

## RADICACIÓN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 43 (parcial) DE LA LEY 633 DE 2000

Luis Camilo Martínez <luisc.martinez@smmabogados.com>

Lun 22/08/2022 13:47

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

**HONORABLES MAGISTRADOS**

**CORTE CONSTITUCIONAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**E. S. D.**

**REF: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 43 (parcial) DE LA LEY 633 DE 2000.**

**LUIS CAMILO MARTÍNEZ TORO**, ciudadano en ejercicio e identificado como aparece al pie de mi firma, de manera respetuosa, mediante el presente escrito manifiesto que en ejercicio del derecho político consagrado en el artículo 40.6 de la Constitución Política y en cumplimiento del deber constitucional consagrado en el artículo 95.5 *idem*, presento, de conformidad con lo reglado en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 42 (parcial) de la Ley 633 de 2000.



**LUIS CAMILO MARTÍNEZ TORO**

+57 321 324 02 17 @ luisc.martinez@smmabogados.com

+60 1 640 63 04 @ Cra. 10 No. 97A-13 Of. 704 Torre B

**w w w . s m m a b o g a d o s . c o m**

**HONORABLES MAGISTRADOS  
CORTE CONSTITUCIONAL  
REPÚBLICA DE COLOMBIA  
E. S. D.**

**REF: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD  
CONTRA EL ARTÍCULO 43 (parcial) DE LA LEY  
633 DE 2000.**

**LUIS CAMILO MARTÍNEZ TORO**, ciudadano en ejercicio e identificado como aparece al pie de mi firma, de manera respetuosa, mediante el presente escrito manifiesto que en ejercicio del derecho político consagrado en el artículo 40.6 de la Constitución Política y en cumplimiento del deber constitucional consagrado en el artículo 95.5 *ídem*, presento, de conformidad con lo reglado en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 42 (parcial) de la Ley 633 de 2000.

#### **I. DISPOSICIÓN ACUSADA**

A continuación se transcribe el texto de los preceptos que contienen las expresiones demandadas, conforme fue publicado en el Diario Oficial 44.275 de 29 de diciembre de 2000, las cuales se resaltan:

LEY 633 DE 2000  
(diciembre 29)

Diario Oficial No. 44.275, de 29 de diciembre de 2000

Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial.

EL CONGRESO DE COLOMBIA  
DECRETA:

ARTICULO 42. RESPONSABILIDAD PENAL POR NO CONSIGNAR LAS RETENCIONES EN LA FUENTE Y EL IVA. Unifícanse los parágrafos 1o. y 2o. del artículo [665](#) del Estatuto Tributario en el siguiente párrafo, el cual quedará así:

"Parágrafo. <Aparte tachado derogado por el artículo [21](#) de la Ley 1066 de 2006.> Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes

intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

**Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas".**

## II. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VIOLADAS

El aparte en negrilla contenido en el artículo 43 (parcial) de la Ley 633 de 2000 es objeto de impugnación por cuanto vulnera los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

## III. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Dos serán los cargos que se formularán contra la disposición demandada: en primer lugar, la vulneración del derecho a la igualdad, por generar un trato excluyente a las personas naturales comerciantes, que en vigencia de la Ley 1116 de 2006 pueden ser admitidas a procesos de reorganización, lo que significa que se encontrarían en las misma situación fáctica de las sociedades (personas jurídicas), que en vigencia de la Ley 550 de 1999 podían ser las únicas admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración, razón por la cual, a la luz del artículo 13 y del avance normativo que tuvo lugar en 2006, también deberían estar exentas de la aplicación del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 (3.1.). En segundo lugar, la norma demanda también supone la vulneración del derecho al trabajo y al deber de ganarse la vida, como quiera que estando en una misma situación fáctica, la persona natural comerciante se ve desmejorada ante las sociedades, puesto que, en la práctica, producto de la aplicación de la norma impugnada, frente a ellas el Estado renuncia a rentas para permitir que logren reorganizar sus deudas, sin que ello sea el caso frente a las personas naturales comerciantes, en claro detrimento de los derechos invocados (3.2). Finalmente, esto tiene como consecuencia que prácticamente se obligue a las personas naturales a emprender su empresa únicamente a través de una

persona jurídica, lo cual supone una clara infracción a la libertad de asociación, que, como ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional, tiene una vertiente negativa, que garantiza a las personas el derecho a no asociarse y a no ser constreñido a ello ni de manera directa ni indirecta<sup>1</sup> (3.3.)

### **3.1. Inconstitucionalidad del aparte acusado por violación del artículo 13 de la Constitución Política:**

La disposición acusada establece que “Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de **las sociedades que se encuentren** en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o **hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999**, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”. Así reglado, el beneficio previsto viola el derecho a la igualdad, porque sin que haya razón para ello, crea un trato diferenciado entre dos sujetos que están en una misma situación fáctica y jurídica, producto de lo cual se discrimina a las personas naturales comerciantes, que en vigencia de la Ley 1116 de 2006 pueden ser admitidas a procesos de reorganización. Siendo esto así, una persona natural comerciante, que se encuentra objetivamente en la misma situación fáctica y jurídica de una sociedad (personas jurídicas) admitida en un proceso de reorganización de créditos, se ve excluida del beneficio contemplado por la norma demandada, por el solo hecho de que al momento de su expedición se encontraba en vigencia la Ley 550 de 1999, estatuto según el cual únicamente podían ser admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración las personas jurídicas. Como es patente, en un Estado social y democrático de Derecho comprometido con la garantía de la igualdad y la proscripción de la discriminación, ello no es un argumento suficiente ni válido para justificar dicha exclusión. En consecuencia, también las personas naturales comerciantes que sean parte de un proceso de reestructuración (conforme a lo previsto por la Ley 1116 de 2006, deberían estar exentas de la aplicación del artículo 42 de la Ley 633 de 2000.

Demostrar que dicha situación genera un trato discriminatorio injustificado implica realizar el siguiente estudio: en primer lugar se hace una breve referencia al derecho fundamental a la igualdad y su carácter multidimensional (3.1.1.), después se analiza el tipo penal contenido en el artículo 403 de la Ley 599 de

---

<sup>1</sup> Ver, en este sentido, de la Corte Constitucional, las sentencias C-606 de 1992, T-781 de 1998 o T-1030 de 2000.

2000, con el fin de contextualizar la excepción prevista en la norma demandada (3.1.2.); y, finalmente, se lleva a cabo un test intermedio de igualdad, para demostrar cómo, con arreglo a este instrumento metodológico desarrollado por la jurisprudencia constitucional, la norma demandada afecta el derecho a la igualdad y resulta arbitrario en punto de afectar la libre competencia (3.1.3.).

### **3.1.1. Análisis del tipo penal contenido en el artículo 403 de la Ley 599 de 2000:**

En el caso examinado, la disposición acusada está estrictamente relacionada con el tipo penal contenido en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, cuyo tenor literal es el siguiente:

**ARTÍCULO 402. OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.** <Artículo modificado por el artículo [339](#) de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguiente a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma pena prevista en este artículo.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

**PARÁGRAFO.** El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con

sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

En tanto el tipo penal hace referencia a la omisión de cumplir con una obligación tributaria, con el fin de tener clara su naturaleza, es preciso acudir a la definición que de este concepto ha sido esbozada por la Corte Constitucional:

“La doctrina y la jurisprudencia hacen consenso al definir la obligación tributaria como un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en virtud del cual éstas tienen para con el mismo el cumplimiento de una prestación que se desdobra en dar, hacer y no hacer. Concepción que a su vez se erige al amparo de los siguientes elementos integrantes: 1) **el sujeto activo** o acreedor, que es el Estado, el cual se concreta y particulariza a través de los correspondientes órganos y dependencias del orden nacional y territorial. 2) **el sujeto pasivo** o deudor, constituido por los contribuyentes y los no contribuyentes, sean personas naturales, jurídicas, sociedades, o asimiladas. 3) **el objeto** u obligación que consiste en dar, hacer y no hacer. Es decir, **dar**: en cuanto el sujeto pasivo tiene que pagar el valor del impuesto a cargo en efectivo, con títulos valores u otros medios económicamente idóneos; **hacer**: que se traduce en una serie de actos positivos, tales como declarar, retener en la fuente, certificar esa retención, e informar en los casos y condiciones que la Administración Tributaria lo exija con arreglo a la Constitución y la ley. Conductas que por otra parte explican el hecho de que los no contribuyentes sean considerados sujetos pasivos de la obligación fiscal, pues según se aprecia, el carácter de sujeto pasivo no es exclusivo de quienes están obligados a pagar. Antes bien, el simple llamado o invitación a un no contribuyente para que rinda legalmente cierta información ante la Administración Tributaria, lo hace sin más sujeto pasivo de la obligación tributaria; **no hacer**, que implica una abstención, entendida ésta como la prohibición legal de evadir o eludir el tributo. 4) **la causa**, que es de dos naturalezas, a saber: causa remota, o sea la ley misma, por cuanto no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca; causa inmediata, o sea el hecho económico, también conocido como hecho generador o hecho imponible. El cual constituye la materia prima de la base gravable obtenida a través del procedimiento denominado depuración de la renta. Base que por ende soporta la

aplicación de la tarifa correspondiente, a fin de establecer el monto impositivo a cargo del sujeto pasivo”<sup>2</sup>

De este aparte es necesario resaltar que el sujeto pasivo de la obligación está constituido por los contribuyentes y los no contribuyentes, sean personas naturales, jurídicas, sociedades, o asimiladas, por lo que es posible afirmar que en el tipo penal *sub examine* la calidad de sujeto pasivo comprende a todas las personas, los que contribuyen y los que no contribuyen, como única diferenciación.

Toda vez que el aparte normativo reprochado involucra a los agentes retenedores, se hace necesario echar un vistazo a las funciones generales de esta clase de sujetos, las cuales, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, son varias y relevantes, así:

"El agente retenedor tiene como **primera función** la de deducirle a sus acreedores externos o internos, al momento del pago o abono en cuenta, las cantidades que con arreglo a la tarifa estipulada en la ley correspondan a un tributo específico que obra en cabeza de dicho acreedor, por donde el monto detráido habrá de tener una de dos expresiones en el tiempo. Con el mismo sentido teleológico de la hipótesis anterior, la suma deducida, por el sólo hecho de la retención por causación, **se convierte en un recurso estatal que temporalmente reposa en manos del agente retenedor**, sin que para nada importe el que el pago se verifique en una fecha posterior, toda vez que la naturaleza estatal de la cantidad retenida no depende de las cláusulas crediticias pactadas por las partes en su relación comercial sino de la retención practicada al momento de la realización del ingreso, que en este caso se configura por causación (art. 27 E.T.). (negrilla fuera de texto)

**La segunda función** del agente retenedor consiste en declarar y consignar las sumas retenidas. Lo cual harán en los formularios, lugares y plazos establecidos por las normas rectoras. Siendo entendido que la no consignación de la retención en la fuente dentro de los plazos establecidos por el Gobierno causará intereses moratorios.

Por consiguiente, en los casos en que el agente retenedor incumpla con el imperativo de declarar y consignar oportunamente lo retenido –al momento del pago o abono en cuenta –, **deberá asumir y pagar tanto las sanciones como los intereses correlativos que se causen a favor del Tesoro Público al tenor del Estatuto Tributario. Lo cual ocurre dentro de la**

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 2001.

**esfera administrativa, y llegado el caso, dentro de la órbita contencioso - administrativa.** (negrilla fuera de texto)

El aparte jurisprudencial indica que **los recursos relacionados con las retenciones y el IVA son recursos estatales que temporalmente reposan en los agentes retenedores y que a partir de ellos se les genera la carga de declararlos y consignarlos.** Esto, como quiera que “los agentes de retención, independientemente de su condición de contribuyentes o no contribuyentes, están llamados a prestar un eficaz concurso a la Administración Tributaria, al Estado y a la sociedad misma en procura del financiamiento de los gastos e inversiones presupuestados anualmente, y por tanto, de la oportuna realización de las tareas públicas”<sup>3</sup> (negrilla fuera de texto).

Pese a que el tipo penal consagrado en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 no consagra excepción alguna a su aplicación, la norma demandada si lo hace. Establece que la sanción contemplada por el tipo penal comentado no será aplicable para el caso de las **sociedades** que se encuentren en procesos concordatarios; liquidación forzosa administrativa; proceso de toma de posesión de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o hayan sido admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración al que hace referencia la Ley 550 de 1999.

Toda vez que cuando la norma demandada fue expedida las únicas personas que tenían legitimidad para emprender procesos de insolvencia eran las sociedades se hace necesario contextualizarla y tomar en consideración cuál es la situación actual, en vigencia de la Ley 1116 de 2006, que expandió la aplicación del régimen de insolvencia a las personas naturales comerciantes. Si la legislación concursal evolucionó para abrir esta clase de procesos a personas naturales, no se compadece con la garantía de la igualdad que la norma demandada consagre un beneficio solo para las sociedades. Corresponde al juez constitucional asegurar la plena vigencia de la igualdad y corregir esta deficiencia del legislador, explicable por la época en que fue expedida la norma demandada.

### **3.1.2. Contexto de la norma demandada:**

En Colombia, desde 1969 (Ley 38 de 1969), la legislación tributaria estableció el deber de consignar lo retenido dentro de los primeros 15 días calendario; y si ello no se hacía los retenedores quedaban sometidos a las sanciones previstas

---

<sup>3</sup> *Ibidem.*



en la ley penal para los empleos públicos que se apropiaban de los dineros públicos. En 1987 se expidió el Decreto 2503, que en su artículo 154 derogó el artículo 4 de la Ley 38 de 1969 y como consecuencia de ello se eliminó el elemento temporal de la tipificación penal. Esta “nueva versión” fue incorporada en el artículo 665 del Estatuto Tributario, norma que fue acusada de inconstitucional por no contener el elemento temporal. Fruto de esta situación, en la sentencia C-285 de 1996, el artículo 665 del Estatuto Tributario fue declarado inexecutable por no contener esa limitación temporal y atentar contra el principio de legalidad imperante en materia de sanciones penales. Como respuesta a esta sentencia, mediante el artículo 22 de la Ley 383 de 1997 se estableció responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA, dicha norma restauró el elemento temporal.

El tenor literal del Artículo 22 de la Ley 383 de 1997 es el siguiente:

**ARTICULO 22.** Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo [665](#). Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA. El Agente Retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la administración de la cual sea contribuyente, con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo y la constancia de su aceptación. De no hacerlo las sanciones previstas en este artículo, recaerán sobre el representante legal.

**PARAGRAFO 1o.** El agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, se hará beneficiario de la cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo.

**PARAGRAFO 2o.** Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas".

Como puede observarse, la norma, además del elemento temporal incluyó dos párrafos nuevos, el primero relativo a la extinción de la obligación tributaria como causal de extinción del procedimiento penal (párrafo 1º), y el segundo relacionado con la exclusión de la aplicación de la pena prevista en el caso de sociedades "que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas" (párrafo 2º).

Este artículo fue demandado ante la Corte Constitucional por violación de los artículos 13, 28 y 29 de la Constitución. Mediante sentencia C-1144 de 2000 fue declarado exequible, pero frente a los párrafos 1º y 2º la Corte se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo, toda vez que los párrafos habían sido derogados expresamente por el artículo 71 de la Ley 488 de 1999.

El artículo 71 referido estableció que los párrafos quedarían así:

"PARÁGRAFO 1o. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago, compensación o acuerdo de pago de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.

PARAGRAFO 2o. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios, o en liquidación forzosa administrativa, o en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas".

Finalmente, los dos párrafos en cita fueron unificados mediante el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 demandado, así:

**ARTÍCULO 42.** Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA. Unifícanse los párrafos 1º y 2º del artículo 665 del Estatuto Tributario en el siguiente párrafo, el cual quedará así:

**"PARÁGRAFO.** Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas".

En este orden de ideas, es claro que el problema que atenta contra la igualdad es el siguiente: el artículo 42 excluye a sujetos que se encuentran en la misma situación fáctica, esto es, a las personas naturales comerciantes, por el hecho (constitucionalmente irrelevante) que la Ley 550 de 1999 establecía en su artículo 1 que era aplicable a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores.

Sin embargo, la Ley 550 de 1990 fue derogada por la Ley 1116 de 2006, excepto en lo relativo a las entidades territoriales, los procesos de reestructuración fueron objeto de una modificación sustancial, y en especial se amplió su radio de cobertura a personas naturales, antes excluidas de esta clase de trámites. Según el artículo 2 de la Ley 1116 de 2006, que fija el ámbito de aplicación de esta norma:

**ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades

extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. (Subrayado fuera de texto)

Como quiera que el ámbito de aplicación de la Ley 1116 de 2006 contempla a las personas naturales comerciantes como destinatarios de la ley que establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia, el artículo 42 demandado, al disponer que la pena contemplada “no será aplicable a sociedades” (y solo a esta clase de personas jurídicas) está excluyendo injustificada y anticonstitucionalmente del beneficio allí previsto a las personas naturales, también sujetas de los procedimientos concursales (según lo visto). El resultado de tal proceder no es otro que el desconocimiento de la igualdad y, como consecuencia, la discriminación de las personas naturales comerciantes que han sido admitidas en este régimen de insolvencia.

El efecto práctico de la mencionada discriminación será que **las personas naturales comerciantes que han sido admitidas a la negociación de acuerdos de reorganización, y no declaren y paguen las retenciones y el IVA tendrán responsabilidad penal, mientras que las personas jurídicas que estén en esa misma condición estarán exceptuadas de la aplicación del tipo penal.** Difícil apreciar una discriminación más patente entre dos sujetos que, aun cuando jurídicamente distintos en su naturaleza, por razón de la situación que regula la norma atacada, es manifiesto que se encuentran situados en una misma situación fáctica y jurídica que debería dar lugar a dispensarles un mismo tratamiento. No es ese, sin embargo, el caso.

Con todo, identificado ya el trato discriminatorio, corresponde ahora comprobar de manera más detallada cómo la situación planteada vulnera el derecho a la igualdad. Para ello se estima necesario adelantar el juicio intermedio de igualdad, basado en los criterios ofrecidos por la jurisprudencia constitucional.

### 3.1.3. Test intermedio de igualdad:

La Corte Constitucional<sup>4</sup> ha sostenido que la igualdad es un concepto “multidimensional”, comoquiera que es de manera simultánea un principio, un derecho fundamental y una garantía, lo que implica que debe entenderse a partir de esas tres dimensiones:

- Formal: implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-909 de 2011.

- Material: implica garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos.
- Prohibición de discriminación: no es permitido aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política entre otras.

Así las cosas, en términos de la Corte Constitucional<sup>5</sup>:

“De modo sucinto, entre las reglas y subreglas que sobre la igualdad y la no discriminación esta Corte ha trazado según la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos que vincula a Colombia es necesario destacar las siguientes: Como regla general, **la legalidad en el Estado constitucional (derechos, responsabilidades, obligaciones) debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos a quienes se dirige, igualdad formal o ante la ley, salvo que existan razones que justifiquen y hagan legítimas normas diferentes, fundadas en las condiciones especiales del sujeto que hacen inoperante o ilegítima la norma general e imponen el trato jurídico y material diferenciado.** En ese mismo sentido, las facultades, prerrogativas, prestaciones y habilitaciones que nutren de contenido los derechos, deben ser reconocidas a todos los sujetos que puedan entenderse como titulares de los mismos, así existan diferencias entre ellos. En lo demás, cuando los sujetos son diferenciables y no resulta legítima la misma norma de derecho, se hace imperativa la aplicación de un razonamiento inverso, de una regla que distinga e incorpore las garantías que demanda la diferenciación, como forma de hacer efectiva la igualdad material.” (negrilla fuera de texto)

Se desprende del aparte citado que la ley debe ser aplicada en condiciones de igualdad a los sujetos a los que se dirige, salvo que exista una razón justificada que habilite aplicar una norma diferente fundada en las condiciones especiales del sujeto y ello imponga un trato jurídico y material diferenciado.

Cuando efectivamente se identifique que existe razón para un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones afines, la Corte Constitucional ha expresado que debe hacerse un examen de validez constitucional a ese criterio de distinción con el objetivo de constatar que no vulnere el principio de igualdad. Al respecto ha señalado que “No basta con que una norma que establece una diferencia de trato persiga una finalidad legítima para que, por ese sólo hecho, se justifique la

---

<sup>5</sup> Ibidem.

afectación del principio de igualdad. Adicionalmente se requiere que la norma sea verdaderamente útil, necesaria y proporcionada respecto de la respectiva finalidad”.<sup>6</sup>

El juicio al que se refiere la Corte Constitucional es el siguiente:

“El examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P), a través de un juicio simple compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en una determinada actuación pública o privada.

El **test de igualdad es débil**: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia creó una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se requiere la aplicación de un **test intermedio de igualdad** cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea *constitucionalmente importante*. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional.

Por último, el **test estricto de igualdad**: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios “*potencialmente discriminatorios*”, como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C.539 de 1999.

afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.).

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo.

La robustez del control que realiza la Corte al utilizar el test estricto es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones que están relacionadas con materias como son: i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que *prima facie*, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros en términos del ejercicio de derechos fundamentales.

En conclusión, la aplicación del test de igualdad para verificar la violación a ese principio implica un análisis a partir de niveles cada uno con un grado diferente de intensidad, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme a la norma y a la situación objeto de estudio.”<sup>7</sup>

En este caso se propone adelantar un **test intermedio de igualdad** puesto que se está en presencia de una medida legislativa que afecta la libre competencia y libertades económicas. Para adelantar la valoración propuesta debe tenerse en cuenta la descripción realizada por la Corte Constitucional en sentencia C-084 de 2020 de este insumo metodológico:

“El escrutinio intermedio exige que el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, debe verificarse que la medida no sea evidentemente desproporcionada. Esta intensidad del juicio se aplica cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o, ii) existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Asimismo, se utiliza en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2017.

históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como las normas que emplean un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior.”

Así las cosas corresponde en primer lugar comprobar que con la medida se afecta un derecho constitucional (a.) para posteriormente acreditar que existe un indicio de arbitrariedad y se refleja en la afectación grave de la libre competencia (b).

**a. Afectación de un derecho constitucional:**

La finalidad del régimen de insolvencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006 es la siguiente:

**“ARTÍCULO 1o. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA.** El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.”

Para la Corte Constitucional, la Ley 1116 de 2006 “es resultado de la evolución normativa tendiente a la protección de la empresa por su importancia en el desarrollo económico nacional, a la vez que mantiene la seguridad del crédito, con garantías de equidad entre los acreedores. La ley pretende superar las dificultades y desventajas de los regímenes anteriores gracias a una serie de



principios y herramientas que agilizan el trámite, y dan seguridad jurídica a los acuerdos”<sup>8</sup>.

El artículo 2 de la Ley 1116 de 2006 extendió su ámbito de aplicación a las personas naturales comerciantes, razón por la cual en vigencia de ésta es perfectamente posible que una persona natural comerciante sea admitida a un proceso de reorganización, caso en el cual dicho procedimiento debe estar orientado por los principios dispuestos en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006. Debe recordarse que detrás de la empresa, como unidad productiva, puede haber una persona natural, tanto como una persona jurídica; no por otra razón se explica la referida ampliación del espectro de cobertura de esta clase de trámites. Dentro de los principios que orientan el procedimiento de insolvencia se encuentran el **universalidad y el de igualdad** los cuales se verían vulnerados en caso que las personas naturales comerciantes no queden exentas de la aplicación del artículo 42 demandado, como pasa a explicarse.

El principio de universalidad encuentra su fundamento en el artículo 2488 del Código Civil, según el cual toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir todos los bienes del deudor. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“En la ley 1116 de 2006, la universalidad se encuentra consagrada como el primero de los principios del régimen de insolvencia, en el artículo 4, numeral 1º que determina: *“Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.”*

Este principio, por el cual todas los bienes y débitos hacen parte de una sola bolsa en el proceso de insolvencia, se compatibiliza con el principio de igualdad, (artículo 4, numeral 2) por el cual se debe dar un *“Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias”*.

De tal manera que en el caso de insolvencia son los principios más importantes del proceso, el integrar en el mismo trámite a todos los bienes y responder con ellos a todos los acreedores, en un plano de igualdad – *par conditio creditorum*- para procurar la mejor solución para la persona insolvente, así como para todos los que concurren al pago de sus deudas.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 2018.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2013.

La aplicación práctica de los principios de universalidad e igualdad se traduce en que se deben integrar en un solo trámite todos los bienes del deudor y responder con ellos a todos los acreedores en condiciones de igualdad. Esta garantía se desconoce si a las personas naturales comerciantes que sean admitidas en procesos de reorganización se les aplica el artículo 42 demandado, a despecho del propósito perseguido por la Ley 1116 y de los requerimientos de la igualdad.

La aplicación literal o restrictiva del artículo 42 demandado se impone como consecuencia de la imposibilidad de efectuar interpretaciones extensivas o realizar aplicaciones analógicas del Derecho en un ámbito sancionatorio como el penal, regido por una estricta reserva de ley y un muy severo principio de legalidad. Esto implica que producto de la comentada evolución normativa, la persona natural comerciante queda en una clara desventaja frente a las sociedades que sean admitidas al régimen de insolvencia. Ello, no solo porque se desdibuja el principio de universalidad comentado, sino porque como consecuencia de la situación referida se genera un doble tratamiento inequitativo y a todas luces discriminatorio: el primero, el Estado renuncia a rentas (retenciones e IVA) con la finalidad de preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias únicamente frente a personas jurídicas, pero no así frente a empresas impulsadas por personas naturales comerciantes. El segundo aspecto anómalo tiene lugar frente a los acreedores: el Estado, frente a deudores que sean personas naturales comerciantes tendría la acción penal para lograr el pago de los dineros adeudados, mientras que el resto de los acreedores de esa persona se verían avocados a participar de un proceso de reorganización con los bienes restantes al pago de los dineros de las retenciones y el IVA.

Para la Corte Constitucional ha sido pacífico y uniforme que los principios de universalidad e igualdad en el proceso concursal resultan **coherentes con el principio y derecho constitucional de igualdad**, “por cuanto permiten englobar todos los bienes y deudas del deudor, y responder en igualdad de condiciones a todos los acreedores, sin perjuicio de la prelación de créditos que establece la ley”<sup>10</sup>; afirmación que se vería desdibujada si a las personas naturales comerciantes se les aplica en su literalidad el artículo 42 demandado.

Así las cosas, en la medida que la Constitución ampara la empresa y procura un trato igual entre los iguales, se debe tener por probado que el trato discriminatorio del artículo 42 demandado afecta el goce de un derecho constitucional como quiera que aquellas personas naturales comerciantes que sean admitidas a

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 2018.

procesos de reorganización no tendrán el mismo beneficio (no aplicar el artículo 42) que sí tienen las sociedades admitidas al mismo tipo de proceso. La afectación del derecho a la igualdad y a competir en iguales condiciones es, pues, patente.

**b. Indicio de arbitrariedad reflejado en la afectación grave de la libre competencia:**

Tal como está redactado por el legislador y es aplicado en la práctica, el artículo 42 demandado atenta contra la libre competencia toda vez que su núcleo esencial, en criterio de la Corte Constitucional, consiste en “la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”<sup>11</sup>. Y en el caso *sub examine* es una barrera injustificada el tratamiento discriminatorio incorporado en el artículo 42 demandado, ya que una persona natural comerciante se ve desmejorada en comparación a una sociedad (persona jurídica), que en caso de ser admitida a un proceso de reorganización, no tendrá responsabilidad penal por no consignar las retenciones y/o el IVA, mientras que una persona natural comerciante que sea admitida sí. Mientras que a la persona natural se le perseguirá penalmente y se le privará de su libertad hasta que cumpla su obligación tributaria o pague su pena, nada de ello sucederá a la sociedad que atraviese por la misma situación de dificultad económica y entre en un proceso de reestructuración.

La Corte Constitucional ha determinado que la libre competencia “se presenta cuando un conjunto de empresarios, **en un marco normativo de igualdad de condiciones**, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, **bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita**” (negrillas fuera de texto).

En el caso bajo revisión nada justifica el tratamiento discriminatorio que resulta de la forma como fue redactada la norma demandada. Pese a tratarse de un beneficio claramente enderezado a favorecer a las empresas como unidades de producción, por causa de la evolución normativa referida atrás, el legislador restringió el beneficio en cuestión a las sociedades. Al ampliarse la cobertura de los procesos concursales a las personas naturales se omitió alargar de manera simétrica la ventaja anotada. Y el resultado de esta omisión legislativa, a día de hoy, como se ha resaltado a lo largo de este escrito, no es otro que una ostensible infracción del derecho a la igualdad, con nítidas proyecciones en el

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010.

plano de la libre competencia económica: dos empresas dedicadas a una misma actividad, pero una impulsada por una persona natural y otra por una persona jurídica de tipo societario, ante la coyuntura reglada por el artículo 42 demandado, por obra de la norma demandada, no conocerán la misma suerte. En consecuencia, no contarán con condiciones de igualdad.

Ninguna razón, distinta a la referida evolución normativa, explican dicho trato discriminatorio. Como ha señalado la Corte Constitucional, el ejercicio y la garantía de la libre empresa y la libre competencia se abstrae de las formas jurídicas<sup>12</sup> que decidan adoptar los agentes económicos. Por esta razón, establecer un beneficio solo para las sociedades y desconocer que el mismo también debería resultar aplicable a las personas naturales que se someten a procesos de reestructuración resulta arbitrario y contrario al mandato de igual trato previsto por el artículo 13 de la Constitución. Equivale a incentivar que la empresa se construya a partir de personas jurídicas, lo cual resulta discriminatorio frente a aquellas personas que por diversas razones ejerzan el comercio sin vehículo societario alguno. En una sociedad como la colombiana, caracterizados por los elevados niveles de informalidad que presentan las relaciones comerciales y una parte importante del sector productivo, ello resulta aún más crítico. Por esta razón resulta imperioso sustentar la vulneración del derecho al trabajo y al deber de ganarse la vida como consecuencia de la aplicación restrictiva del artículo 42 demandado.

### **3.2. Inconstitucionalidad del aparte acusado por violación de los artículos 25 y 333 de la Constitución Política:**

Para efectos de demostrar la vulneración del derecho al trabajo como consecuencia de una aplicación restrictiva del artículo 42 demandado, es pertinente señalar que en términos de la Corte Constitucional “La Constitución reconoce que el trabajo es un derecho y una obligación social, por lo que goza, en todas sus modalidades, de especial protección del Estado”<sup>13</sup>. En concreto, la situación examinada ignora que, según la jurisprudencia constitucional, “desconoce el núcleo esencial del derecho al trabajo (...) toda acción u omisión que impida el ejercicio de la facultad de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo determinado”<sup>14</sup>. Más aún, desconoce que “El derecho al trabajo que es inherente a toda persona humana, consiste en la facultad que tiene todo individuo de utilizar sus capacidades o aptitudes en una actividad lícita con un fin

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2019.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T-047 de 1995. También sentencias T-779 de 1998 o T-611 de 2001.

determinado, que a guisa de ejemplo puede ser el de satisfacer necesidades de diversa índole, el de adquirir los medios necesarios para su sostenimiento, el de generar o aumentar un patrimonio, así como el de obtener determinados logros en el arte, la cultura o la ciencia”<sup>15</sup>. Si ello, en ejercicio de una opción constitucionalmente legítima, se conduce por medio de un trabajo independiente, que da lugar al inicio de una empresa, conecta con la libertad de empresa o la libre iniciativa privada (artículo 333 de la Constitución). Recuérdese, como ha sostenido la Corte, que “El mundo económico es un todo concatenado”<sup>16</sup>. En consecuencia, nada impide que el ejercicio del derecho al trabajo suponga también la activación de la libertad de empresa. En últimas, tal como ha sido enfatizado por la jurisprudencia constitucional, la libre iniciativa privada o libertad de empresa puede definirse como “expresión de la capacidad de emprender o acometer”; y se ha subrayado también el aspecto instrumental de este derecho, que permite su ejercicio “con abstracción de las formas jurídicas (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”<sup>17</sup>. Esto significa que la libertad de empresa está referida tanto a vehículos societarios como a aquellas personas naturales que por distintas razones emprendan proyectos económicos para su propio lucro y subsistencia. Por ende, se reitera, nada obsta para que la puesta en marcha de una empresa por una persona natural suponga el ejercicio tanto de su derecho al trabajo (artículo 25 de la Constitución), como de su libre iniciativa privada (artículo 333 ídem).

Por su parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 74 de 1968, dispone que el derecho al trabajo **comprende la oportunidad de ganarse la vida** mediante un trabajo libremente escogido. Por esto, el Comité del PIDESC ha indicado que el derecho al trabajo supone “no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo”<sup>18</sup>. La conexión con los derechos fundamentales atrás referidos es plena.

Ahora, evidenciar que el enunciado normativo demandado atenta contra el derecho al trabajo, la libertad de empresa y el derecho a ganarse la vida exige insistir en varios asuntos: primero, en que, como ha señalado la Corte Constitucional, “La persona posee ciertos derechos laborales, como son: i) la libertad de escoger un trabajo y oficio, la libre asociación, el derecho de huelga

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997.

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2019.

así como las libertades sindicales (artículo 39, 55 y 56 Superiores)<sup>19</sup>. Segundo, en la definición que incorporó la Corte Constitucional respecto de la libertad de empresa, según la cual es “La expresión de la capacidad de emprender” **sin tener en cuenta la forma jurídica** mediante la cual se logre dicho fin. Ello permite vincular el derecho al trabajo y a ganarse la vida con esta libertad económica consagrada por el artículo 333 de la Carta. Tercero, debe insistirse en que la Corte Constitucional ha sostenido que “el proceso de reorganización se dirige a **preservar y normalizar las relaciones comerciales** y crediticias de empresas en cesación de pagos o en riesgo inminente de ello, a través de un acuerdo con los acreedores dirigido a su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”.

Bajo el panorama referido, excluir a la persona natural comerciante de la excepción a la aplicación del artículo 42 demandado, prácticamente obliga a las personas a constituir una persona jurídica de tipo societario. Ello supone asumir la carga administrativa, impositiva y estructura de costos que ello conlleva. Así, **se vulnera tanto la libertad de escoger un trabajo, como la libertad de la persona que emprende de escoger la forma jurídica con la que pretenda crear empresa y, por contera, el derecho a ganarse la vida.**

Esta coligación del derecho al trabajo con la libertad de empresa está estrechamente relacionada con el sistema productivo propio de un sistema capitalista<sup>20</sup>. Por ende, se deben reconocer a los individuos las libertades para desenvolverse de manera autónoma en este medio, auspiciado por la Constitución. Así, por ejemplo, se debe reconocer y garantizar al individuo la libertad de escoger si para ejercer su actividad comercial constituye o no una persona jurídica como una condición mínima de autonomía de dicha elección.

Al respecto la profesora Magdalena Correa ha expresado lo siguiente:

“El carácter de libertad del deber de ganarse la vida tiene que estar asegurado, aunque tradicionalmente no sea un supuesto que tenga lugar espontáneamente en las relaciones económicas del capitalismo. Ello explica la necesidad de inducir las condiciones que hacen posible los señalados mínimos de autonomía en la elección, igualdad en la contratación, equilibrio en las garantías para todos los sujetos que ejercer dicho deber de libertad, o en su defecto de reconocer en estas, posiciones

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia C-536 de 2019.

<sup>20</sup> Max Weber. Historia económica general. México, Fondo de Cultura Económica 1976. Citado en Magdalena Correa Henao “El deber de libertad de ganarse la vida”, Serie de Documentos de Trabajo, Departamento de Derecho Constitucional No. 1, Universidad Externado de Colombia.

jurídicas con protección reforzada que incluya los amparos constitucionales necesarios (arts 86 y 88), a más de la aplicación del control de constitucionalidad intenso y de resultados, sobre las medidas legales que afectan su ejercicio.

Dicho de otro modo, si el ganarse la vida es visto como deber que se ha de manifestar con libertad económica individual (de necesario ejercicio), porque en el sistema económico de mercado constitucional y del Estado social de derecho en que se sienta el orden económico constitucional ante todo y para los más toca y toca también porque confiere identidad, pero también tocan, y muy en serio, correlativos deberes sociales del poder público. El Estado como sujeto pasivo de posiciones jurídicas de derecho, de quien tanto depende no que las personas subsistan, día tras día, sino que puedan libremente trabajar, emplearse, emprender, pactar, con miras a obtener un beneficio económico esperado que proyecte sus vidas, es decir, satisfaga sus necesidades y aspiraciones.<sup>21</sup>

En este caso, se requiere de la intervención de la Corte Constitucional para que se verifique que el artículo 42 demandado propicia unas condiciones jurídicas, derivadas de una interpretación exegética (solo las personas jurídicas admitidas a procesos de reorganización están exentas de su aplicación) que impiden el ejercicio libre del derecho al trabajo y el deber de ganarse la vida, lo cual resulta incompatible con la Constitución, específicamente en lo relacionado con la libertad y dignidad de trabajo.

Emprender no puede ser un lujo o un privilegio restringido a quienes están en condiciones o tienen la voluntad de constituir una sociedad; no importa cuantas opciones o modelos asociativos ofrece hoy la legislación mercantil. Como pasa a verse en este último cargo, la libertad de asociación es eso: una opción libre, por lo cual garantiza también la libertad de no asociarse y de emprender una actividad en solitario.

### **3.3. Inconstitucionalidad del aparte acusado por violación del artículo 38 de la Constitución Política:**

Tal como ha sido destacado desde el inicio por la jurisprudencia constitucional, “el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones

---

<sup>21</sup> Magdalena Correa Henao “El deber de libertad de ganarse la vida”, Serie de Documentos de Trabajo, Departamento de Derecho Constitucional No. 1, Universidad Externado de Colombia. P.15

permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad<sup>22</sup>. En consecuencia, riñe con el artículo 38 constitucional que una norma como la demandada de manera indirecta pero eficaz, por vía del beneficio tantas veces comentado, fuerce a los particulares a asociarse.

En últimas, si la libertad de asociación es “una de las formas como se realiza la libertad personal, en el sentido de que se le reconoce a toda persona su voluntad autónoma y el ejercicio de la opción espontánea y libre de estructurar, organizar y poner en funcionamiento, mediante la unión permanente con otras personas, de asociaciones que encarnen propósitos o ideas comunes en relación con el cumplimiento de ciertos objetivos lícitos y que se juzgan útiles en el medio social”<sup>23</sup>, su ejercicio debe estar libre de toda clase de condicionamientos o coacciones, directas o indirectas.

Como se ha expuesto largamente en este escrito, lo previsto por la norma demandada supone una seria coacción a la dimensión negativa de la libertad de asociación, toda vez que sin justificación constitucional válida, excluye a las personas naturales que entran en procesos de reestructuración de un beneficio que sí ofrece a las sociedades que atraviesan por esa misma situación. Y, como ha quedado visto, en la práctica ello se traduce en un direccionamiento anómalo e injustificable desde la óptica del artículo 38 de la Constitución.

#### IV. PRETENSIONES

Con base en los argumentos expuestos, de manera respetuosa solicito se declare la exequibilidad condicionada del aparte subrayado *ut supra* del texto normativo demandado (esto es, el enunciado “**no será aplicable para el caso de las sociedades**”) del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, en el entendido que, por las razones expuestas en esta providencia, debe entenderse que el beneficio previsto cobija también a las personas naturales comerciantes sujetas a los procesos allí contemplados.

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia C-606 de 1992. En el mismo sentido, véase la sentencia T-781 de 1998.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia T-374 de 1996.



## V. COMPETENCIA.

La Honorable Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en atención a que las expresiones acusadas se encuentran contenidas en una ley de la República cuyo control de constitucionalidad corresponde a esa Corporación, según lo establece el artículo 241.4 Superior.

## VI. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en el correo electrónico [luisc.martinez@smmabogados.com](mailto:luisc.martinez@smmabogados.com) o en la dirección postal, carrera 10 # 97 a - 13 of 704b.

De los honorables Magistrados,



**LUIS CAMILO MARTÍNEZ TORO**  
C.C. No. 1.130.615.879 de Cali