres humanos que las conforman, siendo la solidaridad uno de los elementos esenciales para poder fortalecer tales comunidades. Con base en lo anterior, paso ahora a plantear algunos elementos que permitan dilucidar cuál es el rol que tiene y debería tener el principio de solidaridad en el derecho concursal colombiano, con ocasión de los cambios que ha venido introduciendo en el mundo empresarial la pandemia/sindemia provocada por la enfermedad de la covid-19.

El principio de solidaridad en el derecho concursal colombiano

Busco en este apartado final señalar algunos elementos que sirvan de conclusiones respecto del interrogante planteado como objeto de este escrito³³. En primer lugar, y para brindar elementos indispensables respecto del contexto colombiano, si estamos con Javier de Lucas en que los componentes de la justicia son la libertad, la igualdad y la solidaridad, debemos manifestar que Colombia, tal vez, haya tenido importantes avances en materia de libertades desde 1991, pero tanto en libertades como en igualdad y solidaridad todavía nos falta mucho camino por recorrer. En efecto, en relación con la Constitución de 1886, es posible afirmar que, aunque todavía hay una brecha muy importante entre la teoría constitucional y la realidad social, por lo menos el abanico de libertades constitucionales actuales es mucho más amplio que el existente antes de 1991.³⁴ Sin

embargo, en el contexto suramericano, hacemos parte de los países denominados “parcialmente libres” junto a Ecuador, Perú, Paraguay y Bolivia, mientras que los demás países del subcontinente se califican como “libres” y sólo Venezuela se califica como “no libre”³⁵. Ahora, en materia de igualdad sólo hay que ver uno de los más recientes reportes, que señala a Colombia como uno de los países más desiguales de Latinoamérica y del mundo³⁶. Y en cuanto a solidaridad, el principal referente mundial es el World Giving Index o índice mundial de generosidad, elaborado anualmente por Charity Aid Foundation (CAF), en función de parámetros como la ayuda a desconocidos, las donaciones económicas y la participación en actividades voluntarias que, para el caso de Colombia, en el informe especial de 2021 aparece en el puesto 51 en un listado de 114 países³⁷; obviamente, de acuerdo con lo expuesto, generosidad y solidaridad, desde un punto de vista jurídico, son cosas totalmente distintos. Así, concentrándonos en la solidaridad como principio jurídico, vale la pena acudir a lo expuesto por Carlos de Cabo Martín, cuando afirma que hay que tener cuidado con la utilización y construcción de un concepto neoliberal de la solidaridad³⁸, pues debemos ser conscientes del tipo de solidaridad que defendemos.

Ahora, para el escenario puntual del derecho concursal colombiano, es posible plantear que el principio de solidaridad sí ha servido de fundamento para algunas decisiones judiciales y, sobre todo, uno de los planteamientos centrales que deseo realizar en este escrito es que se entienda que el derecho concursal es, en el fondo, una concreción legislativa del principio de solidaridad. Voy primero con este último punto para luego mencionar algunas de las decisiones judiciales mencionadas. En efecto, si entendemos el principio jurídico de solidaridad bajo la máxima “asumir los intereses del otro como propios”, encuentro al derecho concursal como un escenario donde esto tiene plena aplicación. Las experiencias vividas por quienes en algún momento hemos estado vinculados, en la práctica, a los trámites y procesos de derecho concursal en Colombia, nos demuestran que para poder tomar decisiones informadas y acertadas, los acreedores deben, así sea como un mero ejercicio teórico, “ponerse en los zapatos” de los deudores, de manera que puedan buscar conocer, con certeza, las perspectivas de ese deudor que se encuentra en situación de insolvencia. Igualmente, cada acreedor debe “pensar en los intereses” de los otros acreedores, si pretende tener un panorama más o menos claro de cuáles van a ser las posiciones de los distintos acreedores al momento de negociación de los acuerdos de reorganización o de decisión de no apoyo al deudor insolvente. Y, por último, si un deudor pretende poder convencer a sus acreedores de que lo apoyen en su intención de afrontar de manera mancomunada su situación de insolvencia, debe buscar “ponerse en los zapatos” de sus acreedores y pensar como ellos lo harían. Ahora, que efectivamente eso implique asumir esos intereses de los otros como propios, tal vez sea un poco iluso, pero, en últimas, los trámites y procesos concursales y el derecho concursal constituyen, por lo menos para quien redacta este escrito, un escenario jurídico que sí obliga a los distintos sujetos a tener en mente la suerte de los demás actores a los que se encuentran vinculados en virtud de una relación económica, lo que en últimas implica una forma de concreción del principio de solidaridad, como lo sostuvo la Corte Constitucional³⁹.

Como casos puntuales de decisiones judiciales en que se haya hecho evidente la aplicación del principio de solidaridad en derecho concursal colombiano puedo mencionar, en primer lugar, la Sentencia C-699 de 2007.⁴⁰ de la Corte Constitucional, que decidió demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º y 126 de la Ley 1116 de 2006, declarando la exequibilidad de dichas normas pero exhortando al Congreso de la República para que dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa expidiera un régimen universal para personas naturales no comerciantes, lo cual terminó motivando la expedición de la Ley 1380 de 2010, posteriormente declarada inexecutable mediante Sentencia C-685 de 2011, lo que motivó la expedición del actual régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes contenido en los artículos 531 a 576 del Código General del Proceso. Es decir, fue el principio de solidaridad el principal motivo que tuvo en cuenta la Corte Constitucional para exhortar al Congreso de la República a que expidiera un régimen de insolvencia para personas naturales no comerciantes. Ahora, en materia de constitucionalidad, también se pueden mencionar las sentencias T-520 de 2003⁴¹, T-419 de 2004⁴², T-170 de 2005⁴³, T-676 de

2005⁴⁴, T-358 de 2008⁴⁵ y T-448 de 2010⁴⁶, entre otras, en las que, para casos puntuales de insolvencia de personas que se encontraban en condiciones especiales (secuestro o desaparecimiento, enfermedades graves, desplazamiento), la Corte Constitucional decidió otorgarles una protección especial con base en el principio de solidaridad⁴⁷.

Hace un tiempo escuché una entrevista de un famoso jugador de uno de los clubes más famosos de fútbol español, cuyos nombres prefiero omitir, en la que, en líneas generales, planteaba que “en los momentos de crisis es cuando más unidos debemos estar” y, con base en esa unión, explicaba la remontada que habían tenido después de un importante periodo de malos resultados. Este ejemplo del fútbol me sirve para abordar el siguiente punto a tratar, que es el del rol que desempeña el principio de solidaridad en el derecho concursal colombiano, en especial con ocasión de la pandemia. Como contexto, debo mencionar que la pandemia parecía el momento propicio para que los colombianos nos uniéramos como sociedad, pero el asunto no es fácil, pues, como bien lo explicó en su momento William Ospina⁴⁸, en Colombia podría hablarse de la existencia de no sólo una sociedad, sino de varias sociedades, ante la diversidad de realidades existentes en un contexto para nada homogéneo. Es evidente la necesidad de que los colombianos entendamos y aceptemos que “no hay mayor pobreza que la falta de solidaridad”⁴⁹ y que, así creamos que no estamos en el mismo barco, sí lo estamos, como lo expresó el Papa Francisco al inicio de la pandemia⁵⁰ y uno de los más importantes filósofos de los últimos años⁵¹.

Como ya lo manifesté, creo que la respuesta del derecho concursal colombiano ante la pandemia fue, en líneas generales, oportuna y adecuada a las necesidades que fueron apareciendo⁵², pero, apoyado también en lo expuesto previamente con base en las reflexiones de Aurelio Gurrea-Martínez, sobre la situación del derecho concursal con ocasión de la pandemia, la única o principal herramienta que ofrezca el Estado colombiano no puede ser el derecho concursal, pues se necesitan remedios provenientes de distintas fuentes. Sobre la descarga de la responsabilidad de los Estados en el derecho concursal, en vez de otorgar protecciones sociales generosas, vale la pena consultar un texto de Skeel⁵³ que trata el asunto. Es decir, como Gurrea-Martínez lo señaló, si bien las herramientas de derecho concursal no sólo son provechosas sino indispensables, básicamente porque les permiten tener un respiro a los deudores, dichas reformas necesitan estar acompañadas de un paquete mucho más amplio de respuestas legales, financieras, tributarias y económicas. ¿Son las reformas y herramientas ofrecidas en Colombia en 2020 suficientes para afrontar la crisis empresarial derivada de la pandemia? No tengo la respuesta a esta pregunta, pero sí llamo la atención sobre el hecho de que el derecho concursal no puede ser la vía escogida para ofrecer la principal respuesta a la crisis.

Ahora, en el asunto concreto del rol del principio de solidaridad en el derecho concursal con ocasión de la pandemia, ya ofrecí una primera respuesta, afirmando que entiendo, apoyado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, que precisamente el derecho concursal es una de las expresiones de ese principio de solidaridad. Sin embargo, con base en lo expuesto por Carlos de Cabo Martín y Javier de Lucas, es claro que el principio de solidaridad ya no es un postulado ético sino que su naturaleza de principio jurídico de rango constitucional obliga al Estado social de derecho, como lo es, por lo menos nominalmente, el Estado colombiano, a darle concreción en diversas instituciones jurídicas que impliquen efectiva coercitividad de los deberes a asumir por todos como parte de esta comunidad que es la República de Colombia. Ojalá eso se logre vía legislativa, no sólo ahora, con ocasión de la pandemia, sino con ocasión del régimen de insolvencia que sea finalmente adoptado tras la expiración de la vigencia de los decretos de 2020; y digo que ojalá esa concreción del principio de solidaridad se dé por vía legislativa y no a través de fallos judiciales, precisamente para evitar las reiteradas críticas, principalmente por generación de inseguridad jurídica, que de tiempo atrás viene sufriendo el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado mediante decisiones judiciales⁵⁴ y, en particular, el derecho concursal, cuya constitucionalización, como lo vimos, ya es una realidad que debería seguir profundizándose.

Para cerrar, quedaría una pregunta por resolver: ¿cuál es el nivel adecuado de solidaridad que debería implementarse en el derecho concursal colombiano? La respuesta concreta implica muchas consideraciones técnicas para cada institución en concreto que se pretenda modificar o introducir, por lo cual, claramente, no puedo ofrecer una respuesta acá. Sin embargo, lo que sí puedo plantear es que ese nivel depende, fundamentalmente, de los consensos a los que lleguemos como sociedad, pero siempre se debería tener en cuenta la búsqueda de equilibrio entre las imposiciones del colectivo y el respeto a las libertades y derechos individuales. Ahora, con ocasión de la pandemia, creo que una de las principales enseñanzas que nos debe dejar es que no se requiere tanto tiempo para efectuar ciertas reformas, pues precisamente la pandemia actuó como una especie de “túnel del tiempo”⁵⁵ en algunos asuntos, de manera que ojalá este momento sirva para que no retrasemos más la incorporación de instituciones en el derecho concursal colombiano que profundicen los postulados del principio de solidaridad en nuestra sociedad, tan necesitada de la visión de colectivo que este derecho ofrece y puede profundizar, haciendo énfasis, con base en lo planteado por Marcelo Gebhardt, en que no podemos dejar al mercado lo que corresponde resolver al principio de solidaridad o, de lo contrario, caeríamos en el concepto neoliberal de solidaridad, justificadamente criticado por Carlos de Cabo Martín, pues eso no es solidaridad sino otra cosa muy distinta, que no es deseable en un mundo en crisis. Lo que sí es deseable es la profundización en el principio de solidaridad con los reconocimientos expresos por parte del derecho, no sólo bajo la perspectiva de los derechos, sino fundamentalmente por medio de la perspectiva de los deberes⁵⁶, pues la encuentro como la principal vía para avanzar como sociedad en una tarea que aún tiene un gran camino por recorrer⁵⁷.

Es claro que el derecho concursal ha cambiado y cambiará en buena parte del planeta Tierra, con ocasión de la pandemia por el SARS-CoV-2⁵⁸, pero eso no quiere decir, necesariamente, que viviremos en un mundo más solidario pues, por el contrario,

hay que estar bastante obnubilado por los deseos de cambio para suponer que, por un virus, que nos hace aislarnos de los otros para buscar protección, vamos a ampliar nuestra comunidad global en vez de volcarnos sobre nosotros mismos. Y esto último es efectivamente lo que está pasando: los Estados se vuelcan sobre sí mismos y reafirmar hacia afuera su soberanía. Y hacia adentro, el soberano decreta el estado de excepción.⁵⁹

No obstante, a título personal, prefiero quedarme con la posición de Gabriel, quien plantea que

Después del coronavirus la sociedad no podrá seguir siendo como era. En estos momentos está más claro que nunca que la humanidad es una comunidad global con un destino compartido. [...] La realidad, en tanto que es el lugar del que, por principio, no podemos escapar (porque no existe ningún lugar alternativo) no es una utopía. Es NUESTRA realidad, la de todos nosotros, la que inevitablemente nos hace concebirnos como una comunidad. Todo dependerá de si somos capaces de verlo y de expresar articuladamente esta idea. Por mi parte soy optimista al respecto, porque aún está en nuestra mano hacer lo correcto. ¿Escucharemos la voz de alarma? ¿O volveremos a caer unos sobre otros como fieras codiciosas? Depende de nosotros. El ser humano es libre.⁶⁰

Bibliografía

- AA. VV., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, en José A. Estévez Araújo, ed. (Trotta, 2013).
- AA. VV., *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, en Diana Rivera Andrade, coord. (Tirant lo Blanch, 2020).
- Albert Camus, *La peste* (Comcosur, 2016).
- Aldo Mascareño, *Sociología de la solidaridad. La diferenciación de un sistema global de cooperación*, n.º 2 Revista Mad Revista del Magíster en Análisis Sistemático Aplicado a la Sociedad 35-67 (Universidad de Chile, 2007).
- Álvaro Isaza Upegui, *Derecho concursal de emergencia: normatividad por covid-19* (Legis, 2021).

- Ariel Ángel Dasso *Prólogo*, en *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis* 9-17, en Diana Rivera Andrade, coord. (Tirant lo Blanch, 2020).
- Aurelio Gurrea-Martínez, *Insolvency Law in Times of covid-19* (Ibero-American Institute for Law and Finance, 2020). <https://ssrn.com/abstract=3562685>
- Aurelio Gurrea-Martínez, *Nuevas tendencias en la configuración del interés del concurso: del interés de los acreedores al mantenimiento de la empresa en crisis* (Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo, 2014). <http://ssrn.com/abstract=2438117>
- Aurelio Gurrea-Martínez, *The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World* (Singapore Management University School of Law Research Paper, 2021). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3916244> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3916244>
- Aurelio Gurrea-Martínez, *The value of insolvency law in the COVID#19 crisis* 101-104, en Gurrea-Martínez, Mark Findlay & Goh Yihan, eds., *Law and covid-19* (Aurelio Singapore Management University, School of Law, 2020). <https://ssrn.com/abstract=3686357>
- Axel Honneth, *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática* (Katz, 2019).
- Banco Mundial, *Hacia la construcción de una sociedad equitativa en Colombia*. <https://www.bancomundial.org/es/news/infographic/2021/10/27/hacia-la-construccion-de-una-sociedad-equitativa-en-colombia>.
- Carlos de Cabo Martín *Teoría constitucional de la solidaridad* (Marcial Pons, 2006).
- Carlos Mario Montiel Fuentes, *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal* (Universidad Externado de Colombia, 2019).
- Charities Aid Foundation, *CAF World Giving Index 2021: A Global Pandemic Special Report*, July, 2021. https://www.cafonline.org/docs/default-source/about-us-research/cafworldgivingindex2021_report_web2_100621.pdf
- Congreso de la República de Colombia, *Ley 1116 de 2006*. Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY_1116_2006] (secretariasenado.gov.co)
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], abril 17, 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T-358 de 2008, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-358-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 9, 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-620 de 2012, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-620-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], febrero 25, 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-170 de 2005, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-170-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 15, 2010, M.P.: Humberto Sierra Porto, Sentencia T-448 de 2010, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-448-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 26, 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-520 de 2003, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-520-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 30, 2005, M.P.: Humberto Sierra Porto, Sentencia T-676 de 2005, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-676-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], mayo 6, 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T-419 de 2004, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-419-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], septiembre 6, 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-699 de 2007, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-699-07.htm>
- Daniel Loewe, *Ética y coronavirus* (FCE, 2020).
- David A. Skeel, *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America* (Princeton University Press, 2004).
- Diana Marcela Ortiz Tovar, *Principio de solidaridad: aplicabilidad en los procesos de insolvencia - Caso colombiano, en Los procesos de insolvencia: una mirada desde la perspectiva internacional* (Universidad Surcolombiana, 2020).
- Domingo Rodríguez, *La solidaridad puede evitar una emergencia judicial* (29 de abril de 2020). <https://www.perfil.com/noticias/opinion/opinion-domingo-rodriguez-solidaridad-emergencia-judicial-alto-costo-administracion-justicia.phtml>

- Freedom House, *Freedom in the World 2021*, s.f. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf,
- Fundéu RAE, *Sindemia, término válido* (20 de octubre de 2020). «sindemia», término válido | Fundéu (fundeu.es).
- Gregorio Peces-Barba Martínez & Javier Dorado Porras, *Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales*, en Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig & Francisco Javier Ansuátegui Roig, Dir., Javier Dorado Porras, coord., *Historia de los derechos fundamentales*, tomo III, volumen I, libro I, 1-316 (Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2009).
- Ignacio Tirado Martí, *Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)*, Anuario de Derecho Civil, tomo LXII, fasc. III, 1055-1107, (Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009). J. (de) Lucas, *Solidaridad y derechos humanos* 149-194, en Juan José Tamayo, Dir., 10 palabras clave sobre derechos humanos (Verbo Divino, 2005).
- J. (de) Lucas, *Solidaridad y derechos humanos* 149-194, en Juan José Tamayo, Dir., 10 palabras clave sobre derechos humanos (Verbo Divino, 2005)
- Juan Gossaín, *El futuro que nos espera cuando pase el coronavirus* (24 de abril de 2020). <https://www.circuloperiodista.sdebogota.org/el-futuro-que-nos-espera-cuando-pase-el-coronavirus/>
- Juan Jacobo Calderón Villegas, *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Temis, 2011).
- Juan José Rodríguez Espitia, *Aproximación al derecho concursal colombiano*, vol. 6, n.º 2 Revista e-Mercatoria 1-30 (Universidad Externado de Colombia, 2007).
- Juan José Rodríguez Espitia, *El derecho concursal colombiano a la luz de la Constitución*, vol. 7, n.º 2 Revista e-Mercatoria 1-53 (Universidad Externado de Colombia, 2008).
- Juan José Rodríguez Espitia, *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia* (Universidad Externado de Colombia, 2021).
- Julio C. Ortiz Gutiérrez, *La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005*, año 6, n.º 2 Estudios Constitucionales 247-300 (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008).
- Laura Plitt, “*El covid-19 no es una pandemia*”: los científicos que creen que el coronavirus es una sindemia (y qué significa esto para su tratamiento), BBC News Mundo (9 de octubre de 2020). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54386816>
- Marcelo Gebhardt, *Solidaridad o solución de mercado en las crisis empresarias* (12 de octubre de 2020). <https://www.lanacion.com.ar/opinion/solidaridad-solucion-mercado-crisis-empresarias-nid2476629>
- Markus Gabriel, *Ética para tiempos oscuros: valores universales para el siglo XXI* (Pasado & Presente, 2021).
- Niklas Luhmann, *Closure and Openess: on Reality on the World of Law*, en Gunther Teubner, ed., *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society* (De Gruyter, 1988).
- Niklas Luhmann, *Ecological Communication* (University of Chicago Press/Polity Press, 1989).
- Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (Herder/Universidad Iberoamericana, 2005).
- Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, vol. 83, n.º 1 & 2 Northwestern University Law Review 136-150 (1989).
- Niklas Luhmann, *Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System*, vol. 13 Cardozo Law Review 1419-1441 (1992).
- Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).
- Niklas Luhmann, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general* (Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998).
- Niklas Luhmann, *Sociología del derecho* (Universidad Libre, 2012).
- Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Sistema, 1991).
- Papa Francisco, *Homilía completa del Papa Francisco en el momento extraordinario de oración por la pandemia* (27 de marzo de 2020). <https://www.vaticannews.va/es/papa/news/2020-03/homilia-completa-oracionextraordinaria-papafrancisco-coronavirus.html>

- Pietro Perlingieri, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, 2 t. (Pontificia Universidad Javeriana, 2015).
- Richard Haass, *The Pandemic Will Accelerate History Rather Than Reshape It* (7 de abril de 2020). <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-04-07/pandemic-will-accelerate-history-rather-reshape-it>
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario, actualización 2020. <https://dle.rae.es/>
- William Ospina, *Colombia, donde el verde es de todos los colores* (Random House Mondadori, 2013).

Notas

- * Artículo de reflexión vinculado al Grupo de investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Agradezco a la doctora Diana Talero por la revisión preliminar de este texto, cuyos errores, imprecisiones y defectos son sólo predicables del autor.
- 1 A. Camus, *La peste* 187 (Comcosur, 2016).
 - 2 C. M. Montiel Fuentes, *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal* 163 (Universidad Externado de Colombia, 2019).
 - 3 No es del caso plantear las distintas concepciones respecto del término *insolvencia* y respecto del concepto de *derecho concursal*, pues escapan claramente del objeto de este escrito. No obstante, sí es necesario mencionar la existencia de tales concepciones y discusiones.
 - 4 Fundéu RAE, *Sindemia, término válido* (20 de octubre de 2020).
 - 5 L. Plitt, “*El covid-19 no es una pandemia*”: los científicos que creen que el coronavirus es una sindemia (y qué significa esto para su tratamiento), BBC News Mundo (9 de octubre de 2020).
 - 6 Gebhardt propuso en octubre de 2020, respecto de unos proyectos de legislación en la Cámara de Diputados y Senado de la República Argentina, concernientes a alivios desde el derecho concursal para enfrentar la pandemia, que la solidaridad brillaba, pero por su ausencia. En efecto, el argumento central de Gebhardt en ese columna giraba alrededor de la idea de que, en este momento concreto, no se puede abandonar a las empresas en dificultades a lo que los acreedores financieros y comerciales quieran concederles, pues no se puede dejar al mercado la solución de las crisis empresariales, ya que estas constituyen el eje de las fuentes de trabajo en un país, por lo que proponía que se optara, excepcionalmente, por “una salida solidaria que - excepcionalmente, debe enfatizarse - postergue intereses individuales y que, en vez, contemple los de una comunidad que necesita volver a vertebrarse en la fuerza del trabajo y la iniciativa privada. Es imperioso en este tiempo salvar la mayor cantidad de empleos. Debemos evitar un daño generalizado que surja de una especulación que medra en el marco de la desesperanza”. M. Gebhardt, *Solidaridad o solución de mercado en las crisis empresariales*, Diario La Nación (12 de octubre de 2020).
 - 7 Rodríguez afirmó como idea central, respecto de la situación en la que se encuentran muchas personas naturales, con ocasión de la pandemia, que la crisis generada por esta constituye un momento propicio para que las partes resuelvan de manera privada o extrajudicial sus diferencias, pensando en los intereses de cada uno, pero también cediendo en forma equitativa, pues para el mundo que nos espera después de la pandemia “deberían subsistir las nuevas conductas solidarias y fraternas”. El fundamento planteado por el autor apunta a entender que “La solidaridad nos permitiría, en primer lugar, que actuando con buena fe, sin usura y cálculos egoístas o autointeresados, con un espíritu conciliador, las partes en conflicto puedan concretar acuerdos privados, compartiendo las eventuales pérdidas o bien restableciendo las relaciones en mutuo beneficio. Para facilitar estos acuerdos, una solución inmediata y muy simple, podría ser la aprobación legal de un texto modelo (llamados ‘enlatado’), adaptable a cada caso específico (partes, montos, plazos, etc.), las firmas podrían ser certificadas por entidades financieras o entes públicos. Deberían estar liberados del pago de impuestos (sellos, iva) y otros gastos. En segundo término, tenemos las soluciones propuestas por la doctrina, parcialmente incorporadas en los códigos procesales como una instancia previa a promover un juicio, tales como las mediaciones o bien los arbitrajes, en sedes extrajudiciales o administrativas”. D. Rodríguez, *La solidaridad puede evitar una emergencia judicial*, Perfil.com (29 de abril de 2020).
 - 8 Á. Isaza Upegui, *Derecho concursal de emergencia: normatividad por covid-19* 200 (Legis, 2021).
 - 9 “se evidencia que la Corte ha marcado el alcance del principio de solidaridad, de una parte, como fundamento de amparo constitucional, a través de las acciones de tutela, reconociendo su aplicación en los casos donde los ciudadanos se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. De otra parte, en las sentencias de 2014 y 2018, como base del análisis de constitucionalidad, llegando a su definición, estableciendo su pertinencia, e indicando que el Estado tiene el poder de intervención en la economía”. D. M. Ortiz Tovar, *Principio de solidaridad: aplicabilidad en los procesos de insolvencia - Caso colombiano*, en Los procesos de insolvencia: una mirada desde la perspectiva internacional 159 (Universidad Surcolombiana, 2020).

- 10 Se plantea que “habría que saber si la solidaridad a la que parecemos regresar hoy [...] es una muestra del viejo alegato ‘humanista’, en realidad retórico, más o menos trasunto secularizado de la caridad, o es más bien la solidaridad como principio fuerte, hasta el punto de que puede permitir incluso apoyar la existencia de deberes o exigencias de solidaridad que lleguen a ser exigibles jurídicamente, esto es, con un respaldo coactivo”. J. de Lucas, *Solidaridad y derechos humanos, en 10 palabras clave sobre derechos humanos* 149-194, Juan José Tamayo (Dir.) (Verbo Divino, 2005).
- 11 Véase Congreso de la República de Colombia, artículo 2 y parágrafo de artículo 3 de Ley 1116 de 2006.
- 12 Véase, entre otros, AA. VV., *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, D. Rivera Andrade, coord., (Tirant lo Blanch, 2020); J. J. Rodríguez Espitia, *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia* (Universidad Externado de Colombia, 2021); y Á. Isaza Upegui, *Derecho concursal de emergencia: normatividad por covid-19* (Legis, 2021).
- 13 Cfr. I. Tirado Martí, *Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal»* (*Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores*), en Anuario de Derecho Civil, tomo LXII, fasc. III, 1055-1107 (Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, Madrid 2009).
- 14 Así, plantea Tirado Martí que la insolvencia es una realidad de naturaleza económica con gran trascendencia jurídica, que implica una “excepcionalidad institucionalizada” o una “patología necesaria” que establece el sistema de mercado, por definición imperfecto, para hacer frente a esos problemas que afectan a la colectividad, se superponen y entran en conflicto. Precisamente, para dar solución a esos conflictos, el derecho concursal debe jerarquizar, tomar partido, con un derecho de carácter imperativo que persigue un único fin: la solución de la crisis económica. De esta manera, el derecho concursal busca la reducción del daño de todos los involucrados en la crisis, bajo reglas especiales, distintas a las del derecho civil, laboral o tributario, bajo unas reglas coherentes con el sistema económico que se tiene, de manera que se afirma que “la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores según el orden legal y subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común”. Eso sí, plantea el mencionado autor que “Los integrantes del interés concursal se ordenan jerárquicamente de forma estricta. Esto quiere decir que —a salvo las precisiones anteriores sobre el riesgo— los conflictos entre acreedores se solucionarán siempre a favor de los acreedores de mayor rango (privilegiados especiales, acreedores contra la masa, privilegiados generales, ordinarios, subordinados); los conflictos entre acreedores y la sociedad (o sus accionistas) a favor de aquellos; y, en fin, la colisión entre los anteriores y eventuales terceros deberá tener a los primeros como favorecidos. Ahora bien, cuando el conflicto se dé entre los interesados anteriores (todos o cualquiera de ellos) y el interés público, deberá primar este último”. I. Tirado Martí, *Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”* (*Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores*), en Anuario de derecho Civil, tomo LXII, fasc. III, p. 1107, (Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, Madrid (2009).
- 15 Véase A. Gurrea-Martínez, *Nuevas tendencias en la configuración del interés del concurso: del interés de los acreedores al mantenimiento de la empresa en crisis* (Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo, 2014).
- 16 Cfr., entre otros, N. Luhmann, *Sociología del derecho* (Universidad Libre, 2012); N. Luhmann, *El derecho de la sociedad* (Herder/Universidad Iberoamericana, 2005); N. Luhmann, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general* (Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998); N. Luhmann, *Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System*, vol. 13 *Cardozo Law Review* 1419-1441 (1992); N. Luhmann, *Ecological Communication* (University of Chicago Press/Polity Press, 1989); N. Luhmann, *Law as a Social System*, vol. 83, n.º. 1 & 2 *Northwestern University Law Review* 136-150 (1989); N. Luhmann, *Closure and Openness: on Reality on the World of Law*, en *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society* (Gunther Teubner, Ed., De Gruyter, 1988); y N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).
- 17 Sobre la solidaridad en los sistemas sociales y, en particular, en sistemas de cooperación, desde la perspectiva de sistemas sociales de Luhmann, se puede acudir a lo expuesto en A. Mascareño, *Sociología de la solidaridad. La diferenciación de un sistema global de cooperación*, n.º 2 *Revista Mad, Revista del Magíster en Análisis Sistemático Aplicado a la Sociedad* 35-67 (Universidad de Chile, 2007).
- 18 Puede leerse en dicho escrito que: “el Derecho de la insolvencia no sólo puede sino que debe maximizar el interés de los acreedores, ya sea a través del mantenimiento de la empresa en crisis o, en su caso, mediante una liquidación ordenada del patrimonio social. De lo contrario, se produciría, desde una perspectiva ex post, una ineficiente asignación de recursos materiales, humanos e intangibles que podrían ser reubicados, mediante mecanismos legales y contractuales, hacia otras actividades económicamente viables; y, desde una perspectiva ex ante, podría producirse una contracción del crédito o, en el mejor de los casos, un incremento del coste de la deuda, en perjuicio del bienestar colectivo”.
- 19 Véase J. J. Rodríguez Espitia, *Aproximación al derecho concursal colombiano*, vol. 6, n.º 2 *Revista e-Mercatoria* 1-30 (Universidad Externado de Colombia, 2007).
- 20 En particular, destaco la afirmación que hace el autor en materia de finalidades del régimen concursal en el sentido de que “resaltamos la necesidad de un equilibrio entre cada uno de los fines que el instrumento busca, y no la prelación en demasía de una ventaja que resulta realmente excesiva y a veces contraproducente. Por eso celebramos que en un país con tanto desempleo, se haya modificado la propuesta inicial del proyecto de ley de protección exclusiva del crédito como una

especie de expropiación colectiva del deudor a favor de sus acreedores. No obstante, preocupa la ausencia de medidas que realmente las hagan efectivas, dejándolas vacías de contenido y poder de coerción”. “Sin embargo, debemos resaltar cómo los postulados de la nueva ley, por ejemplo en materia de prelación de créditos, derechos de los trabajadores, obligaciones pensionales y seguridad social, entre muchas otras, ponen en evidencia el proceso de constitucionalización que vienen sufriendo las reglas del derecho concursal a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a fin de hacerlas más acordes con los principios y valores consagrados en la Constitución Política en materia de derechos fundamentales. No es coincidencia que la propia Corte haya resaltado la finalidad tripartita que hoy fundamenta los procedimientos concursales en Colombia”.

- 21 Véase J. J. Rodríguez Espitia, *supra* nota 19, págs. 1-53.
- 22 En particular, resalto las siguientes afirmaciones del autor: “El derecho concursal se define en función de la empresa, y sobre todo 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 interés superior, que involucra el correcto funcionamiento de la economía y las finalidades sociales del Estado. [...] 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 mercantiles. [...] el fenómeno de la constitucionalización lleva a superar la simple concursalidad. 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. [...] 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. [...] Por tanto, el derecho concursal no puede centrarse en proteger el crédito, sino sobre todo en proteger la empresa como fuente de subsistencia del trabajador. [...] 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”.
- 23 Cfr. A. Gurrea-Martínez, *The value of insolvency law in the covid#19 crisis*, en A. Gurrea-Martínez, M. Findlay & G. Yihan, eds., *Law and covid-19* 101-104 (Singapore Management University, School of Law, 2020).
- 24 Véase A. Gurrea-Martínez, *Insolvency Law in Times of covid-19* (Ibero-American Institute for Law and Finance, 2020).
- 25 Véase Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición del tricentenario, actualización 2020.
- 26 Afirman que la fraternidad apareció en el contexto ilustrado y liberal de la Revolución francesa como una secularización del concepto cristiano de caridad, siendo un primer momento clave en su devenir el de las jornadas revolucionarias de 1848, para luego situarse hacia 1880, momento de consolidación de la República francesa, al lado de la libertad y de la igualdad, como estandarte de tal República. Sin embargo, como lo plantean los mencionados autores, esa fraternidad “es una expresión del socialismo ético, que se funde con el liberalismo, y no del socialismo marxista, que ve en el término un momento de euforia que ocultará por un tiempo la realidad de la lucha de clases, de la explotación y de la alienación”. Desde el último tercio del siglo XIX, la idea de fraternidad pierde influencia en favor de la idea de solidaridad, que se ve como un término más objetivo, más racional, y con menor sustento en una carga afectiva que el término de *fraternidad*, convirtiéndose la solidaridad en una obligación cuasicontractual, sancionada por el derecho. Se convierte así, la solidaridad, según Peces-Barba y Dorado, en el concepto en que reposan “los fundamentos intelectuales de los derechos sociales y de la aparición de una protección social desde los poderes públicos, que supera la acción caritativa de colectivos cristianos, la lógica previsión de las sociedades de socorros mutuos, y el paternalismo de sectores de patronos. Esta política pública se sitúa en la secularización de la protección social, como protección pública, y completa la perspectiva de la escuela pública, basada en la misma filosofía. Es una política que se basa en el riesgo que pretende neutralizar desde la política de aseguramiento. Es el origen de la seguridad social”. Cfr. G. Peces-Barba-Martínez y J. Dorado Porras, *Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales* 72-74, en G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig & F. J. Ansuátegui Roig, Dirs.; J. Dorado Porras, coord., *Historia de los derechos fundamentales*, t. III, vol. I, libro I, 1-316 (Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2009).
- 27 Véase C. de Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad* (Marcial Pons, 2006). Parte de Cabo Martín de la idea de que, a partir de la modernidad, es necesario distinguir entre el sujeto individual y el sujeto colectivo o sujeto histórico. En efecto, como lo sostiene él, “apenas necesita justificación la afirmación de que la construcción del derecho moderno se hace a partir del concepto de subjetividad jurídica. El sujeto individual ha sufrido un doble proceso de crisis, tanto porque

la concepción del individuo como un absoluto nunca fue cierta, como porque el capitalismo moderno ha impuesto una transformación incompatible con el protagonismo individual del sujeto y con la autonomía de su voluntad, pasando a ser las corporaciones y sujetos no individuales los nuevos protagonistas del derecho. El sujeto colectivo o histórico también ha estado en crisis, llegando incluso a sostenerse el fin de la historia, es decir, la tesis de que la historia se ha quedado sin sujeto, al ser la globalización y el capitalismo los lineamientos dominantes en las sociedades actuales. Precisamente, es la solidaridad, según Cabo Martín, “la que permite y permitirá superar las crisis de los sujetos individual y colectivo, pues la solidaridad no es un correctivo exterior y funcional para evitar desequilibrios, sino un principio totalmente distinto de estructuración social. Se encuentra el precedente inicial de la inclusión constitucional de la solidaridad en el constitucionalismo del revolucionarismo francés, bajo formulaciones que ya lo catalogaban como deber, que hace que no tenga un carácter subjetivo, de derechos, sino un carácter objetivo de principio, pues solo a partir de ese deber de todos para con todos es posible la existencia de cada uno”. Sin embargo, la solidaridad no existe en el sistema constitucional del liberalismo, sino que sería la insolidaridad lo que le daría sustento, de manera que se asocia la ubicación de la solidaridad con el surgimiento del constitucionalismo del Estado social, que es el constitucionalismo de la igualdad y de la diferencia. Se señalan por parte del mencionado autor dos funciones constitucionales del principio de solidaridad: una de articulación social y otra de principio de intervención social. Gracias a su función como principio de articulación social es que se puede hablar de la ampliación del espectro de los derechos, de la ruptura del individuo como un sujeto aislado para entenderlo como un sujeto en relación, la necesidad del Estado para la garantía de los derechos, la participación como base del sistema democrático, la concepción del derecho constitucional como articulador y constructor social gracias a una función constructivista del colectivo por el derecho, y el constitucionalismo de la diferencia como base del principio de solidaridad, “que viene a romper con el constitucionalismo de la igualdad, que tiene como principal exponente a los derechos fundamentales”. Por su parte, la función del principio de solidaridad como principio de intervención social atiende a la visión de que “el Estado no es neutral, pues precisamente el constitucionalismo liberal no era neutral, ya que al no incorporar contenidos económicos concretos era la constitución económica del capital, de manera que la solidaridad lo que busca es actuar sobre la estructura y funcionamiento del modo de producción capitalista, manifestándose en dos tipos de previsiones: la intervención sobre los elementos componentes, por un lado, y sobre los efectos, por el otro, del modo de producción capitalista”. La intervención sobre los elementos implica afectar la propiedad y el mercado, mientras que la intervención sobre los efectos apunta a afectar el desarrollo desigual.

- 28 Véase Pietro Perlingieri, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, 2 t., 555-578 (Pontificia Universidad Javeriana, 2015). Explica el mencionado autor que el solidarismo puede ser objeto de una pluralidad de diferentes sentidos. Así, se puede hablar de solidaridad por los fines del Estado, solidaridad de las comunidades intermedias (familia, sociedades, asociaciones), o solidaridad por comunidades específicas. Con base en lo anterior, plantea Perlingieri que “distinta es la solidaridad constitucional con respecto de la del código civil: no es solamente económica, orientada a objetivos nacionalistas, de eficiencia del sistema y de aumento de la productividad, pero (sic) tiende a fines políticos, económicos, sociales [...] En esta perspectiva, la solidaridad expresa la cooperación y la igualdad en la afirmación de los derechos fundamentales de todos”, todo lo cual solo puede realizarse bajo el entendido de que los principios de solidaridad y de igualdad son el resultado de la realización de la dignidad social del ciudadano, pues “no pueden ser iguales las dignidades sociales entre los ciudadanos, cuando hay quien tiene la posibilidad de elegir el trabajo según la propia vocación y quien en cambio no está en las mismas condiciones”. De esta manera, como lo plantea el mismo autor, el papel que desempeña el derecho en la realización de la solidaridad es fundamental, pues la sociedad no se puede reducir al mercado y a sus reglas propias, sino que el derecho, como regulador de la sociedad, debe establecer límites y correctivos al mercado para proteger no solo la búsqueda de riqueza sino valores e intereses de diversa naturaleza; así, “el ‘buen derecho’ no solamente garantiza la conservación de la realidad, como naturalmente se crea y desarrolla, sino que anticipa y promueve la transformación de la sociedad para realizar a su interior, compatiblemente con los recursos, los mayores chances de vida libre y decorosa por (sic) todos. El ‘buen derecho’ es justo, ecuánime, solidario, tiene su justificación social, no agota los derechos en su contenido patrimonial, haciendo de ello ‘privilegios’, pero (sic), en la contribución en la mejora de la calidad de la vida, tiende a difundirlo generosamente, atribuyendo una función social deducible del nivel cultural y ético del sistema normativo”.
- 29 A. Honneth, *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática* (Katz, 2019).
- 30 El concepto de *humanización del derecho* no puede ser tratado acá, por razones de extensión del escrito, pero sí puede afirmarse, a grandes rasgos, que por humanización del derecho entiendo la incorporación del discurso de los derechos humanos en los discursos tradicionales del derecho.
- 31 Véase J. de Lucas, *Solidaridad y derechos humanos*, en J. J. Tamayo, Dir., 10 palabras clave sobre derechos humanos 149-194 (Verbo Divino, 2005). Plantea el autor que “el principio de solidaridad puede presentarse no sólo como una exigencia ética, sino como un criterio en el ámbito jurídico-político, es decir, un principio relacionado no con la caridad, la benevolencia o la ‘humanidad’, sino con la justicia, y precisamente como especificación de la igualdad. Este principio se concretaría, entre otras cosas, no sólo en la presencia en los ordenamientos jurídicos positivos de deberes positivos y entre ellos el deber mismo de solidaridad (en el nuestro, basta leer los artículos 30.1, 3 y 4, 31, 39ss de la Constitución,

- por no mencionar el más clásico delito de omisión de prestación del deber de socorro), sino, además, en la no menos clara existencia de normas y sanciones de contenido positivo que premian e incentivan determinadas conductas”.
- 32 En efecto, su presentación del tema parte de la base de que se ha escrito que “la solidaridad es incompatible con la coacción y que, por tanto, intentar incorporar consecuencias jurídicas desde la solidaridad es destruir la noción misma de solidaridad, el cual sería un asunto de la sociedad civil, de la espontaneidad ciudadana”. Ello implicaría que la solidaridad no podría traducirse en derechos ni en deberes jurídicos. Para reforzar este argumento, se plantea que “la solidaridad como principio jurídico es propia del Estado social y, al haber fracasado el Estado social, tras el supuesto triunfo del mercado, ello acarrearía el fracaso de la solidaridad como principio jurídico”. Un segundo grupo de críticas a la juridificación de la solidaridad apunta a lo que se ha denominado conflicto de solidaridades o círculos de distintos vínculos de solidaridad, que a veces entran en conflicto debido a que la solidaridad sería un impulso propio de sociedades cerradas y, para resolverlos, se plantea como criterio superior el de proximidad, es decir, cuál círculo es más próximo. De Lucas califica todas estas objeciones como una versión “edulcorada o retórica” de la solidaridad, que la reduce a una virtud personal, de manera que la solidaridad sería lo contrario de un deber y de derechos, pues limita la solidaridad a los campos de la ética y la virtud y no le reconoce la proyección social que tiene en las instituciones, el derecho y el Estado. Así, la solidaridad no queda en más que un “sucedáneo laico de la caridad o, para ser más exactos, de la limosna, porque la caridad en sentido estricto es mucho más exigente para el creyente”. Por ello, propone de Lucas recuperar la noción de solidaridad como principio jurídico, que claramente no supone uniformidad sino, por el contrario, “implica la noción de comunidad e interdependencia, supone en no menor medida arrancar de la heterogeneidad, del reconocimiento de la diferencia” y que se traduce en la idea de “asumir los intereses del otro como propios”. Con base en lo anterior, defiende el autor la existencia de los derechos de solidaridad, que resultan de una visión de la vida en comunidad y que, a su vez, sólo pueden realizarse gracias al esfuerzo de todos los que participan en la vida social, que tendrían un lugar especial en los derechos humanos, pues mientras la libertad fue el valor guía de los derechos humanos de primera generación, la igualdad lo fue para los económicos, sociales y culturales o de segunda generación, es la solidaridad el principal valor de referencia de los derechos humanos de tercera generación. Para poder comprender los derechos de solidaridad, plantea de Lucas que es indispensable hablar de los deberes de solidaridad, ante los cuales surge la duda de si efectivamente pueden establecerse como deberes exigibles o si apenas deben quedarse en la función promocional del derecho de la que alguna vez habló Bobbio, ante lo cual opta por plantear claramente que el Estado no puede ser neutral respecto de los bienes sociales elementales, por lo que “el Estado social no puede abandonar la exigencia de solidaridad como una virtud social, sino que debe considerarla, al contrario, como un principio exigible, como parte del contenido de la justicia, al igual que lo son la igualdad y la libertad”. La base de la solidaridad como principio jurídico es el hecho de que los individuos, para serlo, necesitamos de una comunidad, de manera que por el hecho de ser ciudadanos y exigir los derechos que se derivan de esa condición, los ciudadanos tenemos unos deberes respecto de la comunidad que nos garantiza esos derechos, por lo que es absolutamente lógico y coherente el recurso a la coacción para obtener el cumplimiento de esos deberes, lo que da justificación a la existencia de las obligaciones jurídicas de solidaridad.
- 33 Llamo la atención, precisamente, sobre el hecho de que son unas aproximaciones iniciales para buscar resolver la pregunta formulada, por lo que agradezco la retroalimentación y comentarios por parte de los lectores de este documento.
- 34 Cfr. J. C. Ortiz Gutiérrez, *La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005*, año 6, n.º 2, Estudios Constitucionales 247-300 (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008).
- 35 Véase Freedom House, *Freedom in the World 2021*, s.f.
- 36 Véase Banco Mundial, *Hacia la construcción de una sociedad equitativa en Colombia*.
- 37 Véase Charities Aid Foundation, *CAF World Giving Index 2021: A Global Pandemic Special Report* (junio de 2021).
- 38 “Consiste en desplazar la Solidaridad del ámbito público-estatal al privado de la sociedad civil. Se trata de, en una adecuada perversión de los conceptos y el correspondiente instrumental jurídico y político, utilizar esta concepción de la Solidaridad como un mecanismo más de ataque y debilitamiento del Estado social. [...] Se entiende así que la Solidaridad, concebida como voluntaria actividad de particulares en cuanto miembros responsables de la comunidad a la que pertenecen, es el mecanismo básico para paliar la situación de los necesitados [...] lo que hay detrás de esta posición — y, desde luego, como resultado— es dejar al Mercado la búsqueda de su propio equilibrio, en el sentido de que compense, en el grado mínimo necesario para mantener su desarrollo, sus disfuncionalidades, excluyendo o reduciendo en todo lo posible la mediación estatal; se sigue así la tendencia general del extremo liberalismo actual que sustituye las mediaciones del Estado (el anterior papel del Estado como lugar del conflicto o ‘concentración de las contradicciones’) por la actuación directa —del capital sobre el trabajo— o, lo que es lo mismo, que todo se sustancie en el ámbito de la sociedad civil, de lo privado, en definitiva, de la economía, con desaparición progresiva del ámbito de lo político. Esta situación conduce, en el orden interior de los Estados y específicamente en los del constitucionalismo del Estado social, a un vaciamiento de la Constitución”. C. de Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad* 61-62 (Marcial Pons, 2006).
- 39 “La intervención del Estado en la reactivación empresarial cumple con estas pautas pues: (i) Se lleva a cabo en virtud de la ley: Ley 1116 de 2006; (ii) No afecta el núcleo esencial de la empresa, pues por el contrario, busca preservar su existencia; (iii) Obedece a motivos adecuados y suficientes como son la preservación de la empresa como promotora

- del desarrollo y fuente de empleo; (iv) Responde al principio de solidaridad, pues atiende al mismo para establecer un régimen especial que busca apoyar a la empresa y a sus trabajadores en una situación especial y; (v) Cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no desconoce los derechos de los acreedores de la empresa ni del Estado, sino que establece un régimen especial para el cumplimiento de las obligaciones del deudor” (subrayado fuera del texto). Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 9, 2012, M.P.: J. I. Pretelt Chaljub, Sentencia C-620/12, [Colom.].
- 40 En efecto, en la mencionada sentencia de 2007 se plantea que: “Por consiguiente no resulta contrario a la Constitución que el legislador haya derogado el Título II de la Ley 222 de 1995 sin que el régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006 se haya hecho extensivo a las personas naturales no comerciantes”. No obstante lo anterior, considera del caso la Corte puntualizar que, si bien los procesos concursales son, fundamentalmente, mecanismos orientados a la protección del crédito, no es menos cierto que a través de ellos puede hacerse efectivo el principio de solidaridad en aquellos casos en los que, como consecuencia de una situación de insolvencia, el deudor se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que afecte sus derechos fundamentales, razón por la cual resultaría acorde con dicho principio que el legislador estableciese un proceso concursal específico para las personas naturales no comerciantes que se encuentren en un estado de insolvencia. Para tal efecto, la Corte hará un exhorto al Congreso de la República, para que dentro de su potestad de configuración legislativa expida un régimen universal al que puedan acogerse las personas naturales no comerciantes en situación de insolvencia” (subrayado fuera del texto). Corte Constitucional de Colombia [C.C.], septiembre 6, 2007, M.P.: R. Escobar Gil, Sentencia C-699/07, [Colom.].
- 41 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 26, 2003, M.P.: R. Escobar Gil, Sentencia T-520/03, [Colom.].
- 42 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], mayo 6, 2004, M.P.: A. Beltrán Sierra, Sentencia T-419/04, [Colom.].
- 43 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], febrero 25, 2005, M.P.: J. Córdoba Triviño, Sentencia T-170/05, [Colom.].
- 44 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 30, 2005, M.P.: H. Sierra Porto, Sentencia T-676/05, [Colom.].
- 45 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], abril 17, 2008, M.P.: N. Pinilla Pinilla, Sentencia T-358/08, [Colom.].
- 46 Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 15, 2010, M.P.: Humberto Sierra Porto, Sentencia T-448/10, [Colom.].
- 47 Para más detalle alrededor de los pronunciamientos jurisprudenciales concretos sobre el principio de solidaridad en procesos de insolvencia, cfr. D. M. Ortiz Tovar, *Principio de solidaridad: aplicabilidad en los procesos de insolvencia - Caso colombiano* 159, en *Los procesos de insolvencia: una mirada desde la perspectiva internacional* (Universidad Surcolombiana, 2020).
- 48 Cfr. W. Ospina, *Colombia, donde el verde es de todos los colores* (Random House Mondadori, 2013).
- 49 Frase atribuida por Juan Gossáin a Teresa de Calcuta, en una referencia que no pude confirmar en otras fuentes. Cfr. J. Gossáin, *El futuro que nos espera cuando pase el coronavirus* (24 de abril de 2020).
- 50 Papa Francisco, *Homilía completa del Papa Francisco en el momento extraordinario de oración por la pandemia* (27 de marzo de 2020).
- 51 Plantea Markus Gabriel que “el hecho de que estamos viviendo en tiempos oscuros lo perciben antes que nadie los más pobres de este mundo, que a menudo carecen de los recursos más básicos. Mientras que entre nosotros se recurre a virólogos para que contengan la propagación del nuevo coronavirus en colaboración con los políticos y expertos en temas de salud, en cambio los más pobres -que no viven solo en países remotos, sino también hacinados en nuestros propios campos de refugiados- están expuestos sin protección tanto al coronavirus como a muchas otras enfermedades. Los que formamos parte de la población acomodada tenemos en ello una responsabilidad compartida, que reprimimos en la vida porque nuestros negocios y nuestros hábitos de consumo nos hacen olvidar que estamos todos en el mismo barco, en el mismo planeta”. M. Gabriel, *Ética para tiempos oscuros: valores universales para el siglo XXI* 20 (Pasado & Presente, 2021).
- 52 Cfr. A. Ángel Dasso, *Prólogo*, en *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis* 9-17, en Diana Rivera Andrade, coord. (Tirant lo Blanch, 2020).
- 53 Véase D. A. Skeel, *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America* (Princeton University Press, 2004).
- 54 Véase J.J. Calderón Villegas, *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Temis, 2011).
- 55 Cfr. R. Haass, *The Pandemic Will Accelerate History Rather Than Reshape It* (7 de abril de 2020).
- 56 Véase, entre otros, AA. VV., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, en José A. Estévez Araújo, ed. (Trotta, 2013).
- 57 Para ello, acojo lo señalado en su momento por Bobbio, cuando afirmó que “a cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia humana, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado”. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos* 83 (Sistema, Madrid, 1991).

- 58 Véase A. Gurrea-Martínez, *The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World* (Singapore Management University School of Law Research Paper, 2021).
- 59 D. Loewe, *Ética y coronavirus 202* (FCE, 2020).
- 60 M. Gabriel, *supra* nota 51, págs. 360-361.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar este artículo: Rafael E. Wilches Durán, *El rol del principio de solidaridad en el derecho concursal en Colombia. Reflexión teórica con ocasión de la pandemia/sindemia por la enfermedad de la covid-19*, 71 Vniversitas (2022), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.rpsd>