



**Superintendencia  
Bancaria de Colombia**

## **Boletín jurídico**

### **No. 40**

Diciembre 2004 - Febrero 2005  
ISSN-1794-4538

Superintendente Bancario  
**Jorge Pinzón Sánchez**

Director Jurídico  
**Segismundo Méndez Méndez**

Subdirector de Representación  
Judicial y Ediciones Jurídicas  
**María del Pilar De la Torre Sendoya**

Edición  
**Boletín Jurídico**  
Luis Fernando López Garavito  
Myriam Stella Daza Correa

Diseño y Diagramación  
Héctor Alirio Chitiva V.  
Luz Mireya Barreto Aguirre  
Neira Luz Calderón Martínez  
Grupo de Comunicaciones y Publicidad

Publicación  
Subdirección de Representación  
Judicial y Ediciones Jurídicas

[www.superbancaria.gov.co](http://www.superbancaria.gov.co)

Impresión  
STILO  
Impresores Ltda.

**Portada:**  
*"Vivienda Museo Arqueológico - Sogamoso"*  
*Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez*  
*Superintendencia Bancaria de Colombia*  
*Año 2005*

## **CONTENIDO**

### **DE ESPECIAL INTERÉS**

Exposición de motivos - Proyecto de Ley 131 de 2003. Senado. Se autoriza a las cajas de compensación familiar adelantar actividad financiera	6
Ley 920 de 2004. Se autoriza a las cajas de compensación familiar adelantar actividad financiera	10
Decreto 161 de 2005. Establecimientos de crédito - Operaciones autorizadas .....	16

### **JURISPRUDENCIA**

Acción de tutela. Personas jurídicas. Ley 546 de 1999. Reestructuración. Alivio. Obligaciones crediticias .....	20
Sociedades anónimas. Responsabilidad societaria. Seguridad social .....	46

### **CONCEPTOS**

Almacenes generales de depósito .....	82
Lista Clinton. Servicios financieros. Aportes pensionales .....	83
Sociedades anónimas. Escisión. Entidades vigiladas .....	90
Relación de algunos conceptos proferidos por la Superintendencia Bancaria de Colombia. ....	97

### **TEMAS DE CONSULTA**

Reglas y procedimientos que rigen el Sistema de Administración del Riesgo Crediticio SARC .....	102
Representante legal. Sociedades fiduciarias públicas. Matrices y filiales .....	104

### **RESEÑA GENERAL**

Normas .....	116
Jurisprudencia .....	120
Otros pronunciamientos .....	121

***E**l presente Boletín que entregamos a nuestros lectores inicia las tareas de edición jurídica en el año 2005. En primer término, este número presenta la exposición de motivos y el texto de la Ley 920 de 2004, por medio de la cual se autoriza a las cajas de compensación familiar desarrollar la actividad financiera.*

*Se incluye también el Decreto 161 de 2005, modificatorio del Decreto 611 de 2001, mediante el cual se autoriza a los establecimientos de crédito para la realización de operaciones de administración no fiduciaria, siempre y cuando los bienes y derechos involucrados se hayan originado en operaciones que pueden realizar en desarrollo de su objeto social.*

*En materia de jurisprudencia, se presenta la Sentencia T-701 de 2004 de la Corte Constitucional que contiene pronunciamientos importantes en materia de la Ley 546 de 1999, abordando aspectos de sus objetivos y de la suspensión de procesos ejecutivos en curso con saldos insolutos no sometidos a reestructuración, entre otros. Se incluye de la misma corporación judicial, la Sentencia C-865 de 2004, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 252 y una expresión del artículo 373 del Código de Comercio, destacando las condiciones bajo las cuales las obligaciones laborales y de seguridad social se armonizan con el régimen de limitación de riesgos de las sociedades anónimas.*

*De otra parte, se publican tres conceptos correspondientes a consultas resueltas por la Superintendencia Bancaria de Colombia y relacionados con los Almacenes Generales de Depósito y la característica de sucursal o agencia para sus bodegas, los pagos y afiliaciones al Sistema General de Pensiones y pensiones voluntarias en el caso de personas incluidas en la Lista Clinton y los aspectos del régimen de sociedades anónimas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria con relación a procesos de escisión en el ámbito financiero y comercial.*

*En la sección de 'Temas de consulta' se incluyen las reglas y procedimientos que rigen el Sistema de Administración del Riesgo Crediticio SARC (Circular Externa 052 de 2004) y un concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, relacionado con la naturaleza de las sociedades fiduciarias públicas como filiales de establecimientos bancarios y el régimen legal aplicable para determinar la competencia en la designación del representante legal.*

**Subdirección de Representación Judicial  
y Ediciones Jurídicas**



## **De especial interés**

*Exposición de motivos. Proyecto de Ley 131  
de 2003. Senado. Se autoriza a las cajas  
de compensación familiar adelantar  
actividad financiera*

*Ley 920 de 2004. Se autoriza a las cajas  
de compensación familiar adelantar  
actividad financiera*

*Decreto 161 de 2005. Establecimientos  
de crédito - Operaciones autorizadas*

*SE AUTORIZA A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR  
ADELANTAR ACTIVIDAD FINANCIERA*

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS\***  
(Proyecto de Ley 131 de 2003 Senado)

«De conformidad con lo previsto en la Ley 21 de 1982 y la Ley 789 de 2002, las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado, de origen legal, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma señalada en el Código Civil, que tienen por misión o finalidad cumplir funciones de seguridad social, mediante el recaudo y administración de los recursos destinados por los empleadores para el cubrimiento de la prestación social de subsidio familiar, así como agentes de prestaciones y servicios dentro del sistema de protección social.

De igual manera, con sujeción a la ley y con cargo a sus propios recursos, las Cajas de Compensación Familiar, han venido desarrollado desde hace varios años importantes actividades de crédito para vivienda, para educación, recreación, consumo y libre inversión en favor de sus trabajadores afiliados, lo cual les ha permitido adquirir la experiencia necesaria para prestar un servicio importante a sus afiliados y al mismo tiempo crear una infraestructura de servicios para atender a una población muy importante que además no es atendida por el sistema financiero convencional o por las entidades cooperativas de carácter financiero.

Con fundamento en tal experiencia reconocida por el ordenamiento jurídico, recientemente la Ley 789 sancionada en el año 2002, habilitó a las Cajas de Compensación Familiar para realizar operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con el objeto de promover la creación de empleo.

Las Cajas de Compensación Familiar atienden a una parte muy importante de la población económicamente activa colombiana, lo cual les permite aprovechar la amplia información y el mejor y mayor conocimiento que poseen en detalle de sus potenciales deudores que son sus empleadores y trabajadores afiliados, lo mismo que utilizar eficientemente la infraestructura existente.

En tal virtud, se considera necesario autorizar a las Cajas de Compensación Familiar para que como parte de la finalidad de la protección social que busca la ley, amplíen la oferta de esta clase de servicios en favor de las familias que por sus bajos ingresos en general no tienen acceso al crédito del sector financiero, en forma tal que, las Cajas de Compensación puedan realizar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de ahorro que capten exclusivamente de sus empleadores y trabajadores afiliados, en favor de la población menos favorecida que les permita acceso al crédito especialmente al micro-

---

\* Congreso de la República. Gaceta del Congreso 565 de 2003 (octubre 31). Exposición de Motivos presentada por los Ministros de Protección Social y de Hacienda y Crédito Público el 29 de octubre de 2003.

crédito para mejorar la calidad de vida y satisfacer necesidades de salud, educación y cultura, vivienda, recreación y turismo y consumo en general de sus trabajadores afiliados, como también el desarrollo integral de las micro, pequeñas y medianas empresas igualmente afiliadas a las Cajas, con toda la implicación que tiene este campo para la generación de empleo.

En este caso, las Cajas estarán sujetas a la inspección, vigilancia y control que sobre tales actividades realice la Superintendencia de Subsidio Familiar, aprovechando la experticia que deberá brindarle, como apoyo técnico, para el ejercicio de esta actividad la Superintendencia de Economía Solidaria como lo propone el proyecto.

Esta iniciativa legislativa tiene por objeto hacer efectivo este propósito en beneficio de la población trabajadora de menores ingresos de la sociedad colombiana, para lo cual se considera que deben adoptarse las medidas legislativas que se proponen por las siguientes consideraciones de carácter constitucional.

De manera especial, la Constitución Política distingue las siguientes cuatro clases de actividades económicas, según lo previsto en sus artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numerales 24 y 25 y 335:

1. La actividad financiera.
2. La actividad bursátil.
3. La actividad aseguradora, y
4. Cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Por tratarse de actividades que se relacionan con el ahorro privado y en las que debe preservarse la confianza del público, la Constitución Política las califica como de interés público (artículo 335), las cuales deben estar reguladas por el Estado; para cuya realización debe siempre existir una autorización de este, otorgada conforme a la ley; las personas que las realicen deben quedar sujetas a la inspección, vigilancia y control del Estado y este puede intervenirlas conforme a la regulación prevista en la ley.

Por ello, respecto de tales actividades o de las personas que se dediquen a su ejercicio, según el caso, la misma Constitución Política atribuye a distintas autoridades públicas el ejercicio de las siguientes competencias públicas:

1. Al Congreso de la República le atribuye las de:
  - a) Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse al Gobierno para su regulación (artículo 150, numeral 19, literal d);
  - b) Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política (artículo 150 numeral 8);
  - c) Expedir las normas con sujeción a las cuales el Estado puede autorizar el ejercicio de tales actividades, consideradas de interés público (artículo 335);

d) Regular la forma de intervención del Gobierno en estas materias (artículos 189 numeral 25 y 335).

2. Al Gobierno Nacional le atribuye las de:

a) Regular tales actividades con sujeción a los objetivos y criterios señalados en las normas generales ¿también denominadas cuadro o marco¿ que dicte el Congreso de la República (artículo 150, numeral 19, literal d);

b) Autorizar, en nombre del Estado y conforme a la ley, el ejercicio de tales actividades (artículo 335);

c) Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen tales actividades (artículo 189, numeral 24) y

d) Ejercer la intervención en tales actividades de acuerdo con la ley (artículos 189 numeral 25 y 335).

3. Al Banco de la República, por conducto de su Junta Directiva, que es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia del Estado, las de:

a) Regular la moneda;

b) Regular el crédito.

A su vez, varias clases de leyes se ocupan de tales actividades, así:

a) La Ley 35, sancionada el 5 de enero de 1993, por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para su regulación y se dictan otras disposiciones;

b) El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993 y las normas que lo han modificado o adicionado;

c) El conjunto de normas relacionadas con el mercado público de valores y la actividad bursátil;

d) La Ley 454 de 1998, sobre disposiciones para el sector cooperativo;

e) Ley 510 de 1999, que contiene disposiciones relacionadas con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores y las Superintendencias Bancaria y de Valores;

f) La Ley 546 de 1999, que contiene normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y los criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinados a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda;

g) La Ley 795 de 2003, por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

De manera complementaria, la Constitución se ocupa de las actividades de economía solidaria y de las entidades que se dedican a su realización, esto es, las entidades cooperativas. También, la Constitución le atribuye al Presidente de la República la competencia para ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control sobre las entidades cooperativas (artículo 150 numeral 24).

Las cooperativas pueden igualmente desarrollar actividades relacionadas con el ahorro privado, razón por la cual existen cooperativas financieras, cuyas actividades se rigen por las normas dictadas por el Gobierno con sujeción a las reglas generales contenidas en la Ley 35 de 1993 y de manera especial por lo previsto en las Leyes 79 de 1988, 262 de 1996, 454 de 1998, 510 de 1999 y 795 de 2003.

De acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico, cada clase de actividad de interés general a que se refiere la Constitución Política es desarrollada por un grupo de personas jurídicas, cuya regulación también corresponde al legislador.

En tal virtud, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, las entidades que integran el sistema financiero, esto es, los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros, los cuales comprenden los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, las cooperativas financieras, las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías, respectivamente, realizan actividad financiera.

A su vez, las entidades que integran el sistema asegurador, esto es, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros, cumplen actividad aseguradora.

Empero, las demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, requieren de una concreción y definición legal y luego de una determinación para permitir su realización por parte de otros agentes o sujetos especializados.

Si se tratara de actividad financiera que quisieran desarrollar las Cajas de Compensación Familiar, ellas deberían:

a) Hacerlo a través de una nueva entidad financiera o a través de una existente en la cual tales Cajas tuvieran participación, por cuanto esa actividad de interés público exige la existencia de una clase de entidades dedicadas exclusivamente al ejercicio, desarrollo y cumplimiento de la misma o

b) Obtener una regulación especial legal y administrativa que les permita dedicarse a cumplirla, la cual debe señalar la forma como deben ser autorizadas, las operaciones e inversiones que pueden desarrollar, las reglas para su funcionamiento y las demás relativas a regulación, inspección, vigilancia, control e intervención.

Si se trata de ejercer, desarrollar o cumplir otras actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión, que no constituyan actividad financiera propiamente dicha, para que las Cajas de Compensación Familiar las puedan cumplir, ellas deben estar debidamente autorizadas por el legislador en forma tal que tales actividades quepan dentro del objeto, misión o funciones de tales entidades, a la vez que comportan una autorización a las entida-



des estatales para que permitan su cumplimiento pero de conformidad con las regulaciones que dicte el Gobierno Nacional y con sujeción a las reglas generales que dicte el legislador.

A su vez, con el objeto de mantener integrado el sistema de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación Familiar y las actividades que desarrollen en cabeza de una misma autoridad de policía administrativa, será necesario que de manera expresa la ley señale las funciones a cargo de la Superintendencia del Subsidio Familiar, entidad que a su vez debe ampliar su estructura para el cumplimiento de tales atribuciones.

Todo lo anterior no obsta para que las Cajas puedan seguir desarrollando los demás programas de crédito en las mismas condiciones que el ordenamiento jurídico vigente se lo permite.

Las Cajas de Compensación Familiar son organizaciones singulares, de manejo privado, de vocación social sin ánimo de lucro individual, donde concurren a administrarlos representantes de empresarios, representantes de trabajadores, sometidas a una vigilancia de confianza del Gobierno.

Deseamos en suma darle especial importancia a que los propios usuarios del crédito sean los proveedores de capital y al mismo tiempo los administradores y dueños. Queremos autorizar a las Cajas de Compensación Familiar para que abran sus secciones de ahorro, para que los propios aspirantes del crédito, los sectores trabajadores y empresarios afiliados a estas, se comprometan a estar allí construyendo, acrecentando una masa de ahorros, con las garantías, seguridades y vigilancia y control previstas para las entidades que adelantan actividades que se relacionan con el ahorro privado y en las que debe preservarse la confianza del público, actividades calificadas por la Constitución Política como de interés público, las cuales deben estar reguladas por el Estado.»

*SE AUTORIZA A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR  
ADELANTAR ACTIVIDAD FINANCIERA*

**LEY 920 DE 2004\***  
(diciembre 23)

Por la cual se autoriza a las cajas de compensación familiar adelantar actividad financiera y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

**DECRETA:**

«Artículo 1°. Adiciónese el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 que a su vez modificó el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, con el siguiente numeral.

\* Diario Oficial 45.772 del 24 de diciembre de 2004, pág. 183.

**14. Autorización general.** Las Cajas de Compensación Familiar podrán adelantar la actividad financiera con sus empresas, trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados en los términos y condiciones que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.

De conformidad con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución Política, la autorización, inspección y vigilancia de la sección especializada de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar la ejercerá la Superintendencia Bancaria.

Con el objeto de dar cumplimiento a las actividades de supervisión y control que de acuerdo con esta ley deba ejercer, la Superintendencia Bancaria exigirá a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar contribuciones, las cuales consistirán en tarifas que se calcularán de acuerdo con los criterios técnicos que señale el Gobierno Nacional teniendo en cuenta, entre otros, los parámetros que al efecto establece el artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Bancaria deberá verificar permanentemente el carácter, responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la dirección y administración de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar a las cuales se les autorice la constitución de dicha sección. De igual forma, deberá verificar la solvencia del patrimonio autónomo de la sección especializada de ahorro y crédito de acuerdo con las reglas de capital adecuado aplicables a los establecimientos de crédito así como también deberá verificar, al momento de la constitución de cada sección, que el capital mínimo no sea inferior al exigido para la creación de las cooperativas financieras.

Las Cajas de Compensación Familiar cuya capacidad de aporte de Capital sea inferior al establecido para las cooperativas financieras, podrán solicitar a la Superintendencia Bancaria la autorización para la creación de la sección especializada de ahorro y crédito. En ningún caso el capital exigido podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) requerido para las cooperativas financieras.

Parágrafo 2°. Las operaciones de las secciones especializadas de ahorro y crédito cuya creación se autoriza por la presente ley, así como sus activos, pasivos y patrimonio, deberán estar totalmente separados y diferenciados de las operaciones, activos, pasivos y patrimonio de la respectiva Caja de Compensación Familiar.

Para el efecto la sección especializada de ahorro y crédito tendrá la naturaleza de un patrimonio autónomo cuyos activos, incluyendo aquellos que representen los aportes realizados al capital de la misma, respaldarán exclusivamente las obligaciones contraídas con los depositantes y las demás que se contraigan en desarrollo de las operaciones autorizadas, y no podrán ser perseguidos por otros acreedores de la Caja de Compensación Familiar respectiva.

Los administradores de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar serán funcionarios de dedicación exclusiva designados por la respectiva Caja de Compensación Familiar, para cuyo efecto se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y cumplirán los requisitos exigidos a los representantes legales de las entidades financieras, incluyendo su posesión ante la Superintendencia Bancaria.

Parágrafo 3°. Para efectos de la presente ley se entenderá como actividad financiera la captación en moneda legal por parte de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar de recursos en depósitos a término, ahorro programado y ahorro contractual de sus trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados para colocarlos nuevamente y de forma exclusiva entre estos a través de créditos. En cuanto a las empresas afiliadas la actividad financiera comprenderá solo la captación de recursos en cualquiera de las modalidades antes mencionadas.

**14.1 Prohibiciones:** A las Cajas de Compensación Familiar y a las secciones especializadas de ahorro y crédito les está prohibido:

1. Obligar a los afiliados, de cualquier manera, a realizar el ahorro en la respectiva caja.
2. Obligar a los afiliados, directa o indirectamente, al ahorro de la Cuota Monetaria del Subsidio Familiar, la cual continuará siendo de libre utilización por parte de los mismos.
3. Delegar, subcontratar o entregar en administración con un tercero la operación de sus secciones de ahorro y crédito, pero en desarrollo de los numerales 3 y 4 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 las Cajas de Compensación Familiar que no tengan secciones especializadas de ahorro y crédito podrán establecer convenios y acuerdos con las cajas que las tengan, a efecto de que las primeras actúen como agencias descentralizadas de las segundas y a través de ellas adelantar la actividad financiera con trabajadores y empleadores de la Caja de Convenio o acuerdo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.
4. Realizar inversiones de capital con los recursos captados.
5. La utilización de los recursos depositados en la sección especializada de ahorro y crédito para la realización de operaciones con la misma Caja de Compensación Familiar u otras entidades respecto de las cuales esta ejerza control directo o indirecto, con sus directores o administradores, el Revisor Fiscal o funcionarios o empleados de la misma Caja cuyo salario sea superior a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, los cónyuges o parientes de aquellos dentro del segundo grado de consanguinidad o de afinidad, o único civil.
6. Realizar operaciones de seguros sobre bienes o personas, directa o indirectamente sin perjuicio de la facultad de invertir en entidades del sector asegurador conforme a su régimen legal.
7. Condicionar la aprobación y desembolso del crédito de vivienda de interés social a la adquisición en sus propios proyectos.
8. Constituir gravámenes o limitaciones al dominio de cualquier clase sobre los activos de la sección especializada de ahorro y crédito, o destinarlos a operaciones distintas de las autorizadas a dichas secciones, salvo que los gravámenes o limitaciones se constituyan para garantizar el pago del precio de un bien adquirido para el desarrollo de sus negocios con cargo al patrimonio de la sección, o tengan por objeto satisfacer los requisitos generales impuestos por una autoridad pública en el desarrollo de una medida de apoyo a la sección especializada de ahorro y crédito o por las entidades financieras de redescuento para realizar opera-

ciones con tales secciones, ni tampoco podrán transferir los activos de la sección en desarrollo de contratos de arrendamiento financiero, en la modalidad de lease back.

9. La realización de las operaciones a que se refieren los literales c) y d) del artículo 10 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

**14.2 Operaciones autorizadas a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar**

1. Captar ahorro programado, ahorro contractual o a través de depósitos a término.

2. Adquirir y negociar con sus excedentes de liquidez títulos representativos de obligaciones emitidas por entidades de derecho público de cualquier orden y títulos ofrecidos mediante oferta pública por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

3. Aplicar el sistema de libranza para el ahorro y/o pago de créditos, cuando los trabajadores afiliados así lo acepten voluntaria y expresamente; mecanismos en el que deberán colaborar los respectivos empleadores, sin que implique para estos últimos responsabilidad económica.

4. Otorgar créditos únicamente a los trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados a la caja de compensación familiar, en los términos que determine el Gobierno Nacional. El 70% para vivienda de interés social tipos 1 y 2 y el 30% para Educación y Libre inversión, excepto para la adquisición de bonos o cualquier otro tipo de títulos de deuda pública.

5. En el caso de créditos para adquisición de vivienda otorgados por las Cajas de Compensación Familiar y por las entidades a las que les es aplicable lo dispuesto por la Ley 546 de 1999, el patrimonio de familia constituido conforme a lo establecido por las Leyes 9ª de 1989, 546 de 1999 y 861 de 2003 será embargable únicamente por la entidad que financió la adquisición, construcción o mejora de la vivienda, o de quien lo suceda en sus derechos.

6. En virtud del principio constitucional de la democratización del crédito, el 80% del valor total de los créditos otorgados estará destinado para aquellas personas que devenguen hasta tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlv). Igualmente, con el propósito de facilitar las condiciones para la financiación de vivienda de interés social podrán trasladar sus cuentas de ahorro programado de otros establecimientos financieros a la respectiva Caja, respetando los beneficios y derechos adquiridos de esas cuentas para este fin.

7. Las demás que autorice el Gobierno Nacional

**14.3 Regulación de la actividad de las Cajas de Compensación Familiar con sección especializada de ahorro y crédito.** El Gobierno Nacional con sujeción a las normas de la presente ley, así como a los objetivos y criterios establecidos en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, podrá ejercer las facultades de intervención previstas en el artículo 48 del mismo, con el objeto de regular la actividad de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.

**14.4 Remisión a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.** En lo no previsto en la presente ley o en las normas que la reglamenten o desarrollen, se aplicarán a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar las disposiciones previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los establecimientos de crédito, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza especial de tales secciones y no se opongan a las normas especiales de esta ley.

**14.5 Fondos de liquidez.** Las Cajas de Compensación Familiar con sección especializada de ahorro y crédito deberán mantener permanentemente un monto equivalente a por lo menos el diez por ciento (10%) del total de sus captaciones en las siguientes entidades:

1. Establecimientos de crédito y organismos cooperativos de carácter financiero vigilados por la Superintendencia Bancaria. Para el efecto, los recursos se deberán mantener en cuentas de ahorro, Certificados de Depósito a Término, Certificados de Ahorro a Término o bonos ordinarios, emitidos por la entidad.

2. En fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o en fondos de valores abiertos administrados por sociedades comisionistas de bolsa o fondos de inversión abiertos administrados por sociedades administradoras de inversión sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Valores.

Las inversiones que se realicen con los recursos del fondo de liquidez de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar deberán reunir condiciones de seguridad y liquidez acordes con su finalidad, y cumplir con los requisitos que determine el Gobierno Nacional.

El monto del fondo se establecerá tomando para el efecto, el saldo de la cuenta depósitos y exigibilidades o la que haga sus veces, registrado en los estados financieros del mes objeto de reporte, verificados por el revisor fiscal.

**14.6 Toma de posesión de la sección de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.** Podrá disponerse la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la sección especializada de ahorro y crédito de una Caja de Compensación Familiar cuando respecto de la misma se configure cualquiera de las causales de toma de posesión previstas en los literales a), b), c), d), e), f), h), j) y l) del numeral 1 del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando a juicio del Superintendente Bancario la medida sea necesaria, sin perjuicio de la posibilidad de que este adopte cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 113 del mismo estatuto. En adición a las causales antes señaladas, la medida de toma de posesión también podrá imponerse cuando el patrimonio de la sección especializada de ahorro y crédito se reduzca por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo requerido para su creación, y cuando no cumpla los requerimientos mínimos de capital adecuado exigibles a tales secciones.

Las normas previstas en los artículos 115; 116; 117, con excepción de los literales a) y d) del numeral 1; 291, con excepción del numeral 2; 293; 294; 295; 297; 298; 299, numeral 1; 300, numerales 1, 3 y 4; y 301, con excepción de los numerales 4 y 5, todos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, serán aplicables en lo pertinente a la liquidación forzosa administrativa de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.

La medida de toma de posesión tendrá por objeto la protección de los ahorros de los trabajadores, jubilados o pensionados y de las empresas afiliadas depositantes, con el fin de que los ahorradores puedan obtener el pago de sus acreencias.

Para efectos de la aplicación de dichas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a la liquidación de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar, las referencias que en ellas se hacen a la entidad vigilada o intervenida se entenderán predicadas de la sección especializada de ahorro y crédito objeto de liquidación. Asimismo, las referencias que en dichas disposiciones se hacen al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán realizadas por el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas.

La liquidación de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar estará referida exclusivamente al patrimonio autónomo constituido con arreglo a lo previsto en el párrafo 2° del numeral 14 de este artículo.

**14.7 Seguro de depósito.** El Gobierno Nacional podrá determinar el mecanismo a través del cual las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar asegurarán los depósitos de sus afiliados. Para el efecto, el Gobierno Nacional podrá autorizar al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop, a otorgar dicho seguro, sin perjuicio de que se cumplan los requisitos y términos que exija dicho Fondo para asegurar los depósitos.

**14.8 Régimen sancionatorio.** El régimen sancionatorio aplicable a las secciones especializadas de las Cajas de Compensación Familiar, así como a sus directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales y empleados, será el mismo régimen aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Parágrafo. Adiciónese el artículo 6° de la Ley 789 de 2002, con un párrafo 3° así: "Una vez surtidos los traslados de recursos de los desempleados, sin discriminación con o sin vinculación anterior a las cajas, los saldos no ejecutados durante la respectiva vigencia fiscal, de todos los recursos del fondo para apoyar el empleo y la protección del desempleado, serán destinados para el fondo obligatorio para el subsidio familiar de vivienda de interés social de las cajas, FOVIS, de conformidad con la regulación sobre la materia".

**Artículo 2°.** La actividad financiera que en esta ley se autoriza a las Cajas de Compensación Familiar, mediante secciones especializadas de ahorro y crédito, se desarrollará sin perjuicio del servicio de crédito con recursos propios previstos en la Ley 21 de 1982 y Ley 789 de 2002.

Parágrafo. Las Cajas de Compensación Familiar que constituyan una sección especializada de ahorro y crédito deberán destinar de los excedentes anuales de dicha sección mínimo el 50% a subsidios de vivienda de interés social tipo I y II con la metodología que adopte el Gobierno Nacional.

**Artículo 3°.** Las Cajas de Compensación Familiar adecuarán sus estatutos en los términos de la presente Ley, a través de la Asamblea General, y para estos efectos exclusivamente, el quórum de las mismas estará compuesto por cualquier número plural de afiliados asistentes, citados de conformidad con las normas vigentes.



**Artículo 4º.** Toda persona, empresa o entidad pública o privada, estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que estos adeuden a la caja de compensación o cooperativa o fondos de empleados, cuya obligación conste en libranza, títulos valores, o cualquier otro documento suscrito por el deudor quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo. En ningún caso las personas y entidades señaladas en este artículo podrán cobrar cuota de administración o suma alguna por realizar esta operación.

**Artículo 5º.** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Artículo transitorio. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, el Gobierno Nacional adoptará las medidas necesarias para adecuar la estructura de la Superintendencia Bancaria dotándola de la capacidad presupuestal y técnica necesaria con el fin de que cumpla las funciones de autorización, inspección y vigilancia sobre las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.

Únicamente a partir de la reestructuración de la Superintendencia Bancaria, para que pueda cumplir a cabalidad con la función de inspección y vigilancia que se establece en la presente ley, que podrá autorizar el desarrollo de la actividad financiera por parte de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.»

### *ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO - OPERACIONES AUTORIZADAS*

#### **DECRETO 161 de 2005\*** (enero 27)

Por el cual se modifica el Decreto 611 de 2001

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y en el literal a) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, e informada previamente la Junta Directiva del Banco de la República,

DECRETA:

«**Artículo 1º.** El artículo 1º del Decreto 611 de 2001 quedará así:

\* Diario Oficial 45.808 del 31 de enero de 2005, pág. 1.

**"Artículo 1º.** Los establecimientos de crédito podrán realizar las siguientes operaciones de administración, siempre y cuando los respectivos bienes y derechos se hayan originado en operaciones que puedan realizar en desarrollo de su objeto social:

1. Los contratos y activos de cualquier clase, inclusive los propios, originados en operaciones autorizadas a los establecimientos de crédito, que a cualquier título hubieren sido enajenados en forma definitiva e irrevocable por estas instituciones.

2. Los bienes recibidos en dación en pago o los bienes dados en leasing que le hayan sido restituidos a la respectiva entidad. En estos eventos no se requiere que el establecimiento de crédito que administrará los activos contemple dentro de su objeto social las operaciones que dieron origen a la dación en pago de los bienes materia de administración ni la realización de operaciones de leasing.

3. La cartera de créditos de vivienda otorgados por las cooperativas de ahorro y crédito, las cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito, las cajas de compensación familiar y los fondos de empleados, en los términos del presente decreto y bajo las siguientes condiciones:

a) La administración de la cartera por parte de una entidad distinta a la originadora en virtud de las operaciones de que trata el presente decreto, no afectará las facultades de inspección, vigilancia y control de la superintendencia encargada de la vigilancia de la respectiva caja de compensación, cooperativa de ahorro y crédito, cooperativa multiactiva o fondo de empleados. En consecuencia, la respectiva Superintendencia podrá solicitar la información que estime necesaria, adelantar visitas y demás tareas relacionadas con la labor de supervisión. El establecimiento de crédito deberá permitir y facilitar la acción supervisora de la autoridad encargada de la vigilancia de la entidad originadora;

b) En los casos en que la entidad originadora deba cumplir con normas sobre calificación y clasificación de cartera, en el convenio que instrumente la administración por parte del respectivo establecimiento de crédito, se deberá prever que éste se encargará de dar cumplimiento a las normas sobre la materia, incluyendo el reporte oportuno a las centrales de riesgo;

c) Las provisiones a que haya lugar, deberán ser calculadas e informadas por parte del administrador a la entidad titular de la cartera con el fin de que esta las registre en su balance. El establecimiento de crédito deberá enviar una copia de la respectiva comunicación a la superintendencia encargada de la vigilancia de la entidad originadora de los créditos bajo su administración;

d) El sistema de atención al público del establecimiento de crédito interesado en administrar cartera de vivienda, deberá contar con los mecanismos de información y solución necesarios para atender oportuna y suficiente las quejas e inquietudes de los deudores.

**Parágrafo 1º.** Los establecimientos de crédito que pretendan adelantar cualquiera de las operaciones señaladas en el presente artículo, deberán celebrar un contrato de administración de carácter no fiduciario en el cual se establezcan claramente las condiciones y términos bajo los cuales se prestará el servicio. En todo caso, la entrega de la administración no eximirá de responsabilidad a la entidad originadora por la debida atención a sus deudores,



así como por el cumplimiento de las normas que rigen las diferentes actividades relacionadas con la cartera.

**Parágrafo 2º.** La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones a que haya lugar al establecimiento de crédito administrador que incumpla las obligaciones que se prevén en el presente artículo."

**Artículo 2º.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.»

# **Jurisprudencia**

*Acción de tutela. Personas jurídicas.  
Ley 546 de 1999. Reestructuración. Alivio.  
Obligaciones crediticias  
Sociedades anónimas. Responsabilidad  
societaria. Seguridad social*

**ACCIÓN DE TUTELA - PERSONAS JURÍDICAS - LEY 546 DE 1999 -  
REESTRUCTURACIÓN - ALIVIO - OBLIGACIONES CREDITICIAS**

**Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes. Sentencia T-701 del 29 de julio de 2004. Expediente T-671925.**

**Síntesis:** *Procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales cuando presentan defectos; consideraciones de la Corte Constitucional sobre decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia. Derechos fundamentales de las personas jurídicas y acción de tutela. La Ley 546 de 1999; objetivos, suspensión de procesos ejecutivos en curso con saldos insolutos no sometidos a reestructuración; terminación de todos los procesos hipotecarios en curso a 31 de diciembre de 1999. La reliquidación debía aplicarse a todos los créditos hipotecarios, condonando intereses de mora, reestructurando obligaciones crediticias y decretando la terminación de procesos y su archivo sin más trámites. Los alivios para reestablecer la capacidad de pago de deudores conlleva terminar los procesos ejecutivos debido a la existencia de cláusulas aceleratorias previstas en los títulos valores, permitiendo a los deudores la recuperación de sus viviendas en desarrollo de principios constitucionales de protección del derecho a la vivienda, que tiene como componente el concepto de 'gastos soportables'. Las entidades bancarias deben iniciar nuevos procesos ejecutivos si los deudores se constituyen nuevamente en mora, gozando de iguales garantías para perseguir el incumplimiento de obligaciones crediticias. Consideraciones finales de por qué no se sometió este proceso a la Sala Plena.*

«(…)

## **II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **Competencia**

1. Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

**Un problema previo: las tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la improcedencia de la acción de tutela en el caso concreto**

2. La Sala de Casación Laboral denegó el amparo solicitado por la entidad demandante, argumentando para ello la improcedencia general de la acción de tutela contra providencias judiciales y la no titularidad de las persona jurídicas de derechos fundamen-

tales. Por tal motivo y, para determinar si son admisibles los argumentos presentados por la mencionada Sala, la Corte pasará a estudiar si, en efecto, en este caso, la acción constitucional resulta improcedente.

Esta Sala analizará, entonces, la jurisprudencia constitucional respecto de (i) la titularidad de las personas jurídicas de ciertos derechos fundamentales, y (ii) la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales cuando las mismas presentan determinados defectos.

**Procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales**

3. Como ya ha sido reiterado por esta Corte en numerosas oportunidades<sup>2</sup>, la acción

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997, entre otras.

de tutela es un mecanismo de origen constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular (art. 86 C.P.)

Si el artículo 86 dispone que el amparo de los derechos fundamentales tendrá lugar frente a cualquier autoridad pública, las decisiones que los operadores judiciales tomen en ejercicio de sus funciones también forman parte de esta categoría. No basta, entonces, mencionar los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial, combinados con el argumento de "la potencialidad de error humano", para negar al juez de tutela la posibilidad de determinar si en cierta actuación judicial fueron vulnerados de manera grave los derechos fundamentales del demandante. Ahora bien, esto no implica que la acción de tutela se transforme en una tercera instancia, ante la cual se puedan discutir nuevamente todos los asuntos ordinarios. Para salvaguardar los principios arriba mencionados de autonomía judicial y cosa juzgada, la Corte ha especificado cuáles son las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales.

La condición necesaria, común a las diversas hipótesis, es la violación o amenaza de derechos fundamentales que hagan precisa la intervención inmediata del juez constitucional para contrarrestar los efectos vulneratorios de la decisión judicial en cuestión. Ha dicho esta Corporación que *"la acción de tutela procede contra decisiones judiciales que violen derechos fundamentales, como se desprende de la Sentencia C-543 de 1992. Este es el criterio básico que subyace a la jurisprudencia de la Corte Constitucional."*<sup>3</sup>

La primera hipótesis de procedibilidad de la acción de tutela es la vulneración o ame-

naza de derechos constitucionales fundamentales cuya causa sea el desconocimiento de normas de rango legal. Este desconocimiento puede configurar, básicamente, tres tipos de errores: sustantivo -categoría en la cual se enmarca la falta de aplicación de las sentencias con efectos erga omnes- orgánico y procedimental. En este punto es necesario aclarar que los arriba mencionados no son conceptos cuyas fronteras hayan sido enunciadas de manera definitiva por la Corte Constitucional. Muchos de los defectos presentes en las decisiones judiciales son un híbrido de las tres hipótesis mencionadas, y muchas veces, es casi imposible definir las fronteras entre unos y otros. Por ejemplo, el desconocimiento de la ley aplicable al caso concreto debido a una interpretación caprichosa (sin el fundamento argumentativo adecuado) o arbitraria (sin justificación alguna) de la normatividad, muy seguramente dará lugar a la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de (i) la actividad hermenéutica antojadiza del juez (defecto sustantivo) y (ii) de la denegación del derecho al acceso a la administración de justicia que tal entendimiento de la normatividad genera (defecto procesal).

El segundo supuesto está relacionado con los graves defectos que afectan el soporte fáctico de los procesos. Puede configurarse debido a la falta de decreto y práctica de pruebas, por la equivocada interpretación de las mismas o por la asunción como elementos de juicio de pruebas nulas de pleno derecho. Este error se denomina defecto fáctico.

La tercera hipótesis da cuenta de las decisiones que aunque son adoptadas con respeto pleno de la normatividad aplicable y valorando de manera razonable todas las pruebas allegadas al proceso, vulneran gravemente los derechos fundamentales del actor, por causa que no le es imputable al juez de conocimiento. Esto sucede cuando, pese a la diligencia y pericia jurídica del juzgador, otras instancias públicas poseedoras de información vital para alguna de las partes no la alle-

3 Sentencia T-441 de 2003.

gan al proceso cuando es requerida. Esta omisión -no imputable al operador jurídico- lo lleva a comprometer de manera grave derechos fundamentales. Se denomina a este supuesto defecto o vía de hecho por consecuencia<sup>4</sup>.

En cuarto lugar, procede la acción de tutela contra las providencias judiciales cuando la decisión que en ellas se adopta carece de fundamentación adecuada y suficiente (razonable) y cuando desconoce el precedente judicial -especialmente el que la Corte Constitucional ha sentado en la materia-.

De otro lado se encuentran las decisiones judiciales que vulneran directamente la Constitución y que, como consecuencia de ello, menoscaban de manera grave los derechos fundamentales de las partes. Esto ocurre cuando se presentan las siguientes hipótesis: (i) que el juez realice una interpretación de la normatividad evidentemente contraria a la

Constitución y (ii) que el juez se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión quebrantaría preceptos constitucionales y que, además, su declaración ha sido solicitada expresamente por una de las partes.

4. Ahora bien, la Sala resalta que el presupuesto básico para la procedencia del amparo es la vulneración o la amenaza de vulneración a un derecho fundamental y en ese sentido puede anotarse que las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales deben estar inescindiblemente relacionadas con la vulneración de derechos fundamentales, lo que implica que para lograr el amparo constitucional, no basta acreditar la concurrencia de una de las vulneraciones genéricas arriba señaladas -que bien podrían ser subsanadas a través de los mecanismos y recursos ordinarios- es necesario también, que tal defecto en la providencia vulnere derechos fundamentales (art. 86 C.P.).

Procede la acción de tutela contra las providencias judiciales cuando la decisión que en ellas se adopta carece de fundamentación adecuada y suficiente (razonable) y cuando desconoce el precedente judicial -especialmente el que la Corte Constitucional ha sentado en la materia-.

En este sentido debe ser entendida la relación que guardan los principios de autonomía judicial (art. 246 C.P.) y primacía de los derechos fundamentales (art. 2° C.P.). Las normas constitucionales no tienen la estructura de reglas que se excluyen de manera absoluta y que fungen como premisa mayor autoevidente en la elaboración de silogismos jurídicos. Por el contrario, la estructura abierta de tales normas vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre las normas en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado. Uno de los mecanismos para conservar la integridad del principio de autonomía judicial frente a la posibilidad de tutela contra sentencias judiciales

4 Ver las sentencias SU-846 de 2000 y T-606 de 2003.

"La jurisprudencia constitucional ha señalado que aun si existen otros medios de defensa judicial para atacar una providencia judicial que incurrió en una vía de hecho, la acción de tutela procede excepcionalmente cuando existe la amenaza de un perjuicio irremediable..."

es el carácter excepcional de este tipo de amparo, al condicionar su procedibilidad a la configuración de alguno de los defectos genéricos arriba mencionados.

5. Por estas razones, la Corte no comparte la fundamentación de la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela. La afirmación universal de que en ningún caso habrá tutela contra sentencias judiciales, en atención los principios de autonomía judicial y cosa juzgada, con base en la cual justifica su decisión, hace caso omiso de su obligación como juez constitucional, cual es -entre otras- velar porque ninguno de los principios en conflicto sea derogado implícitamente en su decisión. La imposibilidad de eliminar el error humano no implica que el sistema jurídico tenga que descargar sobre los ciudadanos el potencial errático de quienes administran justicia. Por el contrario, el Estado debe diseñar -y de hecho ha diseñado- mecanismos y recursos para subsanar, hasta donde sea posible, tales defectos. Otro de los motivos por los cuales es razonable -y hasta necesario- comprender en el ordenamiento jurídico la posibilidad de interponer tutela contra sentencias judiciales, no es corregir ad infinitum las fallas que comprendan las providencias, sino unificar los parámetros y lineamientos interpretativos de los derechos fundamentales por parte de un solo ente (la Corte Constitucional) de tal manera que en su respeto y protección queden comprendidos no sola-

mente los jueces de tutela y el Tribunal constitucional, sino todos los entes que administran justicia en el Estado.

6. Asiste razón a la Sala de Casación Laboral al afirmar que, según la Sentencia C-543 de 1992, no procede la acción de tutela contra providencias judiciales en general. En efecto, la sentencia de control declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, que autorizaban y regulaban la petición de amparo contra sentencias judiciales. Consideró la Corte que estas normas desconocían las reglas de competencia fijadas en la Constitución y que vulneraban el principio de seguridad jurídica. No obstante, la improcedencia de la acción constitucional no era predicable de los casos en los cuales la providencia sólo era tal en apariencia. Es decir, frente a las vías de hecho judiciales, dadas ciertas circunstancias, sí procede la acción de tutela. Ha dicho esta Corporación:

"(L)a jurisprudencia constitucional ha señalado que aun si existen otros medios de defensa judicial para atacar una providencia judicial que incurrió en una vía de hecho, la acción de tutela procede excepcionalmente cuando existe la amenaza de un perjuicio irremediable, el cual se configura cuando se dan las siguientes condiciones: (1) afecta de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) de ocurrir el perjuicio no existiría forma de reparar el daño producido; (3) su ocurrencia es inminente; (4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) la gravedad de los hechos es de

tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. No obstante, en materia de tutela contra providencias judiciales la Corte ha sido estricta en impedir que dicha acción se emplee para eludir el procedimiento fijado en las normas legales, e inclusive, ha estimado que el recurso extraordinario de casación así como el de revisión, son vías idóneas cuya lentitud no justifica, por sí sola, admitir la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (SU-1299/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y las demás sentencias de unificación allí resumidas.)<sup>5</sup>.

### Derechos fundamentales de las personas jurídicas y acción de tutela

7. Respecto de la titularidad de las personas jurídicas de derechos fundamentales, existen básicamente tres posiciones: la primera de ellas afirma -tal como lo expone la Sala de Casación Laboral- que las mismas no pueden ser titulares de estas garantías. Sostienen que tan solo las personas consideradas como individuos pueden reclamar el amparo de los derechos de los cuales son esencialmente titulares. La segunda tesis argumenta que las personas jurídicas ostentan los mismos derechos fundamentales que los sujetos, en tanto el término genérico "personas" no excluye a la pluralidad que conforma al predicado jurídico. Aunque esta segunda postura puede parecer la que más se adecúa a los principios garantistas e incluyentes de la Constitución de 1991, genera algunos absurdos. Entre ellos, la imposibilidad de reconocer a las mismas derechos como la vida o la integridad personal. Por ello, otros sostienen que las personas jurídicas son titulares de algunos derechos fundamentales. Precisamente, esta ha sido la tesis acogida por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia. Ha señalado esta Corporación al respecto:

"(...), el debido proceso y el acceso a la justicia se atribuyen a las personas, naturales y jurídicas, porque son derechos que se basan

en la capacidad de obrar de unas y otras, no en la naturaleza de su personalidad. Prueba de ello es que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que el artículo 229 constitucional garantiza a toda persona el acceso a la justicia.

Pretender excluir a las personas jurídicas de la acción de tutela para restablecer su derecho a un juicio justo, conforme a las leyes preexistentes, ante un tribunal competente y con la plenitud de las formas previstas, sería tanto como establecer presupuestos diferentes en el desenvolvimiento de la capacidad de obrar de las personas naturales, según su actuación individual u colectiva, desconociendo la protección que la Carta Política otorga al substrato humano que comportan todas las actuaciones que proyectan al hombre como ser social"<sup>6</sup>.

8. En conclusión, dado que la Corte Constitucional ha señalado que (i) en ciertas circunstancias procede la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que (ii) la acción de tutela puede ser interpuesta por las personas jurídicas, pasará esta Sala a estudiar el asunto de fondo.

### Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

9. El banco (...), en su condición de demandante en el proceso de tutela de la referencia, considera que la Sala Unitaria de Decisión Civil del Tribunal Superior de (...) vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la prevalencia del derecho sustancial, a la defensa y a la tutela efectiva de los derechos, al declarar la nulidad de lo actuado y disponer la terminación del proceso ejecutivo hipotecario, promovido por la entidad demandante en contra de la señora (...).

5 T-889 de 2003.

6 Sentencia T-924 de 2002.



La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de tutela de primera instancia, concedió el amparo interpuesto, por encontrar una vía de hecho consistente en haber declarado la nulidad del proceso ejecutivo de la referencia y el archivo del mismo, con fundamento en una interpretación absolutamente infundada de la Ley 546 de 1999 y la Sentencia C-955 de 2000. Resolvió, entonces, ordenar a la Sala demandada que resolviera el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo indicado en el cuerpo de la providencia.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional determinar si la Sala Unitaria de Decisión Civil del Tribunal Superior de (...), con ocasión de la decisión de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso ejecutivo seguido contra la ciudadana (...) a partir del 31 de diciembre de 1999 y ordenar, así mismo, la terminación y archivo del expediente, previo levantamiento de las medidas cautelares, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la prevalencia del derecho sustancial, a la defensa y a la tutela efectiva de los derechos del banco (...). En concreto, la Sala responderá las siguientes preguntas: (i) ¿vulneró la decisión de la Sala demandada los derechos fundamentales invocados por la entidad demandante al haber resuelto, en grado jurisdiccional de consulta, declarar la nulidad y la terminación y archivo del proceso de la referencia? (ii) ¿Es infundada, y resulta, por tanto, irrazonable la interpretación dada por la Sala demandada a la Ley 546 de 1999 y a la Sentencia C-955 de 2000?

**10.** Como el problema central en el caso concreto gira en torno a la interpretación del alcance del parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, recordará la Corte (i) cuáles son los objetivos generales de la

ley señalados en el cuerpo de tal normatividad, y específicamente, del enunciado que prescribe la suspensión de los procesos ejecutivos en curso a 31 de diciembre de 1999; (ii) cuáles fueron las consideraciones expuestas por esta Corporación en punto del parágrafo 3, en la Sentencia C-955 de 2000; y, por último, (iii) las dos interpretaciones alternas dadas por los jueces ordinarios tanto a la norma, como a la sentencia de control y las consecuencias que se siguen de las mismas respecto de los procesos judiciales en mención.

### **La Ley 546 de 1999 y la Sentencia C-955 de 2000: el problema de la suspensión de los procesos ejecutivos en curso**

**11.** La Ley 546 de 23 de diciembre de 1999 "por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones", estableció las normas y los criterios generales a los cuales debe circunscribirse el Gobierno Nacional para regular los sistemas de financiación para la adquisición de vivienda individual a largo plazo, ligada al índice de precios al consumidor, y las condiciones especiales que regularán la materia en punto de vivienda de interés social urbano y rural. En la misma disposición (par. 2) se señaló que las entidades podrán otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o unidades de valor real (UVR), siempre que los sistemas de pago no contemplen capitalización de intereses, ni sanciones por prepagos totales o parciales.

El objetivo de la Ley 546 de 1999, según se indica en el artículo 2º de tal normatividad, es fijar las condiciones necesarias para garantizar el derecho constitucional a la vivienda



Una de las estrategias contempladas en la Ley 546 para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, de conformidad con lo consagrado en el artículo 40 de tal regulación, es la inversión social del Estado de unas sumas (previstas en los artículos subsiguientes) para abonarlas a las obligaciones, vigentes a la fecha, que hubieran sido adquiridas con establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo.

digna<sup>7</sup>, a través de la regulación por parte del Gobierno Nacional de un sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo. Los objetivos y criterios a los cuales estará ceñida tal regulación serán, (i) proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda, (ii) proteger y fomentar el

ahorro destinado a la financiación y a la construcción de vivienda, manteniendo la confianza del público en los instrumentos de captación y en los establecimientos de crédito emisores de los mismos, (iii) proteger a los usuarios de los créditos de vivienda, (iv) propender por el desarrollo de mecanismos eficientes de financiación de vivienda a largo plazo, (v) velar para que el otorgamiento de los créditos y su atención consulten la capacidad de pago de los deudores, (vi) facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia, (vii) promover la construcción de vivienda en condiciones financieras que hagan asequible la vivienda a un mayor número de familias, y (viii) priorizar los programas y soluciones de vivienda de las zonas afectadas por desastres naturales y actos terroristas.

12. Frente a la crisis social y económica provocada, entre otras cosas, por la cesación generalizada de pagos de los deudores hipotecarios y por los procesos ejecutivos iniciados con ocasión de la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, la ley desarrolló varias soluciones. Tomó en consideración para ello que el monto de las deudas superó la capacidad de pago de los deudores y -muchas veces- el valor de las viviendas, que los mismos tuvieron que cancelar sumas superiores al valor de lo que las sentencias de la Corte Constitucional sobre el sistema UPAC encontraron equitativo, y que el sujeto pasivo de la obligación no po-

7 Respecto del derecho constitucional a la vivienda digna, señaló la Corte en la sentencia C-936 de 2003: "El derecho a la vivienda digna (...) incluye elementos que comportan la seguridad del goce del derecho a la vivienda digna. De tales elementos surgen deberes específicos para el Estado. Sin perjuicio de la necesidad de disposiciones sobre planeamiento urbano y utilización del suelo y sobre la oferta de bienes y servicios (servicios públicos, sanidad, ubicación de hospitales y escuelas, etc.), el Estado tiene la potestad dictar una legislación que (i) garantice seguridad en la tenencia de vivienda y (ii) que establezca sistemas de acceso a la vivienda. El mandato de cubrir estos aspectos no se reduce a una sola ley en materia de vivienda, sino que conduce a un sinnúmero de reglas jurídicas que atañen a la protección del derecho a la vivienda digna. Tales reglas pasan por ámbitos civiles y comerciales generales, reglas de financiación dirigidos al sector público y al privado, etc."

día proyectar sus pagos -en tanto no conocía el valor de la acreencia- y tampoco podía reestructurar el crédito para adecuarlo a sus posibilidades de pago.

**13.** Una de las estrategias contempladas en la Ley 546 para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, de conformidad con lo consagrado en el artículo 40 de tal regulación, es la inversión social del Estado de unas sumas (previstas en los artículos subsiguientes) para abonarlas a las obligaciones, vigentes a la fecha, que hubieran sido adquiridas con establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo y para contribuir a la formación del ahorro que permita formar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado en dación en pago sus viviendas.

Los abonos a los créditos que se encontraran al día, sobre los saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999 de los préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo, serían hechos siguiendo las pautas fijadas en el artículo 40 de la ley en mención. Los deudores hipotecarios que estuvieran en mora a 31 de diciembre de 1999 (hipótesis regulada por el artículo 42 de la Ley 546), serían beneficiarios de los abonos contemplados en el artículo 40, siempre y cuando manifestaran su pretensión de acogerse a la reliquidación del crédito dentro de los 90 días siguientes a la vigencia de la ley. Para el caso concreto objeto de revisión en el presente fallo, resulta particularmente relevante el párrafo 3° del artículo 42, por cuanto la interpretación dada al mismo por la Sala demandada sirve de fundamento al cargo de vulneración de los derechos fundamentales de la entidad actora. Dicho párrafo señala los efectos de la conversión del crédito hipotecario, de la reliquidación del crédito y de la conversión de los documentos contentivos del mismo para los procesos en trámite a 31 de diciembre de 1999, en los siguientes términos:

*"Los deudores cuyas obligaciones se encuentren vencidas y sobre las cuales recaigan procesos judiciales que dentro de los noventa (90) días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a la reliquidación de su crédito hipotecario, tendrán derecho a solicitar suspensión de los mencionados procesos. Dicha suspensión podrá otorgarse automáticamente por el juez respectivo. En caso de que el deudor acuerde dentro del plazo la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite. Si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriere nuevamente en mora, los procesos se reiniciarán a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora, en la etapa en que se encontraban al momento de la suspensión, y previa actualización de su cuantía".*

**14.** Precisamente la Ley 546 de 1999 fue objeto de control constitucional en la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000. Para efectos de la presente revisión, en necesario estudiar lo resuelto por la Corte Constitucional en esa providencia con respecto a este asunto. A continuación se reseñará brevemente este pronunciamiento para, posteriormente, analizar la razonabilidad de la interpretación de la norma efectuada por la Sala demandada.

**Sentencia C-955 de 2000: el problema de la terminación y archivo de los procesos judiciales en curso a 31 de diciembre de 1999.**

**15.** El artículo 42 de la Ley 546 de 1999 fue objeto de reproche de inconstitucionalidad. Respecto del cargo de vulneración del principio superior de igualdad, en tanto la norma confiere un trato diferente a los deudores cuyos créditos se encontraban al día a 31 de diciembre de 1999 (art. 40) y a los que no (art. 42), la Sala, aplicando el test de igualdad, encontró infundada la acusación. En punto del cuestionamiento del cual fue objeto la suspensión de los procesos judiciales prevista en el párrafo 3°, la Corporación señaló que, dado que la cesación generalizada de pagos por parte de los deudores de vivienda fue ocasionada más por un colap-

so generalizado del sistema de financiación, que por la mera negligencia de los deudores, la aplicación de alivios a tales obligaciones (reliquidación de créditos, abonos, compensación y adecuación de títulos) debía encontrar un justo correlato en el trámite de los procesos<sup>8</sup>.

No consideró, en cambio la Corte, que el plazo de noventa días, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley, con el cual contaban los deudores en mora para acogerse a la reliquidación del crédito -como condición necesaria para que fueran suspendidos los procesos en curso- estuviese ajustada a los mandatos superiores. Señaló la Sala que *"si las condiciones objetivas que deben dar lugar a la mencionada suspensión no dependen de haberse acogido o no a una reliquidación a la que todos los deudores tenían derecho, se trata de un requisito que rompe la igualdad y que injustificadamente condena a una persona, además de no recibir oportunamente el abono que le corresponde, a no poder efectuar la compensación entre el abono y lo que debe, y muy probablemente a ser condenada en el proceso"*<sup>9</sup>.

De igual manera, para la Corte era inexecutable el inciso final del párrafo en comento, que estipulaba que si dentro del año siguiente el deudor incurre nuevamente en mora, los procesos podrían reiniciarse en la etapa en la cual estaban en el momento en que operó la suspensión, previa actualización de su cuantía, con la sola demostración de la mora y la solicitud de la entidad financiera. Consideró el alto Tribunal que esta disposición contravenía los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la administración de justicia, por cuanto situaciones jurídicas distintas estaban siendo tratadas de manera idéntica. Es decir, si el deudor vuelve a constituirse en mora, ello implica que debe iniciarse un nuevo proceso y no acumularse a uno que, por mandato legal ya había terminado. Concluyó la Corte entonces al respecto:

*"En efecto, es evidente que se trata de situaciones jurídicas distintas, en cuanto la nueva mora, que al tenor del precepto se constituye en hipótesis de la*

*reanudación del proceso, debe dar lugar a un proceso nuevo y de ninguna manera acumularse a la que había propiciado el anterior, terminado, según el mismo mandato legal, con las consecuencias que tiene la terminación de todo juicio. El acreedor goza, por supuesto, del derecho a iniciar un nuevo proceso ejecutivo en contra de su deudor, pero mal puede retomarse el proceso expirado, en la etapa en que se encontraba cuando se produjo la suspensión, puesto que ello significa atribuir efectos ultra activos a situaciones previas ya definidas, combinándolas con hechos nuevos, en contra de una de las partes, con notorio desequilibrio en la relación procesal. Serán declaradas inexecutable, en este párrafo, las expresiones "que dentro de los noventa (90) días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a la reliquidación de su crédito hipotecario", "dentro del plazo" y "si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriere nuevamente en mora, los procesos se reiniciarán a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora, en la etapa en que se encontraban al momento de la suspensión, y previa actualización de su cuantía" "*<sup>10</sup>.

16. Por su importancia en el presente proceso, y para mayor claridad, la Corte procede a transcribir el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, y se resaltan y subrayan las expresiones declaradas inconstitucionales mediante la Sentencia C-955 de 2000:

*"Artículo 42. Abono a los créditos que se encuentren en mora. Los deudores hipotecarios que estuvieren en mora al 31 de diciembre de 1999, podrán beneficiarse de los abonos previstos en el artículo 40, siempre que el deudor manifieste por escrito a la entidad financiera su deseo de acogerse a la reliquidación del crédito, dentro de los noventa (90) días siguientes a la vigencia de la ley.*

*Cumplido lo anterior, la entidad financiera procederá a condonar los intereses de mora y a reestructurar el crédito si fuere necesario.*

A su turno, el Gobierno Nacional procederá a abonar a dichas obligaciones el monto total de la diferencia que arroje la reliquidación de la

8 Ver sentencia SU-846 de 2000.

9 Sentencia C-955 de 2000.

10 Sentencia C-955 de 2000.

deuda, efectuada de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 41 anterior, mediante la entrega al respectivo establecimiento de crédito de los títulos a que se refiere el parágrafo cuarto del mismo artículo 41.

Parágrafo 1°. Si los beneficiarios de los abonos previstos en este artículo incurrieren en mora de más de doce (12) meses, el saldo de la respectiva obligación se incrementará en el valor del abono recibido. El establecimiento de crédito devolverá al Gobierno Nacional títulos a los que se refiere el parágrafo 4° del artículo 41, por dicho valor. En todo caso, si el crédito resultare impagado y la garantía se hiciera efectiva, el establecimiento de crédito devolverá al Gobierno Nacional la parte proporcional que le corresponda de la suma recaudada.

Parágrafo 2. A las reliquidaciones contempladas en este artículo les serán igualmente aplicables el numeral 1 del artículo 41 anterior, así como lo previsto en los párrafos 1° y 2° del mismo artículo".

Parágrafo 3. Los deudores cuyas obligaciones se encuentren vencidas y sobre las cuales recaigan procesos judiciales *que dentro de los noventa (90) días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a la reliquidación de su crédito hipotecario*, tendrán derecho a solicitar suspensión de los mencionados procesos. Dicha suspensión podrá otorgarse automáticamente por el juez respectivo. En caso de que el deudor acuerde *dentro del plazo* la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite. *Si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriere nuevamente en mora, los procesos se reiniciarán a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora, en la etapa en que se encontraban al momento de la suspensión, y previa actualización de su cuantía".*

Significa lo anterior, que el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, luego de la sentencia de control, quedó del siguiente tenor:

*"Artículo 42. Abono a los créditos que se encuentran en mora. Los deudores hipotecarios que estuvieren en mora al 31 de diciembre de 1999, podrán beneficiarse de los abonos previstos en el*

*artículo 40, la entidad financiera procederá a condonar los intereses de mora y a reestructurar el crédito si fuere necesario.*

*A su turno, el Gobierno Nacional procederá a abonar a dichas obligaciones el monto total de la diferencia que arroje la reliquidación de la deuda, efectuada de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 41 anterior, mediante la entrega al respectivo establecimiento de crédito de los títulos a que se refiere el parágrafo cuarto del mismo artículo 41.*

Parágrafo 1°. *Si los beneficiarios de los abonos previstos en este artículo incurrieren en mora de más de doce (12) meses, el saldo de la respectiva obligación se incrementará en el valor del abono recibido. El establecimiento de crédito devolverá al Gobierno Nacional títulos a los que se refiere el parágrafo 4° del artículo 41, por dicho valor. En todo caso, si el crédito resultare impagado y la garantía se hiciera efectiva, el establecimiento de crédito devolverá al Gobierno Nacional la parte proporcional que le corresponda de la suma recaudada.*

Parágrafo 2°. *A las reliquidaciones contempladas en este artículo les serán igualmente aplicables el numeral 1 del artículo 41 anterior, así como lo previsto en los párrafos 1° y 2° del mismo artículo".*

Parágrafo 3°. *Los deudores cuyas obligaciones se encuentren vencidas y sobre las cuales recaigan procesos judiciales, tendrán derecho a solicitar suspensión de los mencionados procesos. Dicha suspensión podrá otorgarse automáticamente por el juez respectivo. En caso de que el deudor acuerde la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite".*

17. Como ya se señaló, la controversia esencial en el presente caso gira en torno al alcance del Parágrafo 3° de este artículo, pues dos interpretaciones de la norma que define las condiciones de procedencia de terminación y archivo de los procesos en curso a 31 de diciembre de 1999 han sido sustentadas por los diversos operadores jurídicos.

La terminación de los procesos ejecutivos en curso, como consecuencia jurídica adjudicable a ciertos supuestos de hecho, es un punto coincidente en ambas interpreta-

ciones de la norma. Así, los jueces aceptan uniformemente que el proceso ejecutivo debe terminar cuando luego de efectuada la reliquidación del crédito (a) no quedan saldos insolutos a favor de la entidad bancaria, (b) aunque hay saldos insolutos, los mismos son cancelados por el deudor y (c) hay saldos de la deuda, pero los extremos de la obligación acuerdan la reestructuración del crédito. El punto de controversia se circunscribe a aquellos casos en los cuales, luego de efectuada la reliquidación del crédito -ya sea a petición de parte o ya sea de manera oficiosa por el juez- hay saldos insolutos a favor del acreedor y el deudor no acuerda la reestructuración del crédito con la entidad financiera. En ese evento, conforme a la interpretación del actor y de la Sala de Casación Civil, el ejecutivo debe proseguir; por el contrario, según la interpretación de la sentencia impugnada del Tribunal Superior de

Medellín, también en este caso, el proceso ejecutivo cesa.

Para una mejor ilustración de la existencia de esta doble hermenéutica, la Sala procederá a exponer las tesis que respaldan cada una de ellas, para luego determinar si la sentencia del Tribunal demandado constituye o no una vía de hecho.

**Primera interpretación: continuación de los procesos ejecutivos con saldos insolutos no sometidos a reestructuración.**

18. Para la Sala de Casación Civil y para el actor de la presente tutela, el efecto jurídico de la no reestructuración de los créditos objeto de procesos ejecutivos debe ser el levantamiento de la suspensión y la continuación del mismo en la etapa en que se

La terminación de los procesos ejecutivos en curso, como consecuencia jurídica adjudicable a ciertos supuestos de hecho, es un punto coincidente en ambas interpretaciones de la norma. Así, los jueces aceptan uniformemente que el proceso ejecutivo debe terminar cuando luego de efectuada la reliquidación del crédito (a) no quedan saldos insolutos a favor de la entidad bancaria, (b) aunque hay saldos insolutos, los mismos son cancelados por el deudor y (c) hay saldos de la deuda, pero los extremos de la obligación acuerdan la reestructuración del crédito.



encontraba. Fundamentan su posición en los siguientes argumentos:

a) Lo "racional" en casos como el que provocó la demanda de tutela era que, presentada la reliquidación y sometida al trámite pertinente, las consecuencias procesales que de ello se deriven, debían estar en consonancia con la finalidad del proceso ejecutivo (art. 535 C.P.C.), cual es, el pago total de la obligación.

b) La Ley 546 de 1999 dispuso que, si las partes involucradas en el cobro compulsivo llegan a un acuerdo de refinanciación o reestructuración -para el evento en que el alivio fuera menor al monto de la deuda- el proceso se terminaría por tal circunstancia. No es viable, entonces, dar por terminados procesos ejecutivos con título hipotecario con la mera aprobación de la reliquidación de los créditos.

c) Aunque la norma empleó indistintamente los términos "reliquidación" y "reestructuración", un entendimiento sistemático de la misma permite concluir que, cuando el parágrafo dice *"en caso de que el deudor acuerde la reliquidación"*, está haciendo mención no sólo al nuevo monto de la obligación (reliquidación), sino también a las condiciones de pago de la misma (reestructuración). No puede, entonces, derivarse la misma consecuencia jurídica de supuestos de hecho diversos.

d) Si la finalidad del legislador hubiera sido terminar todos los procesos ejecutivos en curso, sin distinción alguna, así lo habría consignado expresamente. Pero no. Su estrategia para hacer frente a la crisis fue aplicar -de conformidad con la reglas por él mismo fijadas- un alivio a todos los créditos de vivienda. Si el abono fue la estrategia para ayudar a los deudores, no se entiende cómo es derivada, sin más, la obligación de dar por terminados procesos ejecutivos con saldos a favor del deudor respecto de los cuales no hubo acuerdo de pago.

e) La tesis de conformidad con la cual todos los procesos ejecutivos terminaron por ministerio de la ley no se sigue ni de la Ley 546 de 1999 ni de la Sentencia C-955 de 2000. Por tal razón, la declaratoria de nulidad de todas las actuaciones judiciales realizadas después del 31 de diciembre de 1999, además de configurar un defecto sustantivo de las providencias, vulnera el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de las entidades bancarias, las cuales, además, no cuentan con otro medio de defensa ordinario.

f) La frase condicional no declarada inexecutable por la Sentencia C-955 de 2000: *"en caso de que el deudor acuerde la reliquidación de su obligación"*, implica que, si no hay acuerdo, entonces no habrá lugar a la terminación de los procesos. El acuerdo se refiere a lo que técnicamente es denominado reestructuración. Cuando la norma hace referencia a la reliquidación, no establece condicionamiento alguno, por cuanto la misma opera aún sin el concurso de voluntades de deudor y acreedor.

g) Si la ley hubiese querido dar por terminados todos los procesos ejecutivos en curso a 31 de diciembre de 1999, así lo habría consignado expresamente. No hay lugar, entonces, a hacer extensivo el efecto de terminación por ministerio de la ley a hipótesis no contempladas por la misma.

Segunda Interpretación: terminación de todos los procesos ejecutivos hipotecarios en curso a 31 de diciembre de 1999.

19. Por su parte, el Tribunal demandado y numerosos operadores jurídicos defienden la hipótesis contraria, esto es, que los procesos ejecutivos también terminan en ese caso, lo cual fundamentan en los siguientes argumentos:

a) La Sentencia C-955 de 2000 prescribe que los procesos ejecutivos cuya causa fuera un título valor consignado en UPAC, debían

terminar a más tardar el 31 de diciembre de 1999. Los tres meses más otorgados por la ley -hasta marzo 31 de 2000-, era el plazo con que contaban las entidades bancarias y los deudores para reestructurar la forma de pago del saldo insoluto del crédito de vivienda. La única condición que señaló el fallo de control para terminar y archivar los procesos en curso era la reliquidación de los créditos, y aquella, en todo caso, debía realizarse -por petición del interesado o de manera oficiosa por el Juez de conocimiento-.

b) Las decisiones judiciales que establecieron la terminación y archivo de los procesos judiciales en curso a 31 de diciembre de 1999, acogieron la hermenéutica expuesta en la Sentencia C-955 de 2000 del párrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999. Por tal razón, no se configura en aquellos casos una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra actuaciones judiciales por indebida interpretación normativa.

c) El 31 de diciembre de 1999, los procesos ejecutivos en los que una entidad financiera cobraba un crédito concedido en UPAC para adquirir vivienda, se suspendieron a efectos de permitir la reliquidación del crédito, de oficio o a petición del deudor. Una vez efectuada la reliquidación del crédito, el

proceso finalizó y la actuación fue archivada.

d) El párrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 no estableció una modalidad de terminación por pago total de la obligación, sino la finalización de los procesos ejecutivos en curso por ministerio de la ley, sin consideración al estado del mismo, ni la cuantía del abono especial, como tampoco las "gestiones" del deudor para cancelar las cuotas insolutas del crédito. Señaló la sentencia de control: "(...) la suspensión de los

*procesos en curso, ya por petición del deudor, o por decisión adoptada de oficio por el juez, tiene por objeto que se efectúe la reliquidación del crédito y, producida ella, debe dar lugar a la terminación del proceso y a su archivo sin más trámite, como lo ordena la norma que, en tal sentido, lejos de vulnerar, desarrolla el postulado constitucional que propende al establecimiento del orden justo (Preámbulo y artículo 2° C.P.) y realiza los principios de prevalencia del derecho sustancial (art. 288 C.P.) y de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.)"*<sup>11</sup>

Los deudores no  
conocían el monto de  
sus obligaciones,  
siéndoles imposible  
proyectar sus pagos,  
como también  
solicitar la  
reestructuración del  
crédito para  
adecuarlo a sus reales  
condiciones de pago.

e) La conversión de los créditos al sistema

UVR, significa que, en adelante, se adeuda el capital correspondiente y se entiende saneada la mora anterior a ello. Cuando se acelera el plazo (cláusula acceleratoria) la mora se cuenta desde que se toma esa decisión. A 31 de diciembre de 1999, se adeudaba tan sólo un capital concebido en UVR. Se sigue de lo anterior, que los procesos judiciales iniciados con ocasión de la mora en que incurrieron los deudores, terminan necesariamente. Si la causa para acelerar el plazo era la

11 Sentencia C-955 de 2000.

mora, desaparecida ésta, desaparece el pleito que la apoyaba.

f) Y tal y como lo destacó la Sentencia T-606 de 2003 de esta Corte, la ley 546 de 1999 fue una normatividad expedida con el objeto de solucionar una crisis social y económica de grandes proporciones, motivada en gran parte por el gran número de procesos ejecutivos en curso (i) dado que las obligaciones superaron el monto e pago de los deudores, y en muchos casos el valor de las viviendas (ii) en razón de que los deudores fueron compelidos a trasladar a las entidades prestamistas sumas superiores a lo realmente adeudado; (iii) toda vez que los deudores no conocían el monto de sus obligaciones, siéndoles imposible proyectar sus pagos, como también solicitar la reestructuración del crédito para adecuarlo a sus reales condiciones de pago.

#### **Razonabilidad y adecuación constitucional de la interpretación de la sentencia atacada.**

20. El defecto sustantivo de las providencias judiciales -como causal de procedibilidad de la acción de tutela- se configura cuando el operador jurídico aplica de manera arbitraria e infundada una norma, y de tal aplicación, se sigue la vulneración de derechos fundamentales, no subsanable con los medios de defensa ordinarios. De conformidad con la exposición hecha en párrafos anteriores, la interpretación del Tribunal demandado no puede calificarse como caprichosa o injustificada, en tanto expone como base de su decisión argumentos admisibles, de conformidad con la normatividad y la jurisprudencia vigentes. Ese sólo hecho ya es suficiente para negar el amparo solicitado, pues la interpretación del Tribunal es razonable. Pero hay más: para la Corte, esta interpretación es la que mejor se adecúa al sentido del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, una vez éste fue objeto de control por parte de la Sentencia C-955 de 2000, como se verá a continuación.

21. En primer lugar, el argumento del Tribunal demandado, según el cual la Ley 546 de 1999 ordenó la terminación de todos los procesos ejecutivos hipotecarios en curso a 31 de diciembre de 1999, armoniza con el sentido de las declaratorias de inexequibilidad de la Sentencia C-955 de 2000. En efecto, dicha providencia señala expresamente como objeto de la suspensión de los procesos ejecutivos la realización de la reliquidación del crédito y, a su vez, la reliquidación de los créditos es señalada como condición necesaria y suficiente para la terminación de los procesos. El parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 disponía, en un aparte que fue declarado inexecutable, que sólo si el deudor manifestaba por escrito a la entidad financiera el deseo de acogerse a la reliquidación de su crédito, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la ley, habría lugar a la realización del mismo. Ahora bien, si luego de la sentencia de control, la reliquidación debía aplicarse a todos los créditos hipotecarios, así el deudor no se hubiera manifestado en tal sentido, y si, además, la reliquidación era la condición de terminación de los procesos, puede concluirse válidamente que la consecuencia ineludible de la reliquidación es la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios. La tesis de la continuidad del procesos ejecutivos en aquellos casos en los que, luego de efectuada la reliquidación, quedaron saldos en mora y, además, no hubiera habido acuerdo de reestructuración de la obligación, podía ser admisible antes de la sentencia de control. Luego de proferida dicha providencia, la tesis de la continuación de los procesos ejecutivos, aunque tiene algún sustento en la función del proceso ejecutivo, que es lograr el pago integral del crédito, en cambio no se adecúa a la Sentencia C-955 de 2000. Se ajusta, pues la decisión del Tribunal demandado, al sentido de la norma luego de que fuera objeto de control de constitucionalidad. Y es que la propia Sentencia C-955 de 2000 dice expresamente que la condición para dar por



*"En ese orden de ideas, la suspensión de los procesos en curso, ya por petición del deudor, o por decisión adoptada de oficio por el juez, tiene por objeto que se efectúe la reliquidación del crédito y, producida ella, debe dar lugar a la terminación del proceso y a su archivo sin más trámite, como lo ordena la norma, que en tal sentido, lejos de vulnerar, desarrolla el postulado constitucional que propende al establecimiento de un orden justo..."*

terminados los procesos ejecutivos hipotecarios en trámite a 31 de diciembre de 1999 era la reliquidación de la deuda y no hace distinción alguna respecto de la existencia de saldos insolutos o de que se hayan o no logrado acuerdos de reestructuración. Dice literalmente dicha sentencia:

*"En ese orden de ideas, la suspensión de los procesos en curso, ya por petición del deudor, o por decisión adoptada de oficio por el juez, tiene por objeto que se efectúe la reliquidación del crédito y, producida ella, debe dar lugar a la terminación del proceso y a su archivo sin más trámite, como lo ordena la norma, que en tal sentido, lejos de vulnerar, desarrolla el*

*postulado constitucional que propende al establecimiento de un orden justo* (Preámbulo y artículo 2º C.P.) y realiza los principios de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) (resaltado fuera del texto original) ."<sup>12</sup>

22. En segundo lugar, la hermenéutica del tribunal armoniza con el tenor literal del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, tal y como éste quedó luego del control de constitucionalidad del cual fuera objeto por la Sentencia C-955 de 2000. En efecto, si en el párrafo 3º del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 no es posible asimilar acuerdo de reliquidación con reestructuración, como ya ha sido señalado, no es admisible el argumento según el cual cuando aparece la primera expresión (acuerdo de reliquidación) debe entenderse la segunda (reestructuración) por una presunta imprecisión del legislador en el empleo de los términos. Lo que la norma prescribe es que, luego de efectuada la reliquidación sobre todos los créditos, pesaba sobre el banco el deber de reestructurarlos. Para mostrar lo anterior, conviene recordar el tenor literal del inciso primero de ese artículo, luego de la Sentencia C-955 de 2000, que dice que *"los deudores hipotecarios que estuvieren en mora al 31 de diciembre de 1999, podrán beneficiarse de los abonos previstos en el artículo 40, la entidad financiera procederá a condonar los intereses de mora y a reestructurar el crédito si fuere necesario"*. El conector "y" con el cual van unidas las dos obligaciones de la entidad respecto de los créditos reliquidados permite aclarar el punto. Los bancos debían, entonces, condonar los intereses de mora y reestructurar el crédito -si fuera necesario-, luego de la reliquidación, lo cual muestra además que, contrariamente a lo sostenido por el actor, la ley no confunde los términos "reestructuración" y "reliquidación".

Quiere decir lo anterior que los acreedores no pueden excusarse en la falta de acuerdo de reestructuración con el deudor, por cuanto, si éste era necesario, las entidades financieras tenían la obligación de efectuarlo. En suma, la reliquidación, luego del aparte de-

12 Sentencia C-955 de 2000.

**Los acreedores no pueden excusarse en la falta de acuerdo de reestructuración con el deudor, por cuanto, si éste era necesario, las entidades financieras tenían la obligación de efectuarlo.**

clarado inexecutable por la sentencia de control de constitucionalidad, debía ser aplicada a todos los créditos hipotecarios. En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 42, las entidades bancarias tenían la obligación de condonar los intereses de mora y de reestructurar el crédito si era necesario. Si no lo hicieron respecto de los créditos objeto de procesos ejecutivos -que obviamente eran los que más los requerían-, no es admisible imponer a los demandados las consecuencias adversas de la falta de cumplimiento de ese deber, por cuanto éste pesaba sobre las entidades financieras.

**23.** En tercer lugar, dicha interpretación se ajusta además a la función del proceso ejecutivo, que es lograr el pago de una obligación, pero cuando la obligación se encuentra vencida. Ahora bien, si después de la Sentencia C-955 de 2000, es claro que en todos estos procesos ejecutivos debía existir reliquidación, y que una vez efectuada ésta, la entidad financiera debía condonar los intereses de mora, entonces es razonable suponer que, conforme a dicha norma, el incumplimiento cesaba por mandato de la ley, y el proceso ejecutivo perdía su objeto, por lo cual debía también terminar. Precisamente por ello, el parágrafo señala que una

vez acordada la reliquidación por el deudor, (que es distinta a la reestructuración), entonces el proceso ejecutivo cesa y debe ser archivado.

**24.** En cuarto lugar, la tesis del tribunal armoniza igualmente con el sentido que se debe atribuir a la expresión "acuerdo de reliquidación" contenida en el parágrafo 3, una vez adoptada por la Corte la Sentencia C-955 de 2000. Según la parte final de ese parágrafo, tal y como quedó con posterioridad a la mencionada Sentencia C-955 de 2000, en "*caso de que el deudor acuerde la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite*". El actor y la Sala de Casación Civil entienden que se trata de un acuerdo de reestructuración, pero que el parágrafo lo denominó impropriamente acuerdo de reliquidación. Pero ese argumento no es convincente por cuanto el significado originario de esa expresión, antes de la Sentencia C-955 de 2000, hacía alusión claramente a que el deudor debía solicitar y acordar una reliquidación, pues el artículo 42 señalaba que los deudores, cuyas obligaciones se encontraban vencidas y sobre las cuales recaían procesos judiciales, podían dentro de los noventa (90) días siguientes a la entrada en vigencia de la ley acogerse a la reliquidación de su crédito hipotecario, y en tal caso podían solicitar suspensión de los mencionados procesos. Y si efectivamente dentro de ese plazo, acordaban la reliquidación, entonces el proceso se daba por terminado. Esto significa que en la regulación originaria, el deudor debía solicitar y acordar la reliquidación dentro de un plazo determinado. Pero, como ya se explicó, precisamente esa exigencia originaria de la ley fue declarada inexecutable por la Sentencia C-955 de 2000, que consideró que las reliquidaciones debían operar por ministerio de la ley, sin necesidad de solicitud del deudor. Por consiguiente, después de la Sentencia C-955 de 2000, cuando la norma establece un acuerdo de reliquidación como condición para dar por terminados los pro-

cesos ejecutivos, lo hace por cuanto los demandados contaban con un término de tres meses para objetarla. En tal sentido, puede entenderse que, si la reliquidación no fue objetada, medió un acuerdo tácito del deudor respecto de la misma, y los procesos ejecutivos cesan.

**25.** Como quinto punto, puede afirmarse que, tanto la Ley 546 de 1999, como la sentencia de control de constitucionalidad, destacaron como objetivo central del cambio de sistema de liquidación de créditos para adquirir vivienda, la necesidad de posibilitar a los deudores acceder a dichos bienes a través de créditos ajustados a la Constitución, teniendo en cuenta la crisis generalizada de pagos de los deudores. Los alivios debían lograr restablecer, en lo posible, la capacidad de pago de dichos deudores. Sin embargo, esto sería prácticamente imposible si los procesos ejecutivos continuaran, debido, entre otras cosas, a la cláusula aceleratoria que contemplan los títulos valores. Dicha cláusula aceleratoria permite al portador del título valor suscrito por el deudor declarar vencida de manera adelantada toda la obligación, dar así por extinguido el plazo convenido y hacer exigibles los saldos pendientes. En ese orden de ideas, encontrándose el deudor en mora por la totalidad del crédito de vivienda, la posibilidad de impedir que, con ocasión del proceso ejecutivo pierda el bien objeto de garantía real, es remota. Los préstamos de vivienda son generalmente otorgados para ser cancelados en el largo plazo. Por ende, si se ejecuta al deudor por el monto total de la obligación difícilmente podrá reunir el monto total para evitar la pérdida de su inmueble.

Cabe reiterar que la finalidad de la ley no era sólo reliquidar con un nuevo sistema los créditos para adquirir vivienda. Era también permitir a los deudores acceder a tales inmuebles en condiciones más justas y equitativas, y brindar alivios financieros para enfrentar una crisis generalizada de pagos. En suma, aunque con la terminación y archivo

de todos los procesos ejecutivos en curso a 31 de diciembre de 1999, las entidades bancarias tienen la carga de iniciar los procesos ejecutivos, en caso de que el deudor se constituya nuevamente en mora, ello no genera consecuencias irrazonables, por cuanto aquellas gozan de las mismas garantías reales y de los mismos títulos valores que soportan el pago total de la obligación. No ocurre lo mismo con los demandados en los mencionados procesos. De levantarse la suspensión ordenada por la ley y seguir adelante con la ejecución, a muchos demandados les sería prácticamente imposible recuperar sus viviendas, con lo cual se perdería una de las finalidades esenciales de la Ley 546 de 1999.

**26.** Directamente ligado a lo anterior, en sexto término, la interpretación de la sentencia del Tribunal desarrolla en mejor forma los principios constitucionales relativos a la protección del derecho a la vivienda. Uno de ellos es el principio de los "gastos soportables", ampliamente desarrollado por la doctrina internacional de los derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 4, que es el intérprete autorizado del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, señaló que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada era el concepto de gastos soportables (párr. 8. c), entendido así:

*"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda,*

*los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales"*<sup>13</sup>.

El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos en donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar. Precisamente la terminación de los procesos ejecutivos logra, en parte, restablecer la capacidad de pago de los deudores, mientras que la continuación de los mismos, en especial debido a la cláusula aceleratoria, implica en muchos eventos gastos que no son soportables para esos deudores.

27. La consideración precedente muestra además, en séptimo término, que una ponderación de los eventuales derechos constitucionales afectados por una u otra interpretación favorece la tesis de la terminación de todos los procesos ejecutivos. Así, los derechos en conflicto son el acceso a la justicia de las entidades financieras y el derecho a la vivienda digna de los deudores hipotecarios. Ahora bien, la tesis sostenida por el actor y por la Sala de Casación Civil sobre la continuación de los procesos ejecutivos, aunque favorece

El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos en donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar.

el derecho de acceso a la justicia de las entidades financieras, en muchos casos implica la imposición de gastos insoportables a los deudores, quienes muy probablemente terminarían perdiendo la vivienda, lo cual no sólo afecta considerablemente el derecho a la vivienda digna, sino que además terminaría desconociendo uno de los propósitos esenciales de la Ley 546 de 1999, que fue restablecer la capacidad y posibilidad de pago de dichos deudores. Por el contrario, la tesis de la terminación y archivo de los

procesos ejecutivos, sostenida por la sentencia impugnada, no tiene efectos tan traumáticos sobre el derecho de acceso a la justicia de las entidades bancarias. Es cierto que éstas tienen la carga de iniciar nuevos procesos ejecutivos en caso de que los deudores de vivienda se constituyan nuevamente en mora, pero las mismas gozan, por ministerio de la ley, de iguales garantías para perseguir el cumplimiento de la obligación. Es decir los títulos ejecutivos fueron convertidos, ope legem, de Upac a Uvr, permaneciendo también la garantía real de hipoteca sobre los bienes inmuebles.

28. El análisis anterior muestra que una vez promulgada la Sentencia C-955 de 2000, todos los procesos ejecutivos con título hipotecario basados en un crédito UPAC y que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999, cesaron, pues dicha sentencia estableció que todos estos créditos debían ser reliquidados, y que acordada la reliquidación, el proceso debía ser archivado. Es cierto que

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 4: El derecho a una vivienda adecuada* (pár. 1 del art. 11 del Pacto), Consejo Económico y Social, Sexto período de sesiones, documento E/1991/23, 13 de diciembre de 1991.

El análisis anterior muestra que una vez promulgada la Sentencia C-955 de 2000, todos los procesos ejecutivos con título hipotecario basados en un crédito UPAC y que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999, cesaron, pues dicha sentencia estableció que todos estos créditos debían ser reliquidados, y que acordada la reliquidación, el proceso debía ser archivado.

la regulación originaria de la Ley 546 de 1999 no establecía la terminación automática de todos esos procesos, pues exigía que el deudor hipotecario solicitara y acordara la reliquidación en un plazo determinado. Y por ello la ley no estableció una norma simple y terminante que dijera que todos esos procesos cesaban, ya que su archivo dependía de que hubiera solicitud y acuerdo de reliquidación en un término de tres meses. Sin embargo, esa exigencia de que hubiera la solicitud y del acuerdo de reliquidación en ese plazo fue declarada inexecutable por la Sentencia C-955 de 2000, que consideró que dicha reliquidación operaba por ministerio de la ley. Por consiguiente, como el archivo de estos procesos depende de la existencia de la reliquidación, y como en virtud de la Sentencia C-955 de 2000, dicha reliquidación es automática, una conclusión se impone: el parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, interpretado a la luz de la Sentencia C-955 de 2000, estableció la terminación y archivo de los procesos ejecutivos con título hipotecario basado en un crédito UPAC y que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999.

29. La conclusión previa se confirma si además se tiene en cuenta que efectivamente el parágrafo del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 preveía una hipótesis de continuación

de los procesos ejecutivos, pero dicha posibilidad fue declarada inexecutable por la Sentencia C-955 de 2000. En efecto, la frase final de dicho parágrafo señalaba que *"si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriere nuevamente en mora, los procesos se reiniciarán a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora, en la etapa en que se encontraban al momento de la suspensión, y previa actualización de su cuantía"*. Ese aparte fue declarado inexecutable por la Sentencia C-955 de 2000, con base en las siguientes consideraciones.

*"También contraviene el derecho a la igualdad, el debido proceso y el derecho a la administración de justicia la parte final del mismo parágrafo 3°, a cuyo tenor, si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriere nuevamente en mora, los procesos se reiniciarán a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora, en la etapa en que se encontraban al momento de la suspensión, y previa actualización de su cuantía."*

*En efecto, es evidente que se trata de situaciones jurídicas distintas, en cuanto la nueva mora, que al tenor del precepto se constituye en hipótesis de la reanudación del proceso, debe dar lugar a un proceso nuevo y de ninguna manera acumularse a la que había propiciado el anterior, terminado, según el mismo mandato legal, con las consecuencias que tiene la terminación de todo juicio.*

*El acreedor goza, por supuesto, del derecho a iniciar un nuevo proceso ejecutivo en contra de su deudor,*



*pero mal puede retomarse el proceso expirado, en la etapa en que se encontraba cuando se produjo la suspensión, puesto que ello significa atribuir efectos ultra activos a situaciones previas ya definidas, combinándolas con hechos nuevos, en contra de una de las partes, con notorio desequilibrio en la relación procesal."*

Por consiguiente, en la medida en que la única hipótesis de continuación de los ejecutivos que habían sido suspendidos fue declarada inexecutable por la Sentencia C-955 de 2000, resulta claro que el efecto de dicha sentencia de la Corte Constitucional fue dar por terminados todos los procesos ejecutivos con título hipotecario basados en un crédito UPAC y que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999.

**30.** Las conclusiones precedentes permiten refutar uno de los argumentos aparentemente más fuertes del actor, y es el siguiente: según su parecer, si la finalidad del legislador al expedir la Ley 546 de 1999 hubiera sido dar por terminados todos los procesos ejecutivos en curso a 31 de diciembre de 1999, así lo habría dicho de manera expresa. Y como no lo dijo, entonces, según su parecer, debe entenderse que no todos los ejecutivos cesaron.

Dicho argumento sería impecable si se tratara de interpretar la Ley 546 de 1999 sin que nunca hubiera sido dictada la Sentencia C-955 de 2000. Y efectivamente, como ya se explicó, la regulación originaria, antes de la sentencia de la Corte, establecía una condición para que cesaran los ejecutivos en donde subsistían saldos insolutos y era que el deudor solicitara y acordara la reliquidación en un plazo de tres meses. Esto significa que la Ley 546 de 1999 no preveía la terminación de todos los procesos ejecutivos, y por ello no lo dijo de manera expresa. Sin embargo, y tal es la falla esencial de la tesis del actor, la Sentencia C-955 de 2000 declaró la inexecutable de la condición prevista por el legislador -a saber que la reliquidación dependía de la petición del deudor- con lo cual se entiende que todos

Las conclusiones precedentes permiten refutar uno de los argumentos aparentemente más fuertes del actor, y es el siguiente: según su parecer, si la finalidad del legislador al expedir la Ley 546 de 1999 hubiera sido dar por terminados todos los procesos ejecutivos en curso a 31 de diciembre de 1999, así lo habría dicho de manera expresa. Y como no lo dijo, entonces, según su parecer, debe entenderse que no todos los ejecutivos cesaron.



los procesos ejecutivos debían cesar, pues la reliquidación opera por ministerio de la ley y no depende de la solicitud del deudor.

31. Las anteriores consideraciones permiten concluir que la vía de hecho sustantiva alegada por los demandantes no se configuró en el caso concreto. Por el contrario, las razones expuestas por el Tribunal Superior de Medellín son no sólo admisibles, sino que adhieren al sentido de la norma luego de la sentencia de control. Es más, la Sala constata que la Corte y otros altos tribunales habían defendido que ése era el entendimiento constitucionalmente adecuado de dicho parágrafo, una vez que éste fue objeto de control constitucional por la Sentencia C-955 de 2000.

Así, la sentencia del 12 de diciembre de 2002 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. Mario Alario Méndez, analizó la decisión de la Jueza Quinta del Circuito de Barranquilla, que no dio por terminado un ejecutivo en contra de dos deudores hipotecarios y que estaba en curso a 31 de diciembre de 1999, con el argumento de que, a pesar de la reliquidación del crédito, subsistía un saldo insoluto y no había habido reliquidación. La Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que dicha interpretación había vulnerado el debido proceso de los deudores hipotecarios, y por ello tuteló dicho derecho y ordenó al Juzgado declarar terminado el ejecutivo y archivarlo sin más trámite, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999. Dijo entonces ese Alto Tribunal:

"(S)egún lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, y de conformidad con la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000 dictada por la Corte Constitucional, producida la reliquidación del crédito debió terminarse el proceso a su archivo, sin más trámite. Y la nueva mora en que se incurriera daría a la iniciación de un nuevo proceso contra los deudores, pero no podía acumularse a la que había motivado el proceso ejecutivo iniciado por (...) contra los demandantes.

Así las cosas, considerando que en este caso existe una irregularidad evidente, para garantizar el derecho al debido proceso de los demandantes, que ha sido violado, se hace necesario ordenar a la Juez Quinta Civil del Circuito de Barranquilla que en un plazo perentorio de 48 horas contadas desde la notificación de esta sentencia declare la terminación del proceso ejecutivo hipotecario instaurado por (...), hoy (...), y su archivo, sin más trámite, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999."

Igualmente, esta Corte Constitucional ha señalado que la interpretación del parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 sostenida por la sentencia que ha sido atacada en el presente proceso está lejos de constituir una vía de hecho. En efecto, esta Corte se ha pronunciado respecto de la razonabilidad de este entendimiento de la norma, y la no configuración de defecto alguno de las providencias que sostienen idénticas tesis a las sustentadas por el Tribunal demandado. Así, la Sentencia T-606 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, señaló al respecto:

*"No sobra advertir, (...), que la finalización de los procesos en curso, en los términos del parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, es una modalidad especial en cuanto da lugar a la terminación de los procesos sin efectos de cosa juzgada material y sin novar la obligación, por disposición expresa de la ley.*

*Para finalizar procede recordar que esta Corporación consideró contrarias a la Carta los apartes de las disposiciones confrontadas que distinguían, para efectos de las reliquidaciones, entre los créditos que el 31 de diciembre se encontraban al día y los que a la misma fecha se hallaban en mora, por cuanto " la verdadera fuente del derecho de todos ellos de las obligaciones correlativas en cabeza de las instituciones financieras acreedoras (reliquidar y abonar o devolver lo pagado de más) era precisamente el efectivo traslado patrimonial de recursos a las entidades prestamistas, lo que causó el problema social que el legislador quiso solucionar." (Idem, punto 21.)*

*En suma, una vez concluido el trámite de la reliquidación del crédito, los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, iniciados para hacer efectivas obligaciones hipotecarias convenidas en*

*UPAC, terminaron por ministerio de la ley, pero una vez adecuados los documentos contentivos de la obligación dichos procesos pudieron haberse iniciado nuevamente, esta vez para solucionar créditos convenidos en UVR; si el deudor no convino en la reestructuración del crédito o incumplió la convenida, a fin de satisfacer efectivamente al acreedor.*

*Porque así lo dispone el parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, normatividad expedida con el objeto de solucionar una crisis social y económica de grandes proporciones, motivada en gran parte por el gran número de procesos ejecutivos en curso i) dado que las obligaciones superaron el monto de pago de los deudores, y en muchos casos el valor de las viviendas; ii) en razón de que los deudores fueron compelidos a trasladar a las entidades prestamistas sumas superiores a lo realmente adeudado; y iii) toda vez que los obligados no conocían el monto de sus obligaciones, siéndoles imposible proyectar sus pagos, como también solicitar la reestructuración del crédito para adecuarlo a sus reales condiciones de pago".*

**32.** Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que la interpretación del Tribunal es no sólo razonable, sino que es la que más se adecúa a la Carta, es obvio que el demandado no incurrió en una vía de hecho. No se activa, pues, la competencia del Juez Constitucional para modificar la resolución de la justicia ordinaria -en punto del defecto sustantivo alegado-, por cuanto en el trámite del proceso, el juez de conocimiento actuó de manera razonable como garante de los postulados superiores. Es más, por los argumentos señalados en los fundamentos anteriores de esta providencia, la Corte Constitucional que la interpretación adelantada por la Sala Unitaria de Decisión Civil del Tribunal de Medellín es la hermenéutica correcta y constitucionalmente más adecuada del significado del Parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, interpretado a la luz de la Sentencia C-955 de 2000. En consecuencia, la solicitud de amparo elevada por (...), no será concedida.

### Coherencia del precedente constitucional

**33.** Frente a la solicitud de llevar a Sala plena el asunto bajo estudio presentada por el apoderado de la entidad demandante y por

el Procurador General de la Nación, esta Sala constata que, si bien existen ciertos matices diferenciables en cada una de las providencias que respecto de este tema ha proferido esta Corporación, ello se debe a supuestos de hecho diferentes en cada caso. Es coherente, en consecuencia, la jurisprudencia constitucional sobre el punto, por lo cual no era necesario llevar el caso a la Sala Plena. Para justificar esa aseveración, entra la Sala a examinar el alcance de las principales decisiones de la Corte en esta materia.

**34.** En la Sentencia SU-846 de 2000 se discute si, en los casos sometidos a revisión, procedía la acción de tutela para ordenar la suspensión de procesos ejecutivos en curso, a efectos de obtener la reliquidación de créditos adquiridos bajo el sistema UPAC, cuando el fundamento de la pretensión son sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado. Los hechos del caso son:

Los actores en esta tutela adquirieron en distinta fecha créditos para la adquisición de vivienda, respaldados con garantía hipotecaria concebida en Upac. Posteriormente, en atención a la mora en que incurrieron los deudores, las entidades bancarias iniciaron procesos ejecutivos contra los mismos. En el proceso ejecutivo seguido contra uno de los actores, cuando fue interpuesta la acción de tutela -noviembre 22 de 1999-, se encontraba a la espera de los resultados de la venta en pública subasta del inmueble dado en garantía, diligencia programada para el 25 de noviembre de 1999. Al momento de interponer la acción de tutela -diciembre 13 de 1999-, el proceso ejecutivo seguido contra el segundo de los actores se encontraba surtiendo la notificación del mandamiento de pago a otro de los demandados por el trámite ejecutivo. Ambos actores solicitaron respectivamente en sus demandas de tutela la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a tener una vivienda digna. Pretendían que se ordenara a los entes demandados para que, con fundamento

en las Sentencias C-383 de 1999, C-747 de 1999 y la nulidad de la resolución en que se fijó el valor de la Upac.

Consideró la Corte, entonces, que para las fechas en que fueron interpuestas la acciones de tutela de la referencia, el legislador aún no había expedido la Ley 546 de 1999 -relativa a la refinanciación de créditos de vivienda-, quien dispuso la suspensión de los procesos ejecutivos de esta índole que estaban en curso. Por tal razón los actores mal podían solicitar la aplicación de una disposición que aún no había sido dictada. La liquidación de los créditos de los demandantes en tutela fue efectuada con anterioridad a las decisiones de la jurisdicción constitucional y con fundamento en aquellos factores que ésta consideró contrarios a los primados superiores. La mencionada liquidación no podía ser, en consecuencia, el fundamento para realizar la venta en pública subasta del inmueble del primero de los actores en tutela. La inminencia de la realización de la mencionada diligencia justificaba la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio, a efectos de evitar su realización hasta tanto fuera realizada la reliquidación del cré-

dito. En el segundo expediente de tutela, la Corte denegó el amparo. Consideró para ello que al momento de ser presentada la solicitud de amparo, el proceso ejecutivo seguido en contra del actor se encontraba surtiendo la notificación del mandamiento de pago a otro de los demandados. Se tiene entonces que, pese a que el Juzgado ya había ordenado el embargo del inmueble dado en garantía -como medida cautelar-, en el trámite del mismo aún no había sido presentada la liquidación del crédito, ni estaba en curso diligencia alguna que hiciese imperiosa la intervención del Juez de tutela. Además, a diferencia de lo acontecido en el primer expediente de tutela, en este caso el actor podía, una vez presentada la liquidación del crédito por parte de la entidad ejecutante, objetarla y además, solicitar la suspensión del proceso al Juzgado de conocimiento.

En conclusión, de conformidad con esta providencia, es deber de los jueces, en cumplimiento de su función de garantizar los derechos de las personas que solicitan su intermediación, efectuar la liquidación de créditos que por vía ejecutiva pretenden hacerse efectivas, para que los mismos se adapten a los parámetros señalados por la Corte

En conclusión, de conformidad con esta providencia, es deber de los jueces, en cumplimiento de su función de garantizar los derechos de las personas que solicitan su intermediación, efectuar la liquidación de créditos que por vía ejecutiva pretenden hacerse efectivas, para que los mismos se adapten a los parámetros señalados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus providencias, con el fin de evitar que los deudores resulten ejecutados y obligados a pagar sumas que en derecho no tienen por qué cancelar.

Constitucional y el Consejo de Estado en sus providencias, con el fin de evitar que los deudores resulten ejecutados y obligados a pagar sumas que en derecho no tienen por qué cancelar. En principio, entonces, el proceso ejecutivo es el adecuado para tramitar las reclamaciones de los deudores hipotecarios y resulta improcedente solicitar la protección mediante acción de tutela.

**35.** En la Sentencia T-535 de 2004, esta Corporación revisó la decisión adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en una tutela interpuesta por una ciudadana contra el Juzgado 16 del Circuito y el banco (...). En el Juzgado demandado cursaba un proceso ejecutivo contra la demandante, por el incumplimiento en el pago de su obligación hipotecaria. Luego de efectuada la reliquidación, el proceso no terminó, sino que se levantó la suspensión de términos ordenada por la ley, y se siguió adelante con la ejecución. Consideró entonces la actora que esta decisión vulneraba su derecho al debido proceso, a la vivienda digna y al acceso a la administración de justicia. Consideró la Corte que la jurisprudencia en relación con la competencia del Juez ordinario para tramitar las discusiones que se susciten entre las partes en un proceso ejecutivo hipotecario, deben ser resueltas al interior del proceso y sólo excepcionalmente por el Juez de tutela -si concurren las circunstancias que la Constitución y la ley prevén para ello-. Igualmente indicó que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el recurso de amparo no es el medio idóneo para subsanar la falta de ejercicio del derecho de defensa de las partes procesales. Resolvió, en consecuencia, denegar el amparo, en atención a la negligencia en ejercicio de los recursos ordinarios de defensa.

**36.** En conclusión, la regla jurisprudencial desarrollada por las providencias precitadas se refiere a la activación de los medios ordinarios de defensa para atacar las decisiones que, a juicio de alguna de las partes, vulne-

ran sus derechos fundamentales. No es posible, entonces, si no se han utilizado los medios ordinarios de defensa, pretender subsanar ese error mediante el ejercicio de la acción de tutela.

**37.** En la Sentencia T-606 de 2003, fue estudiada la acción de tutela interpuesta por un banco contra la decisión de un Tribunal Superior de dar por terminado un proceso ejecutivo hipotecario, en atención a la orden dada en ese sentido por la Ley 546 de 1999. Alegó la entidad demandante que la decisión adolecía de un defecto sustantivo que generó, a la postre, la vulneración del derecho a la administración de justicia y al debido proceso de la entidad demandante.

Consideró la Corte, en sede de revisión de las decisiones de tutela adoptadas por la Sala de Casación Civil -en primera instancia- y por la Sala de Casación Laboral -en segunda instancia-, que no se configuró vulneración de los derechos fundamentales de la demandante. Señaló que el 31 de diciembre de 1999, los procesos ejecutivos en los que una entidad financiera cobraba un crédito concedido en UPAC para adquirir vivienda, fueron suspendidos a efectos de permitir la reliquidación del crédito, de oficio o a petición del deudor. Indicó que, una vez efectuada la reliquidación del crédito, el proceso finalizó y la actuación fue archivada. Agregó que el parágrafo 3º, art. 42, de la Ley 546 de 1999 no estableció una modalidad de terminación por pago total de la obligación, sino la finalización de los procesos ejecutivos en curso por ministerio de la ley, sin consideración al estado del mismo, ni la cuantía del abono especial, como tampoco las "gestiones" del deudor para cancelar las cuotas insolutas del crédito. Resaltó que la Ley 546 de 1999 fue una normatividad expedida con el objeto de solucionar una crisis social y económica de grandes proporciones, motivada en gran parte por el gran número de procesos ejecutivos en curso (i) dado que las obligaciones superaron el monto e pago de los deudores, y en



muchos casos el valor de las viviendas (ii) en razón de que los deudores fueron compelidos a trasladar a las entidades prestamistas sumas superiores a lo realmente adeudado; (iii) toda vez que los deudores no conocían el monto de sus obligaciones, siéndoles imposible proyectar sus pagos, como también solicitar la reestructuración del crédito para adecuarlo a sus reales condiciones de pago. La Corte precisó que, una vez concluido el trámite de la reliquidación del crédito, los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, promovidos para hacer efectivas obligaciones hipotecarias convenidas en UPAC, terminaron por ministerio de la ley, pero una vez adecuados los documentos contentivos de la obligación dichos procesos pudieron haberse iniciado nuevamente, esta vez para solucionar créditos convenidos en UVR; si el deudor no convino en la reestructuración del crédito o incumplió la convenida, a fin de satisfacer efectivamente al acreedor.

**38.** De las decisiones adoptadas por esta Corporación es posible inferir algunas reglas respecto de la procedibilidad de la acción de tutela en los supuestos reseñados:

i. *Prima facie*, ante la jurisdicción civil deben discutirse y tramitarse las controversias que suscite la ley de vivienda. En tanto todos los jueces tienen el deber de ser garantes de la constitucionalidad del proceso, a ellos corresponde también procurar la integridad de los derechos fundamentales de las partes.

ii. No puede activarse la acción de tutela como medio principal para subsanar la inactividad procesal de las partes.

iii. La decisión de declarar terminados todos los procesos ejecutivos hipotecarios en trámite a 31 de diciembre de 1999, no es irrazonable ni arbitraria y, por tanto, no procede contra ella solicitud de amparo constitucional.

**39.** Las anteriores reglas jurisprudenciales armonizan con la doctrina sentada en la pre-

sente oportunidad. La única decisión que a primera vista parece ser contraria a dicha doctrina es la Sentencia T-511 de 2001, en donde la Corte estudió un caso en el que, luego de efectuada la reliquidación de un crédito hipotecario -de conformidad con lo prescrito por la Ley 546 de 1999-, la obligación no fue reestructurada y el juez de conocimiento siguió adelante con la ejecución, luego de levantada la suspensión. Consideró la Corte que, de la jurisprudencia constitucional sobre reliquidación de créditos hipotecarios (Ley 546 de 1999) pueden derivarse tres argumentos centrales: (i) esta Corporación reconoció que toda persona contra quien se siguiera un proceso judicial por la mora en el pago de obligaciones crediticias tenía derecho a que se decretara la suspensión de los procesos, aún de oficio, siendo inconstitucional limitar esta posibilidad al término de tres meses; (ii) si el deudor y la entidad financiera acordaban la reliquidación de la obligación, debía decretarse la terminación del proceso y su archivo sin más trámite; (iii) si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito acordado con la entidad, el deudor volviera a incurrir en mora, debería iniciarse un nuevo proceso judicial y no podría reanudarse el primero por tratarse de situaciones jurídicas distintas. En conclusión, determinó la Sala que en el proceso ejecutivo seguido por (...) contra el actor, la actuación de Juzgado se ajustó plenamente a las exigencias del ordenamiento y de la jurisprudencia constitucional sobre el punto. Dijo entonces la Corte:

*"Observa la Sala que, dentro del proceso ejecutivo adelantado por (...) en contra del señor (...), la actuación del juzgado, lejos de configurar una vía de hecho se ajusta plenamente a las exigencias del ordenamiento y de la jurisprudencia constitucional sobre la materia. En primer lugar, destaca la Corte que dentro del proceso ejecutivo el juzgado exigió acreditar el cumplimiento de lo previsto en la ley 546 de 1999, de conformidad con las Sentencias C-383 de 1999 y C-700 del mismo año; posteriormente, una vez efectuada la reliquidación del crédito, accedió a la petición elevada por el ahora demandante, en el sentido de decretar la suspensión del proceso. Sin embar-*

*go, como no hubo acuerdo con la entidad respecto del cumplimiento de la obligación y el deudor continuó en mora, mal podría decretar la terminación del proceso por lo que, a solicitud de (...) y teniendo en cuenta que otros despachos judiciales habían embargado los remanentes, dispuso proseguir con la ejecución.*

*Igualmente cabe advertir que en todo momento estuvieron asegurados los derechos de contradicción y defensa; cosa distinta es que el demandado no hubiere recurrido a ellos para controvertir; por ejemplo, la reliquidación del crédito o el auto que fijó la fecha para el remate. No puede pretender ahora, en sede de tutela, remediar las omisiones o negligencias en que eventualmente pudo haber incurrido. Tampoco puede la Corte avalar este tipo de conductas que desnaturalizan los elementos de residualidad y subsidiariedad de las acciones de tutela. En estos términos, no existiendo vulneración de derechos fundamentales, las decisiones de instancia habrán de ser confirmadas."*

**40.** Esta Sentencia T-511 de 2001 parece ser incoherente con la doctrina señalada en la presente tutela, por cuanto el comportamiento del juez al proseguir el proceso ejecutivo es calificado como ajustado a las exigencias del ordenamiento y a la jurisprudencia constitucional, lo cual parecería contradecir la tesis desarrollada por la presente decisión, según la cual, la interpretación que mejor se ajusta a la Carta es aquella que considera que, de conformidad con el Parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, interpretado a la luz de la Sentencia C-955 de 2000, debe entenderse que terminaron y deben ser archivados los procesos ejecutivos con título hipotecario basado en un crédito UPAC y que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999.

Sin embargo, un examen más atento muestra que no existe contradicción entre esa Sentencia T-511 de 2001 y la doctrina desarrollada en la presente oportunidad, por cuanto la ratio decidendi esencial de la negativa del amparo constitucional en ese caso fue la subsidiariedad de la tutela, ya que la Corte consideró que si el deudor no había utilizado las posibilidades que le brindaba la

justicia civil para defender sus derechos, no podía intentar corregir su incuria por medio de la tutela.

**41.** Por todo lo anterior, puede concluirse, entonces, que la jurisprudencia constitucional ha dado cuenta de dos cuestiones diferentes: de una parte la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuando las partes han declinado su derecho a ejercer el derecho de defensa mediante su inactividad procesal, en la jurisdicción civil. Y, de otra parte, la falta de configuración de un defecto sustantivo en las providencias que declaran la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios en mención. En atención a que no hay contradicción entre estas determinaciones, y a que las mismas están referidas a puntos constitucionales diversos, no era necesario llevar el proceso a la Sala Plena.

### III- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

**PRIMERO. - LEVANTAR** la suspensión de términos ordenada por auto del 21 de marzo de 2003 en el proceso de la referencia.

**SEGUNDO. - CONFIRMAR**, por las razones expuestas en esta providencia, la decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, en el asunto de la referencia.

**TERCERO. - LÍBRESE** por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. (...)»



*SOCIEDADES ANÓNIMAS - RESPONSABILIDAD SOCIETARIA -  
SEGURIDAD SOCIAL*

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. Expediente D-505.

**Síntesis:** *Demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 252 y una expresión del artículo 373 del Código de Comercio. Consideraciones sobre el alcance del derecho de asociación. Limitación de la responsabilidad societaria como pilar fundamental de la Constitución Económica. Condiciones bajo las cuales las obligaciones laborales y de seguridad social se armonizan con el régimen de limitación de riesgos de las sociedades anónimas.*

«(...)

## II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 33.339 de junio 19 de 1971 y, adicionalmente, se resaltan los apartes demandados.

### **"Decreto-Ley 410 de 1971 (marzo 27)**

Por el cual se expide el Código de Comercio

El Presidente de la República de Colombia

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968, y cumplido el requisito allí establecido,

Decreta:

*"Art. 252.- En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos.*

*En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo".*

(...)

*"Art. 373.- La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras 'Sociedad Anónima' o de las letras 'S. A.'"*

Si la sociedad se forma, se inscribe o se anuncia sin dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones, sociales que se celebren"

(...)

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(...)

2. En el texto de la demanda, los accionantes señalan como normas acusadas la totalidad del artículo 252 del Código de Comercio<sup>1</sup> y la siguiente expresión que se resalta y subraya del artículo 373 del mismo ordenamiento jurídico: "(...) La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras 'Sociedad Anónima' o de las letras 'S. A.' (...)"

3. A juicio de los demandantes, las disposiciones acusadas vulneran la Constitución Política, y en especial, los derechos irrenunciables a la seguridad social (C.P. art. 48) y a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (C.P. art. 53), por cuanto incurren en una omisión legislativa relativa. Para argumentar la existencia de dicha omisión, los accionantes realizan una distinción entre las actitudes que pueden asumir los empleadores (entiéndase sociedades anónimas), en relación con el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo.

Por una parte, se encuentran aquellos empleadores que en su debido momento acreditan el pago de las acreencias laborales, frente a quienes el beneficio del régimen de separación patrimonial absoluto propio de las sociedades regulares de capital opera de manera incontrovertible, de conformidad con lo previsto en los artículos 252 y 373 del Código de Comercio. Y, por otra, aquellos empleadores que no cumplieron sus obligaciones sociales, frente a quienes existe un vacío normativo en la legislación laboral y mercantil, en torno a la responsabilidad que

Aquellos empleadores que no cumplieron sus obligaciones sociales, frente a quienes existe un vacío normativo en la legislación laboral y mercantil, en torno a la responsabilidad que deben asumir por el pago de los beneficios y derechos laborales reconocidos a sus trabajadores y pensionados.

1 Dispone la correspondiente norma: "Artículo 252.- En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos.

En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo".

deben asumir por el pago de los beneficios y derechos laborales reconocidos a sus trabajadores y pensionados. En opinión de los demandantes, en esta última hipótesis, no puede operar el régimen de limitación de riesgo, so pena de expropiar los derechos *irrenunciables* de los acreedores laborales a favor de un enriquecimiento injustificado del patrimonio de los accionistas. Lo anterior, a partir de la prohibición legal de someter a los trabajadores y pensionados a la suerte económica de la sociedad y, por ende, a la imposibilidad jurídica de tener que asumir los riesgos o pérdidas de la empresa social (C.S.T. art. 28).

En este orden de ideas, proponen un condicionamiento de las normas acusadas consistente en entender que así como la fuerza laboral permite a través del reparto de utilidades generar riquezas a los accionistas, de igual manera éstos deben ser llamados a responder solidariamente cuando el capital de la sociedad no sea suficiente para pagar las acreencias laborales. En sus propias palabras, los demandantes manifiestan: "(...) *Si el capital tiene el derecho a beneficiarse de la libertad económica e iniciativa privada, debe por otra parte asumir el pago de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, en vez de limitar artificialmente su responsabilidad. De lo contrario se contrarían los fundamentos del Estado Social de Derecho, no se fomenta el empleo ni el desarrollo del país sino que se allana el camino para la explotación de la clase trabajadora*".

Aun cuando la citada tesis generó en las distintas intervenciones un reproche consistente en la indebida formulación del cargo de inconstitucionalidad, pues se entendió que la acusación se impetraba con fundamento en una visión subjetiva, sesgada y amañada del régimen societario; el Procurador General de la Nación (e) conceptuó favorablemente en relación con la aptitud del cargo. A juicio de la Vista Fiscal, si bien del contenido mismo de los preceptos acusados no se deriva un problema constitucional, sí se evidencia una omisión del legislador, que es precisamente lo que los ciudadanos demandantes invocan en su demanda. Al respecto, sostiene que el legislador en las disposiciones acusadas reguló los límites de la responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas, pero no condicionó tal limitación o adoptó medidas pertinentes para proteger los derechos de los trabajadores y pensionados en una situación fáctica concreta, cual es, el incumplimiento por parte de la sociedad de las normas que regulan el pago de las acreencias laborales.

**3\*.** Surge entonces el primer interrogante a resolver, consistente en establecer: ¿Si la argumentación expuesta en el texto de la demanda es suficiente e idónea para entender consolidado un cargo de inconstitucionalidad?

De manera reiterada la Corte ha establecido que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben cumplir para

---

\* Nota del Editor: El texto original repite este número.

2 Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

3 Esta corporación de manera reiterada ha señalado que para que una demanda de inconstitucionalidad pueda ser objeto de admisión, es necesario que se cumpla con los siguientes requisitos, a saber: "*la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer sobre una proposición jurídica real y existente, y no simplemente deducida por el actor o implícita (cierta). Además, el accionante tiene la carga de exponer las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no meramente legales ni puramente doctrinales (pertinencia). Finalmente, la acusación no sólo ha de estar formulada de manera completa sino que debe ser capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de la disposición (suficiente)*". (Sentencia C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Tomado de las Sentencias C-1052 y 1193 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

*No corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal.*

que se pueda adelantar el juicio de inexequibilidad. Precisamente, esta Corporación ha insistido en que dichos requisitos deben ser cumplidos tanto formal como materialmente, por lo cual es obligación del ciudadano formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada .

En este contexto, en Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, pues de no ser así, la decisión que adopte la Corte necesariamente debe ser inhibitoria . En efecto, la falta de formulación de una demanda en debida forma, impide que esta Corporación pueda confrontar la disposición acusada con el Texto Superior, ya que carece de cualquier facultad oficiosa de revisión del ordenamiento jurídico.

Precisamente, en Sentencia C-447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se manifestó que: "(...) *no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal (...)*".

4. Ahora bien, cuando el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, exige como requisito para presentar una demanda de inconstitucionalidad, "*el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas*"; impone a los accionantes, no sólo la carga de identificar las normas que se demandan, es decir, verificar su correcta descripción legal (artículo, numeral, inciso, párrafo, etc.), sino que, adicionalmente, también busca la indispensable precisión o certeza del contenido normativo que se acusa, o en otras palabras, que la demanda efectivamente recaiga sobre una proposición jurídica real y existente y no, como lo ha dicho esta Corporación, sobre una "*deducida por el actor, o implica, o inclusive sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda*".

El deber de certeza de los cargos de inconstitucionalidad supone entonces, por una parte, que el señalamiento de la norma acusada debe corresponder a aquella disposición vigente que en realidad se pretende retirar del ordenamiento jurídico y, por otra, que su transcripción por cualquier medio que sea debe ser fiel, auténtica y verificable a partir de la confrontación de su contexto literal.

5. Sin embargo, para que se entienda acreditado el deber de certeza de los cargos de inconstitucionalidad, no siempre la demanda tiene que fundamentarse en la verificación del contenido positivo de los supuestos normativos acusados, pues es factible la formulación de un cargo contra un precepto de orden legal que involucre aquellas exclusiones del legislador comprobables a partir de una simple lectura de los supuestos fácticos o de las consecuencias normativas previstas en la disposición acusada. No se trata entonces de entender que una demanda de inconstitucionalidad puede impetrarse por el silencio absoluto del legislador, por el contrario, el fundamento para su validez supone el examen del contenido negativo de un supuesto normativo acusado, es decir, la falta de regulación legal o la exclusión de casos o ingredientes positivos que por su ausencia pueden considerarse lesivos de los derechos, principios o valores previstos en la Constitución. De igual manera, la suficiencia de un cargo, puede acreditarse en aquellos casos en los cuales a pesar de existir formalmente una regulación positiva, la misma resulta insuficiente e incompleta, en aras de velar por la integridad y supremacía del Texto Superior.

Precisamente, esta Corporación ha distinguido los anteriores fenómenos jurídicos determinando la prosperidad de los cargos que se fundamentan en omisiones relativas, frente a la improsperidad de aquellos que se sustentan en omisiones absolutas. Al respecto, la Corte ha dicho:

*"(...) De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente -fruto de la acción legislativa ordinaria o especial- como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer.*

*No obstante lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional. Así, desde una perspectiva eminentemente finalista, la Corte ha señalado que cuando se cuestiona la legitimidad de la actividad congresional por incurrir en presuntas conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo tiene lugar, si y sólo si, cuando la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta.*

*Tratándose de la omisión absoluta, es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla (...).*

*Por el contrario, en el caso de la llamada omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos. (...)"* (Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

En este contexto, la Corte ha sostenido que la prosperidad del examen de constitucionalidad de una norma, por haber incurrido el legislador en una omisión legislativa relativa, supone el cumplimiento de dos requisitos, a saber: (i) El juicio de inexequibilidad requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un

ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental<sup>4</sup>.

6. Recuérdese que la naturaleza participativa de la acción pública de inconstitucionalidad (C.P. art. 40), exige que el derecho a demandar del ciudadano, no se someta a un excesivo formalismo del líbelo de la demanda que haga inoperante su ejercicio y que, en mayor o menor medida, se convierta en un límite para la protección no sólo de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, sino también de la efectiva protección del sistema jurídico jerarquizado.

Por ello esta Corporación ha reconocido que en atención a esos pilares fundamentales de participación y de acceso público, en el ejercicio de la acción de control de constitucionalidad, no pueden interpretarse las demandas de inexequibilidad, en una forma tan rigurosa o sujeta a tal ritualismo, que les impida a los ciudadanos el ejercicio efectivo de su derecho de acceder a la administración de justicia y, en concreto, a la jurisdicción constitucional, como emanación del derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. art. 40-6)<sup>5</sup>.

En esta medida, surge como pilar de aplicación el denominado *principio pro actione*<sup>6</sup>, según el cual, siempre que del análisis de una demanda sea posible identificar el texto acusado<sup>7</sup>, el cargo formulado<sup>8</sup> o, al menos, exista una duda razonable sobre el alcance hermenéutico de la disposición acusada<sup>9</sup> o de la norma constitucional que sirve como parámetro de confrontación<sup>10</sup>; es viable que esta Corporación subsane los distintos defectos de las demandas que, en principio, hubieran llevado a un fallo inhibitorio y que detectados en la etapa de admisión hubieran dado lugar a su inadmisión o a su rechazo y, por ende, adelante el control de constitucionalidad, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, y de garantizar los derechos de acceso a la administración de justicia y de participación democrática. Pero, en especial, con el propósito esencial de mantener "*la integridad y supremacía de la Constitución*", en los términos previstos en los artículos 241 y subsiguientes del Texto Superior.

4 Véase, sentencias C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-427 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-1549 de 2000 (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez), C-185 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-311 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

5 Así, por ejemplo, en sentencia C-142 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte afirmó que: «(...) la interpretación de tales pautas [es decir, las cargas que se imponen a los accionantes para demandar], no puede tener por efecto anular el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, razón por la cual se ha de considerar con cierta 'indulgencia' al ciudadano inexperto en asuntos jurídicos (...)»

6 Sentencias C-898 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-520 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-406 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

7 Ver, entre otras, las sentencias C-063 de 1994, C-335 de 1994, C-622 de 1997 y C-142 de 2001.

8 Ver, en relación con cargos confusos: las sentencias C-1065 de 2000, C-621 de 2001, C-992 de 2001 y C-155 de 2002; y en torno a cargos insuficientes: las sentencias C-016 de 1993 y C-157 de 2002.

9 Ver, entre otras, la sentencia C-641 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil),

10 Ver, entre otras, las sentencias C-211 de 1992, C-540 de 2001 y C-226 de 2002.



7. En el asunto *sub-examine*, se alega una omisión en las normas acusadas del Código de Comercio, en relación con el señalamiento de un sistema de responsabilidad diverso al régimen de limitación de riesgos de los accionistas, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones laborales que surgen de los contratos de trabajo suscritos por la sociedad anónima. Se considera que el ordenamiento jurídico no establece una disposición especial que permita salvaguardar los derechos *irrenunciables* de los trabajadores y pensionados cuando los activos de la persona jurídica no son suficientes para asegurar su pago y, por lo mismo, se considera indispensable establecer la responsabilidad *solidaria* de los accionistas por dichas obligaciones, siempre y cuando la sociedad no haya cumplido fiel y oportunamente con el pago de las acreencias laborales.

8. Se podría argumentar que las disposiciones acusadas son suficientes para entender que existe una limitación absoluta del riesgo a favor de los accionistas y que, por tanto, carece de sentido la formulación de un cargo para extender su responsabilidad. No en vano el artículo 373 del Código de Comercio -acusado en esta oportunidad- textualmente dice: "*En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales*". Luego, una interpretación literal de la norma impediría extender cualquier tipo de responsabilidad a los accionistas frente a las obligaciones que previamente haya asumido la sociedad con terceros, entre estos, los trabajadores y pensionados<sup>11</sup>.

Sin embargo, aun cuando dicho argumento podría estimarse válido, la ausencia de una norma en concreto en materia laboral, como la que existe para establecer el alcance de la responsabilidad de los socios en las sociedades de personas por las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, ha generado una extensa discusión sobre el real alcance del régimen de separación patrimonial de los accionistas de las sociedades anónimas.

Precisamente, mientras que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, entiende que los miembros de las sociedades de personas son solidariamente responsables por el pago de las obligaciones laborales, manteniendo una estructura armónica de responsabilidad con los artículos 294 y 323 del Código de Comercio; las normas laborales guardan silencio frente a la responsabilidad que asumen los accionistas o socios de las sociedades de capital<sup>12</sup>.

Lo anterior ha dado pie a diversas interpretaciones sobre el alcance de la norma laboral y su relación con los artículos 252 y 373 del Código de Comercio. Así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en varias oportunidades ha establecido que al guardar silencio la ley del trabajo, debe acudirse a la exclusión de responsabilidad de los accionistas por las obligaciones sociales de la sociedad frente a terceros, reconocida en el estatuto mercantil. En sus propias palabras, la citada Corporación judicial ha manifestado que:

*"(...) El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa.*

11 Véase, PINZÓN, Gabino. Sociedades comerciales, Teoría General, Volumen I, Quinta Edición, Temis; NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano, Teoría General de las Sociedades, Octava Edición, Legis; REYES VILLAMIZAR, Francisco, La personificación jurídica de la sociedad, Revista Universitas, No. 100.

12 Dispone la norma en cita: «Artículo 36. Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión».

*De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales.*

*Cuando el artículo 252 del Código de Comercio establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación solo pueden ejercerse contra los liquidadores, este precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 ibídem para decir que, como el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria (o individual), de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pues ni el régimen legal laboral extiende a ellos ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas (...)"<sup>13</sup>.*

Por otra parte, hay quienes consideran que la falta de regulación de la responsabilidad de los accionistas en las normas laborales, no implica per se la posibilidad de acudir a las disposiciones del Código de Comercio (C.Co. arts. 252 y 373). En primer lugar, por cuanto el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo establece que a falta de disposición expresa debe preferirse aquella que regule un caso o materia semejante de naturaleza laboral; de suerte que, ante la falta de una norma especial que establezca la responsabilidad de los accionistas debe aplicarse la misma disposición que extiende la responsabilidad de las obligaciones sociales a los socios de las sociedades de personas a los accionistas de las sociedades de capital (C.S.T. art. 36) y, en segundo término, porque prevista la aplicación preferencial de las normas laborales, en caso de conflicto entre ellas y cualesquiera otras, como las normas del Código de Comercio, deben preferirse las primeras (C.S.T. art. 20). Para quienes participan de esta tesis, su constitucionalidad es manifiesta, por cuanto permite otorgar un trato más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, como lo dispone el artículo 53 del Texto Superior<sup>14</sup>.

13 Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias 13939 del 10 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Fernando Vázquez Botero; 8991 del 18 de noviembre de 1996, Magistrado Ponente Germán Valdés Sánchez; y 7189 del 10 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez.

14 Tesis acogida por las intervenciones ciudadanas e igualmente por la Intervención de la Asociación de Pensionados de (...), S.A., hoy "(...) S.A.", de (...) Ltda., hoy "(...) S.A.", "(...)". La problemática en relación con el supuesto vacío normativo de las normas laborales y mercantiles para regular la responsabilidad de los socios de las sociedades de capital por las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, igualmente se presentó en la denominada "sociedad de responsabilidad limitada".

En un principio y con fundamento en el artículo 353 del Código de Comercio (antiguamente artículo 1° de la Ley 124 de 1937), se estimó por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que dicha modalidad de sociedad aun cuando tenía rasgos típicos de las "sociedades de personas", en relación con el pago de las acreencias laborales, se regía bajo el principio de limitación de riesgo de las "sociedades de capital", pues expresamente la disposición mercantil limitaba la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportes. En sentencia de casación de noviembre 29 de 1957, se expresó que: "(...) El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no desconoce este fenómeno de limitación de responsabilidad, que es propio de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, sino que, por el contrario, lo incorpora expresamente en su mandato, porque advierte que la solidaridad de los socios con la sociedad y de éstos entre sí es 'sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio', es decir, que no va más allá, que no lo excede, por lo cual respecto a estas sociedades no puede afirmarse que la norma consagra una solidaridad indefinida; ni que contempla una responsabilidad duplicada, o sea, hasta por otra suma 'equivalente a sus aporte', (...) porque en cualquiera de estas dos hipótesis se estaría rebasando el límite de responsabilidad, que no es otro que el previsto en la Ley 124 ya citada (...). En estas condiciones, resulta improcedente demandar en vida de las sociedades al socio XX invocando el carácter solidario de las obligaciones contraídas por aquellas, porque no habiéndose responsabilizado XX por una suma mayor a sus aportes, ni estando siquiera en discusión el avalúo de los aportes en especie, el demandando, al entregar sus aportes, quedó desligado de toda responsabilidad por las obligaciones que contrajeron las sociedades mencionadas".

Para la Corte, la duda razonable en relación con el alcance hermenéutico de las disposiciones acusadas, en esencia, en cuanto a su aptitud para establecer límites a la responsabilidad de los accionistas por las obligaciones laborales que asume la sociedad anónima; permiten concluir que la tesis de la Procuraduría y de los demandantes no es inconsistente o meramente subjetiva y que, por el contrario, en aplicación del principio pro actione, y ante la existencia de una posible omisión legislativa relativa, es viable que esta Corporación proceda a examinar los cargos impetrados por los accionantes.

9. Adicionalmente, esta Corporación en Sentencia T-458 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), consideró que existe un vacío legislativo en los casos en que le compete a la persona jurídica asegurar el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social y que, por la carencia de activos, le es imposible proceder a su pago, otorgar garantía de cumplimiento y/o conmutar sus obligaciones pensionales. Allí textualmente se expuso que:

*"Empero, si ante la incuria de las entidades encargadas de ejercer la vigilancia y control, la empresa se abstiene de cumplir sus obligaciones legales en materia pensional y, adicionalmente, entra en un trámite concursal o liquidatorio, se configura una hipótesis fáctica no prevista por el legislador. En efecto, ninguna de las disposiciones que reglamentan estos trámites se refiere a una tal circunstancia. Por el contrario, pese a la importancia prioritaria que la Constitución y las normas sobre conmutación y garantía pensional otorgan a las pensiones, las disposiciones sobre prelación de créditos que rigen el concordato y la liquidación de una empresa, no hacen referencia expresa a estas acreencias, pues es razonable suponer que parten del supuesto de que la empresa ha asegurado el pago de las mismas a través del cumplimiento de las obligaciones legales".*

Vistos los anteriores argumentos, encuentra la Corte que la demanda cumple a cabalidad los requisitos formales y materiales que sujetan la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, y por lo mismo, se procederá a un fallo de fondo en relación con el asunto sub-examine.

10. No obstante, la Corte debe inhibirse frente algunos preceptos del artículo 252 del Código de Comercio, pues formulan hipótesis normativas no controvertidas por los demandantes ni por acción, ni por omisión. Así, no se impetra acusación alguna contra la posibilidad de ejercer acciones contra los liquidadores de la sociedad, ni se establece razón jurídica para considerar contrario a la Constitución las reglas de liquidación previstas en las sociedades por cuotas o partes de interés. En este orden de ideas, y ante la falta de cargos contra algunos apartes normativos acusados, la Corte limitará el alcance de su decisión a los preceptos que se resaltan y subrayan a continuación:

---

Con posterioridad, la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, interpretó que existía un vacío sobre el alcance de la responsabilidad de los socios en dicho tipo de sociedad, y que a partir de lo expuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, y contrario a lo previsto en el precepto mercantil, debía asimilarse su riesgo al contemplado para los miembros de las "sociedades de personas", pues en su origen se estimó que esta sociedad correspondía a dicho tipo societario. En sentencia del 26 de noviembre de 1992, se dispuso: "Resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo de trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las 'sociedades de personas' y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de estas sociedades de personas a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas sino el de las anónimas, no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador".

Así las cosas, en la actualidad, los socios de las sociedades de responsabilidad limitada pueden ser llamados a responder con su propio peculio por el pago de las obligaciones laborales de la compañía, a través de las reglas de las obligaciones *in solidum*, a pesar de existir una expresa limitación patrimonial en el artículo 353 del Código de Comercio.

"Art. 252.- En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos.

En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo".

"Art. 373.- La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras 'Sociedad Anónima' o de las letras 'S. A.'

Si la sociedad se forma, se inscribe o se anuncia sin dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones, sociales que se celebren".

11. Por consiguiente, esta Corporación habrá de declararse inhibida para pronunciarse sobre los preceptos normativos carentes de acusación, y así lo establecerá en la parte resolutive del presente fallo

#### Problema Jurídico.

12. Conforme a lo anterior, y teniendo presente los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y visto el concepto del Procurador General de la Nación (e), la presente sentencia se limitará a establecer si el legislador al fijar el régimen de limitación de riesgos de los accionistas de las sociedades anónimas, incurrió en una omisión legislativa relativa al no consagrar disposiciones especiales para hacer responder solidariamente a los asociados por la insolvencia de la sociedad, cuando previamente dicha persona jurídica ha incumplido el deber de pagar o asegurar el pago de las acreencias laborales y, con posterioridad, sus activos resultan insuficientes para acreditar la cancelación de dichas obligaciones sociales.

La presente sentencia se limitará a establecer si el legislador al fijar el régimen de limitación de riesgos de los accionistas de las sociedades anónimas, incurrió en una omisión legislativa relativa al no consagrar disposiciones especiales para hacer responder solidariamente a los asociados por la insolvencia de la sociedad, cuando previamente dicha persona jurídica ha incumplido el deber de pagar o asegurar el pago de las acreencias laborales y, con posterioridad, sus activos resultan insuficientes para acreditar la cancelación de dichas obligaciones sociales.

Para el efecto la Sala (i) efectuará unas breves consideraciones sobre el alcance del derecho de asociación; (ii) adelantará el análisis y estudio de la limitación de la responsabilidad societaria como pilar fundamental de la Constitución Económica; y (iii) fijará las condiciones bajo las cuales las obligaciones laborales y de seguridad social se armonizan con el régimen de limitación de riesgos de las sociedades anónimas.

### Del derecho de asociación

13. En el artículo 38 de la Constitución Política de 1991 se reconoce el derecho fundamental de asociación. Dicha disposición lejos de definir el alcance y la naturaleza jurídica del citado derecho fundamental, tan sólo se limita a establecer el objetivo esencial de su reconocimiento, consistente en permitir el desarrollo conjunto o colectivo de las distintas actividades que las personas por sí solas no podrían realizar en comunidad.

La doctrina define el citado derecho como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.

La finalidad de este derecho constitucional se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico.

Es precisamente en la creación de un ente jurídico distinto de las personas naturales, en donde radica la principal distinción entre el derecho de asociación y algunas otras garantías fundamentales que permiten la asunción conjunta de los seres humanos de proyectos comunes o colectivos. Tal es el caso del derecho de reunión que se limita a permitir que todo o una parte del pueblo pueda unirse en aras de alcanzar un propósito definido, por ejemplo, mediante la celebración de jornadas de protesta por la adopción de medidas lesivas al interés público o social<sup>15</sup>.

Pero, más allá de la atribución constitucional de crear, desarrollar, disolver o liquidar entes morales; el núcleo esencial del citado derecho constitucional también exige que su ejercicio se garantice en los distintos espacios o "*actividades*" de la sociedad (C.P. art. 38), sin más limitaciones que aquellas derivadas de la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley, con el propósito de salvaguardar la primacía del interés general, la licitud de las actividades en común y los derechos y libertades de los demás.

Así las cosas, los tratados internacionales de derechos civiles y políticos destacan que las personas jurídicas creadas al amparo del derecho de asociación persiguen el logro de fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de

---

15 En relación con el derecho fundamental de reunión pueden consultarse las sentencias: T-456 de 1992 (M.P. Jaime Sanín Greiffenstein), T-219 de 1993 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).



cualquier otra índole<sup>16</sup>. Precisamente, en la Constitución Política de Colombia, como modalidades de personas jurídicas producto del ejercicio de la libertad de asociación se reconocen, entre otros, a los sindicatos (C.P. art. 39), a las asociaciones empresariales (C.P. art. 39), a los partidos políticos (C.P. art. 40), a las cooperativas (C.P. arts. 60 y 189-24), a los establecimientos educativos (C.P. art. 68) y a las sociedades mercantiles (C.P. art. 189-24).

Sobre la materia, en Sentencia T-003 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), esta Corporación manifestó que:

*"(...) En primer lugar, la Sala comparte la preocupación de los actores, toda vez que considera que la libertad de asociación no se reduce a la simple posibilidad ciudadana de crear y disolver organizaciones o personas jurídicas, o acceder a ellas con el (sic) derecho de participar en sus decisiones a través de las asambleas, por medio del voto. No. Este derecho es más amplio. Y esta idea tiene asidero tanto en la noción misma de la asociación, como en la extensión que de esta libertad consagró el artículo 38 de la Constitución, respecto del cual es notable la falta de limitaciones expresas. Así, las ventajas que para unos y otros individuos tiene el aunar capitales y esfuerzos, solamente están limitadas por el respeto del derecho ajeno y la propia licitud de las actividades en común. De esta suerte, como lo afirma el conocido (jurista), profesor de la Universidad de Buenos Aires, Rafael Bielsa, (...) 'El derecho de asociación también se viola, no ya cuando se la impone coactivamente, en forma directa o en forma indirecta -como acabamos de advertirlo-, sino cuando, por el contrario, se impide o traba la asociación arbitrariamente. Es éste un principio elemental, y por eso fundamental. Un derecho se viola cuando su ejercicio se impide sin causa jurídica y también cuando se compele a que se ejercite contra la voluntad del titular.'"<sup>17</sup> (...)"*

Finalmente, nótese que aun cuando la libre asociación proyecta en el universo jurídico, la tendencia natural de los hombres hacia la socialización; su órbita o núcleo esencial también protege y garantiza la individualidad de las personas en su actuar. Por ello, esta Corporación ha dicho que el derecho de asociación se adjudica para sí una doble esfera de comportamiento, esto es, involucra tanto un aspecto positivo de acción como un aspecto negativo de omisión. Así, *"a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse, ya que el Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro"*<sup>18</sup>.

**14.** Visto entonces el alcance del derecho de asociación, se pregunta esta Corporación: ¿Cuáles son los límites que en esencia se reconocen en el ordenamiento constitucional para regular su ejercicio?

A nivel de la Carta Política, existen restricciones que tienen origen expreso en el texto de la Constitución, tales como, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos (C.P. art. 95-1). De igual manera, existen otros límites que se originan de la aplicación del denominado bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 93 de la Carta Fundamental, según el cual: "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los

16 Véase, artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

17 BIELSA, Rafael. Estudios de Derecho Público. IV Derecho Administrativo, Fiscal y Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1962, Pág. 8

18 Sentencia C-110 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Al respecto, el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".



tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". En relación con el empleo de esta herramienta por parte del juez constitucional, la Corte ha sostenido:

*"(...) el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica<sup>19</sup>, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos (...)"* (Sentencia T-1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

En este orden de ideas, los tratados internacionales de derechos humanos, establecen que los límites al ejercicio del derecho de asociación deben apuntar a la necesidad de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica, el orden público y los derechos y libertades de los demás. Precisamente, a partir de la reiteración de su contenido normativo, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponen que:

"2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás (...)" (resaltado por fuera del texto original)

Conforme a lo expuesto, esta Corporación concluye que la hermenéutica más favorable al ejercicio del derecho de asociación, es aquella por virtud de la cual se entiende que si bien el legislador puede establecer límites al alcance del citado derecho, los mismos siempre deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público. Así, por ejemplo, la asociación de personas con el ánimo de perpetrar conductas punibles, es prohibida y sancionada por el derecho criminal a través del delito de concierto para delinquir (Código Penal, artículo 340).

**15.** Para la Corte es claro que un intento de clasificar las distintas formas asociativas que se presentan en el ordenamiento jurídico desborda los límites de esta providencia (asociaciones, corporaciones, cooperativas, sociedades, etc). No obstante, para esta Corporación es también indiscutible que la coyuntura mundial actual, demuestra que una de las formas asociativas que más preponderancia tiene por su papel protagónico en los procesos de desarrollo y crecimiento económico, son las sociedades mercantiles<sup>20</sup>.

19 Véase las sentencias C-406 de 1996 y C-251 de 1997.

20 En el artículo 100 del Código de Comercio se reconoce la existencia de sociedades civiles. Sin embargo, la misma disposición las somete a las reglas de creación, funcionamiento, disolución y liquidación de las sociedades comerciales, excluyéndolas, por una parte, el Decreto 3100 de 1997 del ámbito de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades y, por otra, el artículo 1º de la Ley 550 de 1999 de la posibilidad de acudir al trámite concursal de reestructuración de empresas.

Mucho se ha discutido en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades y, por ende, de las personas jurídicas.

Hay quienes asumen los postulados de la teoría de la ficción, según la cual la persona jurídica es un ser distinto de la realidad, que el legislador asimila como sujeto de derechos patrimoniales y le extiende capacidad jurídica, con el único propósito de facilitar la obtención del fin concreto que pretenden sus miembros.

Dichas sociedades una vez constituidas en forma regular crean una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, sin importar su carácter personalista (*intuitus personarum*) o de capitales (*intuitus pecuniae o rei*)<sup>21</sup>. Su reconocimiento como persona jurídica, no se sujeta a una previa autorización gubernamental sino al cumplimiento de las formalidades de orden legal previstas en el Estatuto Mercantil y en las disposiciones complementarias. Al respecto, los ya citados artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), son categóricos en someter el ejercicio del derecho de asociación tan sólo a las restricciones previstas en la ley.

Precisamente, el artículo 98 del Código de Comercio, siguiendo los parámetros definidos en los referidos instrumentos internacionales, establece que: "(...) *La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*".

*Mucho se ha discutido en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades y, por ende, de las personas jurídicas. Hay quienes asumen los postulados de la teoría de la ficción, según la cual la persona jurídica es un ser distinto de la realidad, que el legislador asimila como sujeto de*

*derechos patrimoniales y le extiende capacidad jurídica, con el único propósito de facilitar la obtención del fin concreto que pretenden sus miembros*<sup>22</sup>. Para otros las personas jurídicas al igual que las personas naturales corresponden a un concepto jurídico, a una categoría del mundo del derecho, que tienen aptitud para obrar válidamente dentro de la sociedad y expresar sus propios intere-

21 Aun cuando en Colombia mediante el Decreto 2155 de 1992 se derogó el permiso de funcionamiento que debía otorgar la Superintendencia de Sociedades para la constitución y el inicio de actividades por parte de determinadas compañías, no por ello dejaron de existir en nuestro ordenamiento las denominadas "sociedades irregulares". Estas se pueden definir como aquellas compañías creadas con anterioridad a la vigencia de dicho decreto y que no obtuvieron la autorización de la Superintendencia de Sociedades para iniciar la ejecución de su objeto social. En estos casos, según el artículo 500 del Código de Comercio: "En cuanto a la responsabilidad de los asociados se asimilarán a las sociedades de hecho" (Véase, SANÍN BERNAL. Ignacio. Un nuevo derecho societario. Primera Edición 1999. Editorial Dike. Pág. 75).

22 Basta, por ejemplo, con una simple lectura del artículo 633 del Código Civil para encontrar un sustento legal a dicha tesis. La norma en cita dispone: "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

ses, a partir de la organización de los elementos naturales o artificiales a su alcance. Para estos últimos, todas las personas ya sean físicas o jurídicas, constituyen una realidad que expresan una voluntad autónoma e independiente y que se organizan libremente para alcanzar un determinado objetivo (*teoría de la realidad*)<sup>23</sup>.

Junto a las concepciones tradicionales acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades, un sector contemporáneo de la doctrina considera que independientemente de estimar a dichas personas jurídicas como una ficción legal o como una realidad jurídica, ellas corresponden a un técnica para la organización empresarial, es decir, para la explotación de una actividad económica mediante la ordenación y administración de los distintos factores de producción<sup>24</sup>.

16. Más allá de la tesis que se asuma entorno al concepto y naturaleza de las sociedades, lo cierto es que corresponden a una especie de forma asociativa creada al amparo del ejercicio del derecho de asociación y que tienen pleno reconocimiento constitucional, cuando se otorga su inspección, vigilancia y control a la actividad del gobierno (C.P. art. 189-24). Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta los argumentos hasta el momento expuestos, es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad, se origina una *persona jurídica* distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia, supone la asignación de un catálogo de atributos que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación.

Dichos atributos son el nombre<sup>25</sup>, domicilio<sup>26</sup>, capacidad<sup>27</sup>, nacionalidad<sup>28</sup> y patrimonio<sup>29</sup>.

Este último representa el conjunto de derechos y obligaciones que se establecen en cabeza de la sociedad, que tienen contenido pecuniario y que, adicionalmente, se convierten en garantía universal de los acreedores, en virtud de la prenda general reconocida en el artículo

23 Véase, GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil, Temis, Tomo II, 1987. PINZÓN, Gabino, Sociedades Comerciales, Teoría General, Quinta Edición, Temis, 1988. NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano, Teoría General de las Sociedades, Octava Edición, Legis, 1998. VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, Parte General y Personas, Decimotercera Edición, Temis, 1994.

24 Véase, REYES VILLAMIZAR, Francisco, Op. Cit. Personificación Jurídica de la Sociedad. El autor cita al doctrinante PAILLUSSEAU, Jean. The nature of the company, en: European Companylaws, A comparative Approach, Aldershot, Ed. Dartmouth, 1991.

25 La designación del nombre social puede corresponder de acuerdo a la tipología societaria a una razón social o denominación social. Entiéndase por *razón social* la inclusión del nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios para identificar a la sociedad, seguido de las expresiones que se exijan para cada tipo societario. En cambio la *denominación social*, corresponde no a la indicación de los nombres de los asociados sino de las actividades de explotación económica previstas en el objeto social.

26 Dice el artículo 110 del Código de Comercio: "*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...) 3. El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución*".

27 Dispone el artículo 99 del estatuto mercantil: "*La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad*".

28 Determina el artículo 469 del mismo ordenamiento comercial: "*Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior*".

29 Distintas normas del Código de Comercio reconocen a el patrimonio como atributo de la personalidad de las sociedades. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas se dispone como causal de disolución, la reducción del "patrimonio neto" por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito (C.Co. art. 457-2).

2488 del Código Civil<sup>30</sup>. No obstante, es conveniente aclarar que el concepto "patrimonio" difiere del término "capital social", el cual representa la suma de los aportes en especie, industria o dinero que efectúan los asociados y que, por regla general, debe permanecer estático durante la vida de la sociedad (C.Co. art. 122). El patrimonio, por el contrario, manifiesta el dinamismo del ente moral, pues constituye el conjunto de bienes, valores, deudas, costos, gastos, etc., que durante cada ejercicio social permiten el reparto eventual de utilidades o la asunción de pérdidas por la explotación de una empresa<sup>31</sup>.

Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad, le permite a esta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino.

Tan importante es la separación patrimonial entre socios y sociedad que el ordenamiento jurídico le otorga la denominada "acción de impugnación" a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes y disidentes (C.Co. art. 191), con el propósito de invalidar las decisiones mayoritarias adoptadas por la junta de socios o asamblea general de accionistas que vulneren las prescripciones estatutarias. En efecto, la existencia de una acción para decretar la ilegalidad de una determinación, sólo tiene razón de ser ante el conflicto o la colisión de los intereses particulares de las personas asociadas con el interés plurilateral del ente social. Si el interés del socio y la sociedad fuese el mismo, la simple lógica conduciría a entender que no existiría disputa alguna por las determinaciones adoptadas.

Nótese como, la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la "teoría de limitación de riesgo", la cual se estructura bajo las siguientes premisas generales, a saber:

- i) Los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, pues estos carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social (C.Co. arts. 143, 144, 145 y 46)<sup>32</sup>.
- ii) Los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad, pues tan sólo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en el capital social (C.Co. art. 142), *mutatis mutandi*, los acreedores de la sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, pues el socio como sujeto individualmente considerado carece de un poder de dirección sobre el ente social y, por lo mismo, la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés plurilateral de las personas que acceden a su creación<sup>33</sup>.

30 Véase, VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Derechos Reales, Décima Edición, Temis, Bogotá, 1996; VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes, Sexta Edición, Temis, Bogotá, 1996.

31 Dispone el artículo 37 del Decreto 2649 de 1993: "*El patrimonio es el valor residual de los activos del ente económico, después de reducir todos sus pasivos*". Si bien contablemente el patrimonio se reduce a las operaciones susceptibles de ser registradas al cierre de un ejercicio contable, con la finalidad de elaborar los estados financieros que permitan proceder al reparto de utilidades (C.Co. art. 151); en estricto sensu, en el campo *jurídico*, el patrimonio involucra no sólo la universalidad de derechos y obligaciones presentes (susceptibles de ser contabilizadas), sino también los que se obtengan en el futuro (C.C. art. 2488), en aras de garantizar los derechos de los acreedores.

32 La existencia de esta regla permite distinguir a la sociedad de la comunidad. Véase, artículos 2322 y 2323 del Código Civil.

33 Como veremos más adelante, el hecho de que la voluntad de un socio corresponda a la voluntad de la sociedad produce consecuencias jurídicas autónomas de tipo excepcional, en atención a la existencia de una modalidad de control (C.Co. art. 261). Ya la Corte lo ha señalado en sentencias SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y SU-636 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

17. De conformidad con lo previsto en el artículo 150 (numerales 2º y 8º) en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 (numeral 24) de la Constitución Política, le corresponde al legislador regular no sólo la denominación de las tipologías societarias (tales como, sociedades colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, anónima, mixta, etc.), sino también definir la preservación de sus atributos como personas jurídicas<sup>34</sup>.

En efecto, es el legislador quien tiene la competencia para establecer los requisitos y condiciones para la creación de sociedades morales, así como para determinar las distintas clases o tipologías de sociedades<sup>35</sup>. Así como, es quien puede determinar en qué medida los atributos que definen su personalidad operan con mayor o menor intensidad y, por lo mismo, se ponderan en atención a los rasgos característicos que el mismo legislador le reconoce a cada modalidad societaria.

**El legislador creó dos grandes categorías de sociedades reconocidas por la doctrina societaria. Por una parte, las sociedades de riesgo ilimitado o sociedades de personas (*intuitus personarum*) y, por otra, las sociedades de riesgo limitado o sociedades de capital (*intuitus pecuniae o rei*).**

Esa competencia exclusiva del legislador fue reconocida expresamente por esta Corporación en Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), en los siguientes términos:

"(...) A juicio de la Corte, el establecimiento de un régimen solidario en asuntos fiscales, es un asunto propio del resorte del legislador, que en su condición de depositario del poder impositivo (art. 150-12 y 338 de la C.P.), está plenamente habilitado para determinar lo concerniente a la responsabilidad tributaria, sin que en la Constitución existan limitaciones sobre el señalamiento de los sujetos de la obligación tributaria o los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad solidaria, pues repárese, que a la luz de la Carta, *es de competencia del legislador, tanto la determinación del régimen jurídico de las sociedades y demás personas jurídicas como la expedición, adición y modificación de las leyes relativas a impuestos* (art. 150 numeral 12 y 338 superiores)". (Resaltado por fuera del texto original).

Dentro de ese ámbito preciso de competencia, el legislador creó dos grandes categorías de sociedades reconocidas por la doctrina societaria. Por una parte, las sociedades de riesgo ilimitado o sociedades de personas (*intuitus personarum*) y, por otra, las sociedades de riesgo limitado o sociedades de capital (*intuitus pecuniae o rei*).

34 En idéntico sentido, se pueden consultar los artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3 a 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

35 Al respecto, la doctrina ha dicho que: "(...) debe anotarse, de una vez, que en esta constitución legal de la sociedad está necesariamente implícita la adopción de alguna de las formas regulares de sociedad previstas en el Código de Comercio; los socios no pueden organizar totalmente a su arbitrio el funcionamiento de la sociedad, sino que deben someter las relaciones derivadas del contrato social entre ellos y frente a terceros al régimen o forma que la tipifique como colectiva, comanditaria, de responsabilidad limitada o anónima. Porque



Las primeras suponen la confianza recíproca entre los asociados, razón por la cual pueden limitar la admisión de nuevos socios y someter las transferencias de sus participaciones en el capital social al consentimiento previo de todos los asociados. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico les otorga a todos los socios la administración de la empresa social y, por lo mismo, los hace responsables solidariamente de las obligaciones que provengan por dicha causa. Tradicionalmente las sociedades colectivas y algunos asociados de las sociedades en comanditas se someten a este tipo de reglas.

En las segundas, el ánimo que fundamenta la unión de las personas es la constitución de un capital social que les permita la explotación económica de un proyecto o empresa en común, por esa razón representan sus aportes a través de títulos de fácil circulación [acciones], restando importancia a las personas titulares de dichos valores. Esa circunstancia en sí misma impide que sean los socios quienes representen a la sociedad y exige en su lugar la presencia de administradores y revisores fiscales que dirijan y vigilen el correcto devenir de la empresa social. Por consiguiente, una vez que el asociado realiza el aporte a capital, el carácter anónimo de su inversión lo desvincula de las obligaciones que asuma el ente social. El típico ejemplo de una sociedad de capital lo constituye la sociedad anónima, que precisamente como su nombre lo indica, mantiene en el anonimato a sus asociados<sup>36</sup>.

La doctrina societaria ha dicho sobre las sociedades de personas y de capitales, que:

"En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma intuitus personarum, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a éstos se obliga no sólo la persona jurídica sino también los socios, con sus patrimonios individuales, presentes y futuros. Precisamente, por virtud de la responsabilidad solidaria que asumen todos los socios, la ley le confiere la facultad de administrar la empresa social. (...) En las sociedades de capitales o formadas intuitus rei, una vez efectuados los aportes, los asociados pasan a la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón a que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones. Ciertamente, es la compañía la que responde hasta el límite de su patrimonio por las obligaciones que contraiga en desarrollo de su actividad social. Las obligaciones de los socios y sus derechos pertenecen a la esfera interna de la sociedad, no trascienden a los terceros que negocian con ella, y por virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana"<sup>37</sup>.

Destáquese como en ejercicio de su potestad de configuración normativa, el legislador asimiló el interés personal o familiar de las sociedades intuitus personarum a la competencia

---

*el régimen propio de cada uno de esos tipos o especies de sociedad determina concretamente la posición y la responsabilidad que asumen los socios en desarrollo de los negocios sociales al producirse la separación de actividades y patrimonios propia de la personificación jurídica de la sociedad. Por eso no puede darse una compañía comercial regular sin su correspondiente forma legal que le dé existencia regular y que la individualice dentro del género sociedad, que es la razón por la cual se exige en el artículo 110 del Código de Comercio que las cláusulas del contrato social se pacten con sujeción a las reglas o prescripciones legales propias de cada tipo de sociedad (...)"* (PINZÓN, Gabino, Sociedades Comerciales, Teoría general, Temis, 1988, Pág. 41) De manera que, la celebración de un contrato de sociedad sin asumir los asociados la designación de tipo societario legalmente permitido, no pasa de ser un simple acto jurídico con consecuencias en derecho, básicamente considerar las relaciones entre los asociados como propias de una sociedad de hecho (C.Co. art. 498).

36 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el término "anónimo" como: "(...) Dícese del autor de nombre desconocido (...) Secreto del que oculta su nombre".

37 NARVÁEZ, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades, Legis, 8ª Edición. 1998. pág. 74.



para administrar la empresa social, suponiendo a todos a los socios como administradores y adjudicándoles una responsabilidad solidaria e ilimitada por el manejo directo e inmediato de las operaciones sociales del ente moral (C.Co. arts. 294, 310, 323 y 326). En esta hipótesis, ante la existencia de una justa causa valorada por el legislador, se atenuó el principio de limitación de riesgo como expresión del patrimonio propio de la sociedad (atributo de la personalidad), extendiendo a los asociados la responsabilidad por las acreencias de la persona jurídica, pero prohibiendo su ocurrencia en sentido contrario, es decir, llamando a la sociedad a responder por las deudas personales que en la vida ordinaria asuman los socios.

La extensión de la responsabilidad de los socios de las sociedades de personas, por las obligaciones del ente moral, igualmente tiene expresión legal en materia laboral y tributaria. Dicen al respecto las normas:

*"Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 36. Responsabilidad solidaria.* Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

*Estatuto Tributario. Artículo 794.* Los socios, copartícipes, asociados, cooperados y comuneros, responden solidariamente por los impuestos de la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes, a prorrata de sus aportes en la misma y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable. Se deja expresamente establecido que esta responsabilidad solidaria no involucra sanciones e intereses, ni actualizaciones por inflación. La solidaridad de que trata este artículo no se aplicará a las sociedades anónimas o asimiladas a anónimas (...).

*A contrario sensu*, en las denominadas sociedades intuitus pecuniae, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como, permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país.

Sin embargo, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del sistema económico, la limitación de riesgos a favor de los socios de las sociedades anónimas no puede considerarse un derecho absoluto, como no lo es, ninguno de los derechos personales o reales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público, que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley, con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones. Así, por ejemplo, el artículo 207 de la Ley 222 de 1995, independientemente del contenido del contrato social, hace responsables a los socios que incurran en violación de la ley por la comisión de *actos de defraudación* frente a terceros. Dispone la norma en cita:

"Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno

tenga en la sociedad, La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario".

**18.** Se pregunta esta Corporación: ¿Si la Constitución Política impone algún tipo o modelo societario y, adicionalmente, si le exige al legislador adoptar algún régimen especial de responsabilidad?

La Carta Fundamental, como se dijo previamente, le otorga plena competencia al legislador para regular las tipologías societarias, así como para disponer acerca el régimen jurídico de cada uno de los tipos societarios que se establezcan en el ordenamiento jurídico. Al respecto, son claros los artículos 38, 150 (num. 2º y 8º) y 189 (num. 24 y 25) del Texto Superior. De igual manera, los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución, refuerzan esta conclusión, pues le otorgan al legislador la atribución de regular la libre iniciativa privada y, especialmente, las actividades financiera, bursátil y asegurada, las cuales, por regla general, requieren de acciones (como participaciones en el capital social de una sociedad anónima) para su normal organización y funcionamiento.

Por otra parte, la Carta Política tampoco impone un modelo único de responsabilidad, sino que, bajo las premisas del bien común, el interés general y el principio de solidaridad, le permite al legislador, en acatamiento de las cargas de razonabilidad y proporcionalidad, determinar cuando existen obligaciones solidarias, conjuntas, divisibles, indivisibles, subsidiarias, de medio o de resultado en el ordenamiento legal.

En idéntico sentido, esta Corporación en Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), sostuvo que:

"(...) Por otra parte, estima la Corte que la figura de la solidaridad es de creación legal, y también el establecimiento de sus excepciones. Por lo tanto, bien puede el legislador, como lo hizo en la norma cuestionada, introducir la responsabilidad solidaria como un mecanismo tendiente a impedir, se reitera, la práctica de la evasión tributaria, sin que ello signifique desconocimiento de los principios y normas superiores, pues es evidente que los socios tienen y mantienen, durante la existencia de la sociedad, un interés económico y patrimonial en los resultados de la gestión social que se adelante por parte de los órganos directivos, gerentes, juntas directivas, etc.. Por otro lado, en opinión de la Sala, la solidaridad en materia impositiva descansa también en la función social del derecho de propiedad (art. 58 superior), y en la necesidad de financiar permanentemente los gastos e inversiones públicas (art. 95-9 ibídem), ya que es incuestionable que exista un interés patrimonial del socio en los resultados de las actividades que cumpla la sociedad. Ello explica por qué la suerte de ésta y las obligaciones que se causen por razón de la misma no deben ser enteramente ajenas al asociado,

**Se pregunta esta  
Corporación: ¿Si la  
Constitución Política  
impone algún tipo o  
modelo societario y,  
adicionalmente, si le  
exige al legislador  
adoptar algún régimen  
especial de  
responsabilidad?**

Ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada "*economía social de mercado*", según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.

socio, comunero, cooperado o suscriptor, por lo que el legislador entendió que el miembro del ente social asume los riesgos inherentes a las vicisitudes de este tipo de negocios jurídicos contractuales (...)" (resaltado por fuera del texto original).

En conclusión, el legislador bien puede crear sociedades de riesgo limitado o ilimitado, como personas jurídicas con patrimonio propio distinto de los socios. Así mismo, le corresponde al Congreso fijar las medidas para preservar los atributos de la sociedad, pudiendo entonces levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación. Por último, la adopción de un modelo de responsabilidad, corresponde igualmente a la competencia de configuración normativa del legislador, bajo

la exigencia de respetar los valores, principios y derechos previstos en la Constitución, en especial, las cargas de razonabilidad y proporcionalidad.

### **De la limitación de la responsabilidad societaria como pilar fundamental de la Constitución Económica.**

19. La Constitución Económica puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: "*(...) las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos (...)*". (Corte Constitucional. Sentencias C-265 de 1994, C-624 de 1998 y T-426 de 1992).

La Constitución Económica supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, para lo cual asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios.

La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada "*economía social de mercado*", según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.

Para lograr que lo anterior ocurra, en materia de libertad económica, la Constitución Política permite que la autonomía de la voluntad privada y los atributos de la propiedad, se expresen en la consolidación de mercados libres de bienes y servicios, a través de los cuales se facilite la circulación de la riqueza y se permitan obtener los beneficios derivados del ciclo natural de la renta. Esto significa que los distintos actores de la economía social de mercado consiguen un beneficio por la permisión de su existencia. El Estado recibe vía impositiva recursos para destinarlos al empleo y al bienestar social. Los empresarios acumulan riquezas y desarrollan una actividad libre como expresión de su autonomía. Y, los trabajadores, logran prestar sus servicios y recibir a cambio salarios y prestaciones.

**20.** Dentro de los mercados reconocidos por la Constitución Política tiene especial importancia el mercado público de valores. A este se refiere, entre otros, los artículos 150-19, 189-24 y 335. Así como, los artículos 49, 50 y 52 transitorios del Texto Superior. En esta última disposición, se ordenó que las funciones de inspección, vigilancia y control al mercado de valores se asignaran a la Superintendencia de Valores.

Se entienden por valores, los documentos con vocación circulatoria emitidos en serie o en masa que incorporan derechos económicos, y que provienen de un mismo emisor. Adicionalmente, deben corresponder a un patrón común, o en otras palabras, tener un contenido sustancial homogéneo<sup>38</sup>. Dichos valores por regla general se manifiestan en acciones, las cuales suponen la participación de un socio en una sociedad de riesgo limitado, que como persona jurídica se sujeta a división patrimonial y a limitación de riesgo, para permitir la circulación del contenido pecuniario que representa el título del capital social.

La circulación de acciones supone entonces el valor homogéneo de dicho título, entendiéndose que representa tan sólo un porcentaje dentro del capital social (C.Co. art. 375). Si una acción dejará de incorporar el valor nominal que habilita su negociabilidad, la existencia del mercado público de valores estaría llamada a perecer, pues es obvio que los mayores gastos que implica el analizar las proyecciones de una compañía, a fin de conocer su valor real, se harían extremadamente onerosos, acabando con los beneficios de la intermediación.

**21.** Desde esta perspectiva, se pregunta entonces esta Corporación: ¿Cuáles son los beneficios que involucra la existencia de una acción, y por qué es importante preservar la división patrimonial entre socios y sociedades de riesgo limitado? La respuesta a este interrogante, responde a un análisis histórico y económico con importantes implicaciones jurídicas.

El origen de las sociedades de riesgo limitado coincide, históricamente, con los orígenes de la gran empresa<sup>39</sup>. Las primeras formas de sociedades anónimas que se constituyeron en el mundo, correspondieron a las compañías de las Indias del Siglo XVII, cuya finalidad era reunir grandes sumas de capital para adelantar la colonización de los territorios indígenas de oriente y occidente. Se descubrió que la falta de limitación de la responsabilidad por las obligaciones societarias, impedía adelantar grandes proyectos de desarrollo, pues ninguna persona estaba dispuesta a asumir los riesgos de perder su propio patrimonio. Además, se pudo comprobar que ante la inexistencia de un valor pecuniario que representara la inver-

38 Véase, artículos 6° Ley 32 de 1979 y 1° Decreto 1168 de 1993.

39 GALGANO, Francesco. Derecho comercial. Sociedades, Temis, Bogotá, 1999.

sión, la nobleza no estaba dispuesta a invertir su capital inmobiliario, de ahí que se haya creado la acción como título de amplia circulación representativo de riqueza mobiliaria.

La importancia de esta figura se proyectó en el mundo al asumirse el modelo de producción industrial. La doctrina ha sintetizado este fenómeno, en los siguientes términos:

"(...) La relación entre la gran empresa y la sociedad por acciones, surgida con el desarrollo de las compañías coloniales del Siglo XVII, se restableció sobre nuevas bases a medida que, entre el fin del Siglo XVIII y los comienzos del Siglo XIX, se registran dos acontecimientos históricos decisivos. El primero es la introducción de las máquinas en el proceso de producción, pues con ella se crea la premisa técnica para la producción industrial en gran escala, y permite también el surgimiento de nuevas formas de la gran empresa, la empresa de producción industrial en masa, y consiguientemente, la empresa de distribución en masa.

La gran empresa no es ya, como en los tiempos de las compañías de las Indias, un fenómeno por su naturaleza excepcional, vinculado a contingencias políticas específicas y a planes específicos de colonización. Es un fenómeno que se hizo posible por una nueva técnica de producción, y es un fenómeno que puede generalizarse del mismo modo en que es generalizable, o sea reproducible en una múltiple serie de aplicaciones, la nueva técnica de producción.

(...) el otro acontecimiento histórico que tuvo lugar en aquella época y que fue determinante, a saber, la conquista del poder político por parte de la burguesía. A comienzos del Siglo XVII ella tiene ya, en muchos países, el control del Estado, pues es la que dicta las leyes; y la que dicta las leyes con las cuales puede reformar a su amano las estructuras jurídicas de la economía. Los que habían sido hasta ahora privilegios excepcionales arrebatados de vez en cuando al soberano, se convirtieron de este modo en normas de derecho común, normas sobre las cuales se desarrolla el desenvolvimiento ordinario de la actividad empresarial (...)"<sup>40</sup>.

Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al

**Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica.**

40 Ibidem. Págs. 214 y 215. Véase, así mismo, GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Temis, Bogotá, 1987.

derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica.

La canalización de recursos financieros a través de acciones constituye una típica fórmula de inversión social y económica. Es inversión económica, pues los grandes capitales logran realizar importantes proyectos económicos en beneficio del país. Es inversión social, ya que la empresa constituye no sólo el principal generador de empleo y bienestar, sino también el mayor contribuyente fiscal del Estado.

**22.** En consecuencia, la inexistencia de limitación de responsabilidad pondría fin al mercado de valores, pues sería imposible conocer el valor real de una acción. En efecto, ya no sólo sería necesario tener conocimiento acerca de la información financiera de la compañía a la cual se pretende invertir (loable propósito que cumplen los estados financieros debidamente registrados), sino que también debería estudiarse las declaraciones tributarias, las constancias de ingresos, los recursos patrimoniales, los gastos familiares y aún los personales de cada uno de los socios. Misión que además de ser excesivamente onerosa y poco eficiente, en la práctica podría llegar a constituir una manifiesta violación a la garantía constitucional de la intimidad.

Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos, pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo como en los artículos 1º, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política.

Sin embargo, la realidad igualmente demuestra que una visión absoluta de la separación patrimonial entre socios y sociedad, podría resultar lesiva para los intereses de los trabajadores y pensionados, quienes muchas veces son protagonistas de comportamientos reprochables de los asociados dando lugar a la pérdida de sus derechos y garantías mínimas irrenunciables. Por ello, en el siguiente acápite se analizará cómo las obligaciones laborales y de seguridad social se pueden armonizar con el régimen de limitación de riesgo.

**Condiciones bajo las cuales las obligaciones laborales y de seguridad social se armonizan con el régimen de limitación de riesgo de las sociedades anónimas.**

**23.** El artículo 83 de la Constitución Política reconoce el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares. Dicha disposición de raigambre Superior tiene desarrollo legislativo concreto, en materia contractual, en los artículos 1603 de Código Civil<sup>41</sup> y 871 del Código de Comercio<sup>42</sup>.

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.

41 Dispone la norma en cita: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que la ley pertenecen a ella".

42 Señala la norma: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".



En materia societaria, el principio de buena fe igualmente se presume, no podría considerarse que el ejercicio del derecho de asociación para constituir una persona jurídica es con el ánimo de defraudar los intereses y derechos de los trabajadores. Por el contrario, conforme se expuso con anterioridad, la constitución y creación de una sociedad, especialmente, las denominadas sociedades de riesgo limitado, es con el propósito firme de contribuir al crecimiento y desarrollo económico de la nación.

24. Legalmente constituida una sociedad e iniciada la ejecución de su actividad empresarial, dichas personas jurídicas suelen auxiliarse de personas naturales bajo la modalidad del contrato de trabajo, para realizar los fines de la empresa social. En estos casos, en aplicación del derecho de asociación que permite reconocer personalidad jurídica a los entes societarios, y teniendo en cuenta la existencia de un patrimonio propio distinto de los socios como atributo de su personalidad, es claro que las obligaciones laborales no serían de los asociados sino de la compañía, pues ella quien reclama o utiliza el servicio personal del trabajador. En fin, el vínculo personal y patrimonial de las obligaciones es explícito en suponer que si el empleador es una persona jurídica, la llamada a responder por las acreencias laborales es precisamente dicha *persona jurídica*<sup>43</sup>.

Según se expuso con anterioridad, es al legislador a quien le corresponde fijar las medidas para preservar los atributos de la sociedad, pudiendo entonces levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación (C.P. artículos 150 núms. 2-8 y 189 num. 24, en armonía con lo dispuesto en los artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3 a 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En este contexto, el legislador a través de las normas laborales, comerciales y tributarias le impone una responsabilidad solidaria a los socios de las sociedades de personas, por las obligaciones que surjan de las operaciones sociales, ante la justa causa consistente en el interés personal o familiar de estas modalidades societarias que suponen a todos a los asociados como administradores y responsables directos del devenir jurídico de la sociedad.

Específicamente el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, admite la limitación de los derechos económicos de los asociados, siempre que tales restricciones provengan exclusivamente de la ley y resulten proporcionales con la naturaleza de los derechos objeto de restricción, bajo la intención inequívoca de propender por el bienestar general en el seno de una sociedad democrática. Con base en esta disposición, la

43 En algunas legislaciones, aun a pesar de no constituirse regularmente una sociedad como persona jurídica, se extienden sus atributos especialmente en materia de limitación de riesgo, evitando que los terceros se aprovechen del beneficio de la responsabilidad directa de los asociados, cuando existen serios indicios que demuestren el reconocimiento intrínseco de dicha personalidad. Así, por ejemplo, en el derecho norteamericano se exponen las doctrinas del "*Corporation by Estoppel*" y "*De Facto Corporation*". La primera, alude a la protección de los asociados preservando el beneficio de la separación patrimonial, en aquellas circunstancias en las cuales los terceros le reconocen el atributo de la personalidad a una sociedad irregularmente constituida, y con posterioridad, ante problemas de insolvencia, pretenden derivar una responsabilidad directa de los socios por las operaciones sociales. La segunda, supone el actuar de los socios de buena fe en la constitución de la sociedad, observando las solemnidades legales y actuando los administradores dentro del marco objeto social. En esta modalidad de protección, el actuar con honestidad hace suponer la consolidación de una verdadera sociedad de derecho, es decir, "*De Jure Corporation*". (Véase, REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 1996).

Corte ya ha reconocido la responsabilidad solidaria de los socios de las sociedades de personas, por la naturaleza misma de las relaciones que surgen del contrato social, atendiendo a la dirección y coordinación directa e inmediata del ente societario por los asociados<sup>44</sup>.

Pero, así mismo, esta Corporación ha declarado exequible la limitación de riesgo de las sociedades anónimas, pues corresponden a una realidad jurídica distinta de las sociedades de personas y, por lo mismo, ante la inexistencia de una relación directa e inmediata en el manejo de la sociedad, es viable la preservación diferencial entre los patrimonios de los asociados y la sociedad. En la citada Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), expuso la Corte:

"[Esta Corporación] estima que el tratamiento diferencial que establece el artículo 794 del Estatuto Tributario, en el sentido de excluir de responsabilidad solidaria a los accionistas de las sociedades anónimas o asimiladas y a las cooperativas -salvo en lo relacionado con los cooperados que hayan ejercido la administración o gestión de la entidad-, quienes también responden solidariamente, se justifica como quiera que la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad, sólo es aplicable a determinados tipos de agrupaciones societarias, en donde la característica personal es un elemento relevante, como quiera que, el vínculo intuitu personae, es la característica esencial de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada e inclusive de las asociaciones de carácter colectivo, en las que es posible identificar una relación de gestión; evento que no ocurre con las sociedades anónimas o por acciones, en donde el factor intuitu personae se desdibuja, a tal punto que la gran mayoría de accionistas virtualmente se encuentran separados de la dirección o administración de la compañía, conforme a las propias reglas del Código de Comercio e inclusive de sus propios estatutos fundacionales. Para la Corte es evidente entonces, que las compañías de responsabilidad limitada o las colectivas, por su propia naturaleza jurídica y sus especiales características no se hallan en las mismas circunstancias fácticas frente a las sociedades anónimas, ni mucho menos a las cooperativas".

**25.** Conforme a lo expuesto, lo que si resulta indiscutible es que las personas asociadas no pueden ser llamadas a responder por el beneficio o lucro que reporten de la explotación de una actividad lícita, pues el supuesto del cual depende la existencia de la responsabilidad, es la comisión de un daño sobre los derechos de los demás.

44 En sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), expuso la Corte: "*A juicio de [esta Corporación], el establecimiento de un régimen solidario en asuntos fiscales, es un asunto propio del resorte del legislador, que en su condición de depositario del poder impositivo (art. 150-12 y 338 de la C.P.), está plenamente habilitado para determinar lo concerniente a la responsabilidad tributaria, sin que en la Constitución existan limitaciones sobre el señalamiento de los sujetos de la obligación tributaria o los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad solidaria, pues repárese, que a la luz de la Carta, es de competencia del legislador, tanto la determinación del régimen jurídico de las sociedades y demás personas jurídicas como la expedición, adición y modificación de las leyes relativas a impuestos (art. 150 numeral 12 y 338 superiores).(...) para la Corporación, es claro que cuando el legislador estableció la solidaridad, como un principio de carácter jurídico para asegurar el pago de los impuestos, a los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y suscriptores, en la forma prevista en el artículo 794 del Estatuto Tributario, modificado por el 163 de la Ley 223 de 1995, y adicionado por el artículo 108 de la Ley 488 de 1998, acusado, la limitó únicamente a prorrata de los aportes en la misma, y únicamente durante el tiempo que los socios hubieren poseído sus aportes en el respectivo período gravable, lo cual es una manifestación del ejercicio de las competencias que le corresponde ejercer al Congreso de la República, conforme a lo ordenado en los artículos 150-12 y 338, normas que habilitan al legislador para determinar el régimen jurídico tanto de las sociedades y de otras personas jurídicas, así como del ordenamiento tributario.*

*Sin embargo, cabe precisar que la responsabilidad de los socios para con el fisco, tiene que ver con los impuestos pertinentes a cargo de la compañía y no, naturalmente, por las sanciones tributarias que correspondan, como acertadamente lo dispone la norma acusada, ya que éstas sólo surgen por hechos propios de la sociedad en ejercicio del contrato social, y no por el comportamiento de los socios individualmente considerados. Igual prédica cabe respecto de los consocios, copartícipes y comuneros en razón a los vínculos jurídicos que entre ellos se generan, pues la previsión de la responsabilidad solidaria en materia tributaria, con ocasión del contrato social, no implica su extensión en caso de penas o sanciones a personas que no incurrieron en las causas que las motivan u originan, pues es claro que sólo las personas jurídicas pueden incurrir en ese tipo de situaciones jurídicas como quiera que sólo puede sancionarse a quienes cometen una falta tipificada por la ley tributaria, como consecuencia de una sanción, y no a unos terceros ajenos a ella, como serían los socios individualmente considerados, pues ello sería aceptar una especie de responsabilidad objetiva, en materia tributaria, proscrita por el ordenamiento jurídico (...).*

En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o "*disregard of the legal entity*" o "*piercing the corporate veil*" cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación<sup>45</sup>. Al respecto, ha sostenido la doctrina: "El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso"<sup>46</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil<sup>47</sup>; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio<sup>48</sup>; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995<sup>49</sup>; y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley<sup>50</sup>.

45 Véase, PINZÓN, Gabino. Op.Cit. Sociedades Comerciales. NARVÁEZ, José Ignacio, Op.Cit. Teoría General de las Sociedades. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Op.Cit. Personificación jurídica de la sociedad. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos, Editorial Doctrina-Ley, Bogotá, 1996. MOEREMANS. Daniel. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital.

46 NARVÁEZ, José Ignacio. Op.Cit. Teoría General de las Sociedades. Pág. 41.

47 Dispone la norma en cita: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

48 Determina la citada disposición: "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

49 Dispone la norma en cita: "Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestre que ésta fue ocasionada por una causa diferente".

Norma declarada exequible por sentencia C-510 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En esa ocasión se dijo por parte de esta Corporación: "Conviene recordar los presupuestos en que se funda la norma demandada, los cuales constituyen punto de referencia obligado para determinar si ella se ajusta o no a la Carta Política:

1. Se trata de una situación de concordato o liquidación obligatoria de la sociedad, es decir, de una circunstancia en la cual, ante la pérdida del equilibrio patrimonial de ella, debe buscarse, por mandato de la ley, un acuerdo con los acreedores para el pago de sus obligaciones, o la terminación forzosa de su objeto bajo la vigilancia estatal con el mismo propósito.

La jurisprudencia nacional igualmente ha tenido la ocasión de aplicar los principios de la teoría del levantamiento del velo corporativo. Así, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha hecho referencia a la modalidad anglosajona del "*deputization*", es decir, descorrer la separación cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural. El análisis acerca de su ocurrencia, tuvo lugar al interior de la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, cuando se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal<sup>51</sup>.

Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado (C.P. art. 90) por las omisiones en que puedan incurrir los órganos encargados de la inspección, vigilancia y control de los entes societarios.

2. La causa de las dificultades que se pretende conjurar mediante el concordato está constituida por actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante.

3. Tales actuaciones se producen, por definición legal, en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas.

4. Las mismas actuaciones tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos.

Ahora bien, el efecto jurídico que la disposición atribuye a la situación descrita es la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de la compañía sometida a concordato, que es su subordinada.

(...) no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados.

El actor cree encontrar en esta regla una inversión de la carga de la prueba, que contradice la presunción constitucional de inocencia, pero la Corte no acepta esa tesis, puesto que el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos. (...).

50 Determina la disposición en cita: "Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad, La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario".

51 Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de agosto de 1999, radicación No. 10641, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. En la citada providencia se expresa: "(...) Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o *lifting the veil*, conocida también en el derecho anglosajón como *disregard of legal entity*, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden. (...) La doctrina española (...) recuerda que los tribunales en algunas ocasiones han prescindido de la abstracción de la persona jurídica como realidad social a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de las personas que la forman, "cuando es utilizada como pantalla protectora para que se lleven a cabo actos en fraude de la ley o en perjuicio de terceros. En esto precisamente consiste la doctrina del <levantamiento del velo> de la persona jurídica. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, por lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, con la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes. Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar". (...) En la legislación colombiana se acepta el allanamiento de la personalidad jurídica en el ámbito de la contratación estatal en el ya citado artículo 8 ordinal 1o lit i) de la ley 80 de 1993. (...)."

26. Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los interés legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido.

La limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los interés legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido.

#### Estudio de la norma en concreto.

27. A juicio de los accionantes, el legislador al establecer en los artículos 252 y 373 del Código de Comercio la limitación de riesgo en las sociedades anónimas, incurrió en una omisión legislativa relativa, pues no previó una disposición especial que permita proteger los derechos de los trabajadores y pensionados en una situación fáctica concreta, cual es, el incumplimiento de la sociedad a las normas que regulan el pago de las acreencias laborales. En opinión de los demandantes, al igual que los socios de las sociedades de personas, los accionistas de las de las sociedades de capital, deben ser llamados a responder solidariamente por las obligaciones que surjan de la empresa social.

En esta medida, la Corte planteó como problema jurídico, si el legislador al reconocer el régimen de limitación de riesgos de los accionistas de las sociedades anónimas, incurrió en una omisión legislativa relativa al no consagrar disposiciones especiales para hacer responder solidariamente a los asociados por la insolvencia de la sociedad, cuando previamente dicha persona jurídica ha incumplido el deber de pagar o asegurar el pago de las acreencias laborales y, con posterioridad, sus activos resultan insuficientes para acreditar la cancelación de dichas obligaciones sociales.

28. Tal como se ha dejado sentado, la Constitución Política reconoce el derecho de asociación, como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.

Las sociedades anónimas constituyen una modalidad de forma asociativa creada con la finalidad de realizar las empresas que implican grandes capitales y suponen enormes riesgos,



necesarias para impulsar el crecimiento y el desarrollo económico como pilares esenciales de la Constitución Económica.

En aras de lograr dichos propósitos, el capital de las sociedades anónimas se divide en acciones de igual valor nominal que tienen como característica su libre circulación y, adicionalmente, suponen una absoluta separación patrimonial entre los socios y la sociedad, como manifestación de la existencia de un patrimonio propio, atributo de la personalidad de las personas jurídicas societarias<sup>52</sup>.

En este contexto, las sociedades anónimas son una modalidad de personas jurídicas creadas por el legislador, que no contravienen ningún valor, principio o derecho constitucional. Por el contrario, corresponden a una manifestación del ejercicio del derecho de asociación, y cuya limitación de riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la Constitución Económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado. Es claro que la ausencia de limitación de riesgos conduciría a la paralización del mercado público de valores y, por ende, afectaría gravemente la obtención de los beneficios de la economía mundial de producción. Así mismo, obstruir el desarrollo de la empresa mercantil mediante la desaparición de la teoría del riesgo limitado, se convertiría en una medida regresiva para el incremento de las tasas de empleo y para el aumento por vía impositiva de los recursos fiscales del Estado, los cuales se consideran herramienta indispensable para atender los gastos de inversión social que demanda la Constitución.

**29.** Por otra parte, las normas demandadas suponen la realización del principio de buena fe de los socios. En efecto, las sociedades anónimas gozan del beneficio de separación de riesgos como una expresión del patrimonio propio de las personas jurídicas. Dicho atributo de la personalidad tiene su origen en el ejercicio del derecho de asociación. Las disposiciones acusadas, en ningún momento, facultan a las sociedades, ni a los socios, para utilizar la limitación de riesgos con el propósito de defraudar los intereses de los trabajadores y pensionados.

**30.** La denominación de los tipos societarios, así como el alcance de sus atributos, se sujeta a la libre configuración normativa del legislador, con sujeción a los valores, principios y derechos previstos en la Carta Fundamental. En las disposiciones acusadas se plasma dicha competencia general del legislador, pues se limitan a reconocer la existencia de las sociedades anónimas, cuya separación patrimonial o limitación de riesgos, como atributo de las personas jurídicas, cumple los fines de impulsar el crecimiento y el desarrollo armónico de todos los operadores económicos de la nación.

**31.** Para defender a los trabajadores y pensionados de la supuesta omisión normativa impetrada por los demandantes, el ordenamiento jurídico ha establecido diversas herramientas legales de protección. Así, por ejemplo, esta Corporación lo ha reconocido en sentencias de tutela.

---

52 Así lo reconocen todas las legislaciones del mundo. Por ejemplo, el artículo 1º de la Ley 1564 de 1989 de España, según el cual: «En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales».



**Para defender a los trabajadores y pensionados de la supuesta omisión normativa impetrada por los demandantes, el ordenamiento jurídico ha establecido diversas herramientas legales de protección.**

Es preciso concluir entonces que lejos de existir una omisión legislativa relativa, la separación patrimonial prevista en las disposiciones acusadas, permiten el logro de diversos fines constitucionales y salvaguardan la integridad del derecho de asociación. Para la protección de los derechos de los trabajadores y pensionados, sin vulnerar los derechos de los empresarios, se han consagrado, entre otras, las siguientes herramientas jurídicas:

- La posibilidad de llamar a responder a los asociados cuando su conducta infiera daño a los trabajadores o pensionados, en atención al incumplimiento del deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*). (Artículo 2341 del Código Civil).
- La interposición de las acciones contra los asociados por el abuso en ejercicio del derecho de limitación patrimonial. (Artículo 830 del Código de Comercio).
- La interposición de acciones de simulación, paulina o revocatoria, en aras de reintegrar el patrimonio de la sociedad, cuando sean insuficientes los bienes para garantizar el pago de las obligaciones labores asumidas (artículos 1766 y 2491 del Código Civil, y los artículos 183 y 184 de la Ley 222 de 1995).
- La acción de nulidad de los contratos celebrados por la sociedad, cuando los mismos incurran en causa u objeto ilícito (artículos 1740 y subsiguientes del Código Civil y 899 y subsiguientes del Código de Comercio).
- La exigibilidad por parte de las autoridades de control de acreditar el pago efectivo de las reservas legales (artículo 452 del Código de Comercio).
- La imposibilidad de distribuir utilidades entre los accionistas mientras "*no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital social*" (artículo 151 del Código de Comercio).
- La responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que dolosa o culposamente ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros (artículo 200 del Código de Comercio).
- La responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas (parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995).
- La responsabilidad por actos defraudatorios de los socios (artículo 207 de la Ley 222 de 1995).

- La responsabilidad de los administradores por insuficiencia de los bienes para solucionar el pasivo externo, en casos de liquidación obligatoria de sociedades (artículo 206 de la Ley 222 de 1995).

- La responsabilidad por los perjuicios que se generen a los terceros por parte de los administradores y revisores fiscales, cuando omiten preparar y/o difundir los estados financieros (artículo 42 de la Ley 222 de 1995).

- La responsabilidad patrimonial del Estado por las fallas en la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales (artículo 90 de la Constitución Política)<sup>53</sup>.

**32.** Adicional a lo expuesto, la jurisprudencia de esta Corporación igualmente ha adoptado medidas protectoras de los derechos de los trabajadores y pensionados.

Cuándo los derechos a la igualdad y a la vida, pudieran afectarse por el temor a no recibir unas mesadas que para los pensionados son situaciones jurídicas concretas, caben los mecanismos preventivos para que el derecho no se torne nugatorio.

Los pronunciamientos de la Corte se han dirigido, en primer lugar, a ordenar al Ministerio de Protección Social evaluar la pertinencia de solicitar ante el Seguro Social, la conmutación pensional prevista en los Decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, cuando existen serios indicios sobre el riesgo por parte de una empresa para asegurar el pago de las pensiones actuales y futuras de sus trabajadores y pensionados. Para entender este fenómeno debe suponerse que el empleador no está obligado a aportar al Seguro Social o que decidió asumir por su propia cuenta las contingencias de seguridad social.

En Sentencia T-339 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte sostuvo que:

**"(...) UNA FORMA DE PROTECCIÓN: LA CONMUTACIÓN PENSIONAL**

Cuándo los derechos a la igualdad y a la vida, pudieran afectarse por el temor a no recibir unas mesadas que para los pensionados son situaciones jurídicas concretas, caben los mecanismos preventivos para que el derecho no se torne nugatorio.

En Sentencia T-299/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se dijo:

'El ordenamiento jurídico colombiano contempla un mecanismo dirigido a salvaguardar el derecho fundamental a la seguridad social de los pensionados de aquellas empresas que han asumido

<sup>53</sup> Un ejemplo lo constituye la asunción de responsabilidad subsidiaria del Estado en relación con las prestaciones sociales de la Empresa de Puertos de Colombia. Al respecto, el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991, dispone que: *"La Nación asumirá el pago de las pensiones de jubilación de cualquier naturaleza, de las demás prestaciones sociales y de las indemnizaciones y sentencias condenatorias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de Puertos de Colombia, así como su deuda interna y externa. (...)"*.

el pago de la carga prestacional y que se encuentran en una situación económica tal que puede poner en peligro la efectividad del anotado derecho fundamental.'

En efecto, el artículo 1° del Decreto 2677 de 1971 establece que la conmutación es un mecanismo excepcional en virtud del cual el I.S.S. sustituye a una empresa en el pago de las pensiones legales y convencionales. Por su parte, el artículo 2° del mismo decreto, en relación con la procedencia del mencionado mecanismo, dispone los motivos para la conmutación:

'Habrà lugar a conmutación cuando una empresa nacional o extranjera con pensiones de jubilación pendientes, entre en proceso de cierre o liquidación, o en notable estado de descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores'.

Los pasos para la conmutación son:

a) Solicitud, ante el Director del I.S.S., por los trabajadores, por éstos y la empresa en forma conjunta o, de oficio, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Decreto 2677 de 1971, artículo 4°; Decreto 1572 de 1973, artículo 1°)

b) Una vez que el Director del I.S.S. reciba la solicitud de conmutación pensional, dará traslado de ella al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para que éste, con el concurso de las entidades encargadas de la vigilancia del patrono o de la empresa de que se trate califiquen la situación de liquidación, descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento (Decreto 2677 de 1971, artículo 2°) mediante los estudios e investigaciones que sean necesarios.

c) Pero, el Ministro de Trabajo podrá ordenar *de oficio* los estudios antes mencionados y, en caso de considerarlo pertinente, solicitará él mismo la conmutación al I.S.S.

d) Si el concepto del Ministerio del Trabajo es favorable a la conmutación, el I.S.S. aceptará la solicitud, previo el trámite establecido en el artículo 4° del Decreto 1572 de 1973 y 5° del Decreto 2677 de 1971 (Decreto 1572 de 1973, artículo 3°). El cálculo de la suma que la empresa que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 2° del Decreto 2677 de 1971 deberá cancelar al I.S.S. para que éste asuma el pago de las obligaciones pensionales, así como la cancelación de la misma se rigen por las reglas fijadas en los artículos 4° a 11 del Decreto 1572 de 1973. (...)

[Con fundamento en lo expuesto, en la parte resolutive determinó]:

ORDENAR al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que asuma la competencia que le otorgan el artículo 4° del Decreto 2677 de 1971 y el artículo 1° del Decreto 1572 de 1973 y disposiciones pertinentes con el fin de que ordene los estudios que se mencionan en las normas antes anotadas y determine si se dan o no los supuestos entre la empresa (...) S.A. y el I.S.S.

En caso de encontrar que tales supuestos se verifican, solicitará al director del I.S.S. que la mencionada conmutación pensional se lleve a cabo, previos los trámites legales necesarios para que pueda procederse a la conmutación".

En segundo lugar, si no es posible adelantar el proceso de conmutación pensional y se ha incumplido el deber de otorgar garantía que acredite el pago de las pensiones, según lo previsto en el artículo 13 de la Ley 171 de 1961<sup>54</sup>, y adicionalmente, la sociedad se encuentra en un estado o proceso concursal, se ha ordenado el pago inmediato de pensiones como créditos

54 Dispone la norma en cita: "Toda empresa privada, cuyo capital no sea inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000) está obligada a contratar con una compañía de seguros y a satisfacción del Ministerio de Trabajo el cumplimiento de las obligaciones actuales o eventuales que la afecten en materia de pensiones..."

preferenciales (o gastos de administración), cuya exigibilidad inmediata a través de la acción de tutela, se encamina a proteger los derechos al mínimo vital y a la vida digna de los pensionados<sup>55</sup>.

En tercer lugar, cuando la sociedad se encuentra sujeta a las mismas hipótesis previamente reseñadas, carece de liquidez y su patrimonio es insuficiente para cancelar las obligaciones pensionales; la Corte ha aplicado transitoriamente el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, entendiendo que la norma permite cobrar a las sociedades controlantes el pago de las acreencias pensionales, mientras el juez ordinario determina si la situación de concordato o de liquidación obligatoria fue producida por la causa o con ocasión del control, pues en dicho caso opera por mandamiento legal una responsabilidad subsidiaria. Sin embargo, puede la sociedad controlante desvirtuar la presunción de culpa sobre la situación de concordato o de liquidación obligatoria como producto o causa del control y, por ende, exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad. Al respecto, la Corte se ha pronunciado en Sentencias SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y SU-636 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

En consecuencia, los derechos de los trabajadores y pensionados no sólo cuentan con herramientas legales de protección, sino también con diversas alternativas de defensa producto de la jurisprudencia. Si bien las decisiones de la Corte, en materia de tutela, por regla general, tienen efectos inter partes, no por ello dejan de ser aplicables a situaciones similares en respuesta al contenido normativo del principio de igualdad.

**33.** La Corte llama la atención sobre la aplicación que debe tener la figura de la "prelación de créditos", prevista en los artículos 2493 y subsiguientes del Código Civil. La prelación, según la teoría general de las obligaciones, no es asunto que deba respetarse exclusivamente

Cuando la sociedad se encuentra sujeta a las mismas hipótesis previamente reseñadas, carece de liquidez y su patrimonio es insuficiente para cancelar las obligaciones pensionales; la Corte ha aplicado transitoriamente el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, entendiendo que la norma permite cobrar a las sociedades controlantes el pago de las acreencias pensionales, mientras el juez ordinario determina si la situación de concordato o de liquidación obligatoria fue producida por la causa o con ocasión del control, pues en dicho caso opera por mandamiento legal una responsabilidad subsidiaria.

55 Véase, sentencia T-014 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

durante el trámite de los procesos concursales, sino que también obliga durante la vida ordinaria de la sociedad. De manera que, no podría considerarse ajustado a derecho, la actitud de algunas sociedades consistente en darle prelación al pago de obligaciones distintas a las laborales, deshonrando la preferencia prevista por el legislador. Una actitud en dicho sentido, podría considerarse defraudatoria de los intereses de los trabajadores y pensionados<sup>56</sup>.

**34.** Finalmente, para la Corte es evidente que la declaratoria de inexequibilidad condicionada solicitada por los accionantes, conduciría a desconocer el derecho a la confianza legítima de los inversionistas y accionistas de capital y, además, resultaría contraria al modelo económico de la Constitución.

Lo anterior, no es óbice, para que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración normativa, amplíe los mecanismos de protección laboral previstos en el ordenamiento a favor de los trabajadores y pensionados, extendiendo la responsabilidad de los socios de las sociedades de riesgo limitado a otras realidades sociales y jurídicas, que impliquen la indispensable necesidad de adoptar medidas interventoras y correctoras que tornen válidos los mandatos de la economía social de mercado.

## VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

**PRIMERO.-** INHIBIRSE para pronunciarse sobre las expresiones: *"Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta la concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos"*, previstas en el inciso 1° del artículo 252 del Código de Comercio, e igualmente en torno a las expresiones: *"En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo"*, contenidas en el inciso 2° del mismo artículo 252 del Código de Comercio, por ausencia de cargos de inconstitucionalidad.

**SEGUNDO.-** Declarar EXEQUIBLE las expresiones: *"En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales"*, previstas en el inciso 1° del artículo 252 del Código de Comercio, por el cargo analizado. De igual manera, se declara EXEQUIBLE las expresiones: *"(...) responsables hasta el monto de sus respectivos aportes (...)"*, contenida en el inciso 1° del artículo 373 del Código de Comercio, por el cargo analizado.»

56 Véase, sentencia T-458 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

# Conceptos

*Almacenes generales de depósito*

*Lista Clinton. Servicios financieros. Aportes  
pensionales*

*Sociedades anónimas. Escisión.*

*Entidades vigiladas*

*Relación de algunos conceptos proferidos por  
la Superintendencia Bancaria de Colombia  
diciembre de 2004 - febrero de 2005*



## Almacenes Generales de Depósito

*Concepto 2004039002-0 del 21 de diciembre de 2004*

**Síntesis:** *Los Almacenes Generales de Depósito son establecimientos de comercio y sus bodegas pueden gozar de la característica de sucursal o agencia.*

«(...) mediante la cual formula la siguiente consulta:

*"1. Si un Almacén General de Depósito tiene varias bodegas en una ciudad, dependientes de una mis-*

*ma oficina (sucursal o agencia), ¿cada bodega debe inscribirse separadamente en el registro mercantil, o se puede simplemente incluirlas como activos asociados en el registro mercantil de la oficina de la que dependen?*

*"2. En caso de que, en su opinión, las bodegas deban registrarse separadamente, ¿se deben registrar como agencia, o se pueden registrar como establecimientos de comercio?"*

Al respecto proceden los siguientes comentarios:

Debemos partir de señalar que la calidad de comerciante le es inherente a los almacenes generales de depósito, pues según las voces del artículo 10 del Código de Comercio *"Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles"*, y dentro de tales actividades señala el numeral 13 del artículo 20 ibídem *"Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones y suministros (...)"*.

Así mismo, es pertinente recordar la definición de establecimiento de comercio, el cual según el artículo 515 del Régimen Mercantil es *"(...) un conjunto de bienes organizado por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales"*.

Por otra parte, para los efectos del asunto que nos ocupa deben tenerse presentes los conceptos de sucursal y de agencia, a los

La calidad de comerciante le es inherente a los almacenes generales de depósito, pues según las voces del artículo 10 del Código de Comercio *"Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles"*, y dentro de tales actividades señala el numeral 13 del artículo 20 ibídem *"Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones y suministros (...)"*.

cuales aluden los artículos 263 y 264 íbidem, en los siguientes términos:

*"Art. 263.- Son sucursales los establecimientos comerciales abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad".*

*"Art. 264.- Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla".*

Bajo este escenario, se precisa que los Almacenes Generales de Depósito se constituyen bajo la forma de sociedades anónimas de carácter comercial y, en consecuencia, les es atribuible la calidad de comerciantes, los cuales se rigen principalmente por las normas del derecho privado establecidas en el Código de Comercio, en tanto no pugnen con aquellas de índole especial que les son aplicables en su calidad de entidades auxiliares de crédito, contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tal y como lo prevé de manera expresa el artículo 2034 del Código de Comercio.

Así las cosas, en cuanto se refiere a las bodegas, entendidas éstas como el lugar en el cual se depositan o almacenan las mercancías en virtud del desarrollo del objeto social del almacén de depósito, se puede inferir que a las mismas independientemente de la calidad de establecimiento de comercio que les sea imputable, bajo el imperio de las normas comerciales, y en razón del carácter que el ente de administración interno y competente les asigne operativamente, pueden igualmente gozar de la característica de sucursal o de agencia, en los términos de las normas citadas al respecto, casos para los cuales debe surtirse ante la Cámara de Comercio del lugar de su ubicación, el registro mercantil pertinente.

De no asignarse una de las calidades últimamente anotadas a una bodega, procede su registro en la forma que normalmente ha venido realizándolo el correspondiente almacén de depósito, aclarando que una sucursal o una agencia pueden tener bajo su dirección o responsabilidad, en forma indistinta, una o más bodegas registradas, por ejemplo, como establecimientos de comercio.»

## Lista Clinton - Servicios Financieros - Aportes Pensionales

*Concepto 2004066219-4 del 21 de diciembre de 2004*

**Síntesis:** Alcance de la Lista Clinton y efectos para el acceso a los servicios financieros. Actuaciones pendientes y consideraciones en el caso de pagos de aportes y afiliaciones al Sistema General de Pensiones y pensiones voluntarias de personas incluidas en la Lista Clinton.

«(...) En relación a la comunicación radicada en esta Superintendencia bajo el número de la referencia, mediante la cual solicita se le dé una solución pronta y eficaz a las denuncias que

por violación a sus derechos han elevado ante diferentes instancias y ante esa Comisión los señores (...), debo señalar lo siguiente:

En primera instancia, la Superintendencia Bancaria en atención a diversas solicitudes allegadas no sólo por los mencionados señores sino por otras autoridades como la Defensoría del Pueblo, ha dado oportuna respuesta a todos y cada uno de los requerimientos formulados en torno al alcance de la inclusión del nombre de un ciudadano colombiano en la denominada "Lista Clinton" y sus efectos frente al acceso de los servicios financieros prestados por las entidades vigiladas<sup>1</sup>.

Dicha posición -la sostenida por el ente de control de tiempo atrás- fue expuesta ampliamente en la audiencia a la que alude en su oficio, realizada por (...), el 18 de noviembre de 2004, razón por la cual en el presente escrito encontrará una reiteración de lo ya manifestado anteriormente, respecto de la imposibilidad legal que tiene el ente de control para obligar a las entidades financieras y aseguradoras a desarrollar la actividad autorizada por fuera del principio general aplicable a las mismas de la "autonomía de la voluntad privada".

### Sistema Financiero y Asegurador

En ese sentido, debemos comenzar por señalar que la Superintendencia Bancaria en su condición de organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ejerce las funciones expresamente señaladas en materia de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que realicen la actividad financiera y aseguradora, entre otras.

Para ejercer tales funciones la ley la ha dotado de una serie de facultades, entre las cuales se encuentra la de velar porque las actividades que realicen en desarrollo de su objeto social se ejecuten en cumplimiento de la ley<sup>2</sup>. Sin embargo, en ejercicio de dichas facultades no puede ordenar que se cumplan determinados actos o hechos, porque, como lo manifestó la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Consejo de Estado, "... la nota característica de la competencia que para vigilar los bancos tiene el Superintendente, consiste en su capacidad para impedir que se ejecuten actos o hechos peligrosos y no la de ordenar que se cumplan determinados actos o hechos, en especial aquéllos íntimamente vinculados con los contratos celebrados con la clientela o los que regulan las relaciones con los accionistas"<sup>3</sup>. (Resaltado fuera de texto).

De otro lado, frente a los argumentos esgrimidos en torno a que la actividad financiera constituye un servicio público<sup>4</sup>, esta Entidad recuerda que efectivamente como servicio

1 Conceptos de este año radicados bajo los números 2004006247-1, 2004019815-1, 2004047010-1, 2004019816-1, 2004026509-1, 2004015605-1, 2004053989-1, 2004066219-1, entre otros.

2 Artículo 325, numeral 1, letra b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

3 Sentencia de junio 12 de 1975, Expediente 2945, Consejero Ponente doctor Miguel Lleras Pizano.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, señala: "De los precedentes textos constitucionales aparece que la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1o. Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de servicio público que se le atribuyó desde 1959(...)" (resaltado fuera de texto).

público debe ser prestado conforme a la ley<sup>5</sup> y el régimen jurídico que gobierna esas relaciones -entre usuarios y prestadores de dicho servicio- es el contenido en las disposiciones legales aplicables<sup>6</sup>.

Pues bien, por mandato del Código de Comercio<sup>7</sup> a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria se les aplican las disposiciones de dicho código y allí se establece que los principios que rigen la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley mercantil establezca otra cosa<sup>8</sup>. En la medida en que en nuestra ley civil los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual<sup>9</sup> rigen la celebración y extinción de las obligaciones y negocios jurídicos, ellos resultan aplicables expresamente al desarrollo de la actividad financiera y aseguradora.

No obstante, debe advertirse que al decir de la Corte Constitucional<sup>10</sup>, este principio no es absoluto en tratándose de la actividad bancaria, pues si bien las entidades vigiladas gozan de autonomía para decidir si celebran o no un determinado contrato, dicha facultad, la de decidir si se abstienen de celebrar un contrato con determinada persona o si lo dan por terminado unilateralmente, se encuentra sujeta a la acreditación de razones objetivas que respalden tal decisión. Una decisión injustificada podría conllevar a lo que ha denominado la Corte Constitucional "Bloqueo Financiero Injustificado"<sup>11</sup>.

En esta medida para el caso de la actividad financiera y aseguradora y, en general, para toda aquella relacionada con el manejo de recursos del público, el principio de autonomía de la voluntad está limitado, debido a que las entidades vigiladas solamente se encuentran facultadas

5 Constitución Nacional. Artículo 335. "La actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito. (resaltado fuera de texto).

6 Constitución Nacional. Artículo 365. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

7 Artículo 2034 C.Co.

8 Artículo 822 Idem.

9 Artículos 1494, 1502 y 1602 Código Civil.

10 Véase Sentencias SU -157 de 1999 T-468 de 2003.

11 Sobre este tema, señala la Sentencia T-468 de 2003 lo siguiente: "*De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, este fenómeno se configura, cuando se presentan las siguientes condiciones:*

"b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero...".

"b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca...".

"b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público...".

"b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión (...)".

para negarse a celebrar un contrato, cuando se presenten las causales objetivas señaladas por la jurisprudencia, como antes se anotó.

Ahora bien, al referirse la misma Corte Constitucional a los efectos que trae la inclusión de un nombre en la "Lista Clinton" y en concreto a las implicaciones que tiene en cuanto hace al acceso al sistema financiero y asegurador, en la Sentencia T-468 de 2003, señaló " (...)no significa que la Constitución le imponga a las instituciones financieras restricciones desproporcionadas que desborden el núcleo esencial del derecho a la autonomía privada, como serían la obligación de aprobar automáticamente todo tipo de créditos, '(...) pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente (...) ' ". (Resaltado fuera de texto).

Con base en esas consideraciones se puede afirmar que para la Corte Constitucional aunque sí reconoce el principio de autonomía contractual a las entidades financieras y aseguradoras, con algunas limitaciones dado que se trata de actividad de interés público, la naturaleza personalísima de las relaciones contractuales que éstas celebran con sus clientes permite la implementación de los mecanismos de control señalados que tienen como finalidad el conocimiento adecuado del cliente y la medición de riesgos<sup>12</sup>.

Ahora bien, la posibilidad de que tales riesgos se presenten hace factible que las entidades vigiladas puedan abstenerse válidamente de celebrar contratos con sus potenciales usuarios, (v. gr. la apertura de cuentas bancarias, contratación de pólizas de seguros etc.), sin embargo, tal decisión deberá tener como fundamento la existencia de causas objetivas y razonables que la justifiquen.

Sobre este particular, y en relación con los efectos del documento emitido por las autoridades norteamericanas (Orden Ejecutiva No. 12.978 del Presidente de los Estados Unidos de América) la Corte Constitucional en Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, expresó que<sup>13</sup> *'La banca Colombiana considera que la lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los Norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos 'traficantes de narcóticos'.*

"La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca Norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos 'reflejo' de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los

12 Tales riesgos al decir de la Corte Constitucional son: 1) Riesgos de reputación, 2) Riesgos operativos, 3) Riesgos legales y 4) Riesgos de concentración.

13 A este respecto, debe recordarse que conforme al artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 que *"Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares"*.

La lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca.

ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, ***el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país***, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca<sup>14</sup> (Resaltado fuera de texto).

Sobre este mismo tema, en Sentencia T-468 de 2003 manifiesta la Alta Corte que la situación de indefensión económica en que se encuentran las personas incluidas en el citado documento, no es imputable a las instituciones financieras, pues, se insiste, *se trata de una causal razonable y objetiva* que justifica la negación de acceso a los servicios ofrecidos por las entidades. Igualmente, no puede desconocerse, tal como lo reconoce la Corte en la providencia en estudio y conforme lo consagra el mismo documento -Lista Clinton-, *la vinculación jurídica con las personas allí incluidas traería graves consecuencias económicas para la banca colombiana* v. gr., confiscación del dinero depositado, terminación de contratos de corresponsalía con la banca extranjera etc.

Como se advierte de lo señalado por el elevado Tribunal en dichos proveídos, la inclusión de una persona en el documento emanado de las autoridades norteamericanas *es una causal razonable y objetiva* que justifica la decisión de la banca de no realizar operaciones con ella. Según la Corte, *obligar a los bancos a contratar con personas incluidas en la lista en comento precisamente implica riesgos inminentes para la banca y los ahorradores colombianos* por las posibles consecuencias que podría traer para tales entidades. Por ello, la orden ejecutiva en mención puede ser aplicada por los bancos en virtud de la libertad contractual que rige la celebración de sus contratos y en desarrollo de los mecanismos de prevención de riesgos antes citados.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto y siendo reiterativos, se considera clara la imposibilidad jurídica de esta Superintendencia de ejercer control frente a los efectos de una decisión emitida por organismos extranjeros y por tanto de instruir u obligar a las institucio-

14 Sentencia Corte Constitucional SU-157 del 10 de marzo de 1999.



nes financieras a contratar con las personas relacionadas en la solicitud, así como implementar cualquier otro mecanismo que le de una solución a los problemas de acceso a los servicios bancarios y de seguros, siendo las mismas entidades las que deben evaluar en forma prudente los riesgos de contratar con personas incluidas en la lista, dadas las consecuencias que podrían generarse para ellas.

En lo que concierne a las pensiones voluntarias, en la medida en que los fondos no forman parte del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y su naturaleza es eminentemente contractual, sus administradoras gozan de autonomía para la vinculación de sus afiliados y, dentro de las condiciones de sus contratos (reglamentos), pueden establecer aquellas encaminadas a determinar la pérdida de la calidad de partícipe de cada fondo.

En los anteriores términos quedan atendidos los casos correspondientes a la negativa de celebrar contratos bancarios o de seguros y sus terminaciones unilaterales por parte de las instituciones vigiladas. En el punto siguiente se trata el tema de los casos atinentes a pensiones voluntarias y obligatorias.

### Sistema general de pensiones

En lo que atañe a la negativa de las administradoras de recibir el pago de los aportes o cancelar las afiliaciones al Sistema General de Pensiones o a los Fondos de Pensiones Voluntarios, esta Superintendencia en la actualidad viene adelantando varias actuaciones entre las que se cuentan las iniciadas en relación con los numerales 1 y 7 de los hechos expuestos en la comunicación fechada el 25 de noviembre de 2004 y dirigida a la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias de la Cámara de Representantes. En virtud de lo anterior, los pronunciamientos de la Superintendencia sobre el particular se darán a conocer cuando culminen las correspondientes actuaciones.

No obstante lo anterior, cabe anotar que en lo que concierne a las pensiones voluntarias, en la medida en que los fondos no forman parte del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y su naturaleza es eminentemente contractual, sus administradoras gozan de autonomía para la vinculación de sus afiliados<sup>15</sup> y, dentro de las condiciones de sus contratos (reglamentos), pueden establecer aquellas encaminadas a determinar la pérdida de la calidad de partícipe de cada fondo.

En cuanto al tema de la afiliación al sistema general de pensiones, el derecho de petición fechado el 25 de noviembre de 2004, hace alusión al caso del señor (...), el cual dio lugar a

15 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 173 numeral 4 literal a).

que esta Superintendencia sancionara a (...) S.A. a través de las Resoluciones 403 d el 10 de abril de 2002 y 416 del 11 de abril de 2002, las cuales debieron revocarse en la medida en que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, para la fecha en que tales sanciones fueron impuestas, se encontraba caducada.

Cabe agregar que en el fallo proferido el pasado 3 de diciembre por el Juzgado Cincuenta y Uno Civil Municipal, dentro de la acción de tutela impetrada por la Cooperativa (...) contra (...)S.A., el juez se pronunció de la siguiente manera:

"No cabe la menor duda que la negativa de la entidad demandada de recibir las cotizaciones para el concepto de pensión, que favorecerían a las personas naturales demandantes, estaría conllevando a que ellos vean en un futuro perjudicada su aspiración de acceder a su pensión, y de contera, la de su mínimo vital. Por lo que la negativa de parte de la entidad demandada, a recibir los aportes para pensión de parte de (...), a favor de sus trabajadores asociados, en principio configuraría vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes.

"Sin embargo, no puede perderse de vista que la entidad demandante (...), está incluida en la 'Lista Clinton', tal y como lo admiten los extremos de la litis, y tampoco debe dejarse pasar por alto que, tal y como se expuso con anterioridad, la mayoría de las instituciones del sector financiero se encuentran en una situación de desventaja e indefensión frente a una orden emanada del Gobierno Norteamericano, debido a sus nexos con los bancos de Estados Unidos, y por lo tanto, los efectos de la aplicación de esa orden ejecutiva podrían repercutir negativamente en la solidez financiera y seriedad de la entidad demandada.

**"Así, considera el Juzgado que debe prevalecer el interés general y la seriedad y solvencia que debe brindar el servicio público de seguridad social ofrecido por la entidad demandada para con los demás afiliados al fondo de pensiones Porvenir S.A., y por esta razón no hay lugar a ordenar a la accionada recibir los aportes para las pensiones de los accionantes".** (Resaltado fuera de texto)

### Banca Pública y Banca Privada

Por último, en la parte final de la comunicación del 24 de noviembre pasado suscrita por miembros de la familia (...) se indaga por "... cuáles serían las diferencias para impedir el acceso de la misma a una persona incluida en la LISTA CLINTON, de abrir o solicitar la apertura de una cuenta corriente o de ahorros en un banco privado y uno oficial...".

Sobre este aspecto los artículos 85 y 97 de la Ley 489 de 1998 establecen que las empresas industriales del Estado y las sociedades de economía mixta *son organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del Derecho Privado*, motivo por el cual todo lo dicho en este oficio aplica sin consideración a la naturaleza pública o privada de la institución vigilada prestadora del servicio.

Es más, el inciso segundo del artículo 87 de la mencionada Ley 489 ordena que "(...) las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas", circunstancia que corrobora que la naturaleza pública o privada no hace diferencia en la prestación del servicio por parte de las entidades sometidas al control y vigilancia de esta Superintendencia.»

## Sociedades Anónimas - Escisión - Entidades Vigiladas

*Concepto 2004068615-0 del 31 de diciembre de 2004*

**Síntesis:** *El régimen de las sociedades anónimas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia no está regulado íntegramente por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La escisión, en el ámbito financiero y comercial, obedece a los mismos principios de protección de los accionistas. La protección de los accionistas y el tratamiento de reforma estatutaria a la escisión; la mayoría decisoria aplicable en las escisiones.*

«(...) me permito expresarle algunas consideraciones respecto de la aplicabilidad del inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995 en escisiones de empresas y patrimonios correspondientes a sociedades anónimas sometidas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia (en adelante, "SBC").

Dada la anterioridad y especialidad de las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante, "EOSF") referentes a la escisión, se pregunta si éstas hacen inaplicable o no, en el ámbito de las sociedades sometidas a vigilancia de la SBC, el régimen societario general propio de dicha materia, en particular en lo previsto expresamente en el inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995.

### **A. Premisas de tipo general.**

1. El régimen societario de las sociedades anónimas sometidas a vigilancia de la SBC no está regulado íntegramente por el EOSF.

Dado el carácter especial de la legislación financiera respecto del régimen societario general, es necesario precisar que dicha especialidad no excluye por completo la aplicación de principios y reglas propios de dicha regulación general, como quiera que el EOSF no constituye, ni un caso de regulación íntegra -o única- de la materia, ni un caso de regulación completa -o autosuficiente- de la misma<sup>1</sup>. De lo que se trata es de establecer, preservando el orden de prelación que implica el carácter especial de dicha regulación financiera, si determinados principios y reglas de la legislación mercantil general en materia societaria, son aplicables o no en el caso de las sociedades sometidas a la vigilancia de la SBC. Y tales reglas generales, de ser aplicables, pueden ser imperativas o simplemente dispositivas o supletorias.

2. La anterioridad de una disposición especial no excluye la aplicación de una disposición general posterior que tenga la misma jerarquía y que se refiera a un aspecto no regulado en la legislación especial anterior.

<sup>1</sup> Crf, PINZÓN, Gabino, *Introducción al derecho comercial*, Ed. Temis, Bogotá, 1985, Pág. 51.

La antinomia entre disposiciones especiales y generales simultáneamente vigentes se resuelve a favor de la norma especial, partiendo del principio de que ambas regulan la misma materia<sup>2</sup>. Esta regla implica entonces la posibilidad de aplicar la disposición general si la misma regula un aspecto no contemplado en la legislación especial, y si lo hace de manera que no sea incompatible con dichas disposiciones especiales.

Cuando las normas cuya eventual oposición se examina entran en vigencia en momentos distintos, por regla general se prefiere la disposición especial posterior<sup>3</sup>. Pero dicha regla general no es absoluta, y no excluye la aplicación de una regla general posterior que no se oponga a la regulación especial preexistente al regular asuntos no previstos en ella<sup>4</sup>.

## B. El caso concreto: ¿El inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1985 resulta incompatible con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 67 del EOSF?

1. La escisión, tanto en el ámbito especial financiero como en el general comercial, obedece a los mismos principios de protección de accionistas.

La escisión fue prevista en la legislación financiera -e, incluso, en la legislación tributaria- con anterioridad a su consagración en la legislación mercantil general. Ello se hizo mediante una norma, el artículo 11 de la Ley 45 de 1990, que no implica ninguna especificidad propia de las escisiones en materia financiera en cuanto a principios de protección de accionistas se refiere; y quizás por eso la disposición en cuestión es una transcripción literal de un artículo, el 180, previsto en uno de los dos proyectos elaborados en 1970 con ocasión de la revisión

2 Ley 57 de 1887, art. 5.

3 Ley 153 de 1887, arts. 1° y ss., en especial 2 y 3; Código Civil, arts. 71 y 72.

4 Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado los criterios que sirven de base para el análisis que se hace:

*"Lex posterior generalis non derogat priori speciali" y "legi speciali per generalem non derogatur", son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementan la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: La ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera, o que entre ellas exista incompatibilidad.(-) Aquellos principios aparecen desarrollados en nuestro derecho positivo. Dicen los artículos 71 y 72 del Código Civil que hay derogación tácita "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley". Ello significa que si las normas pueden conciliarse y, por lo tanto, no pugnan en razón de la especialidad de unas y de la generalidad de otras o por ocuparse de materias distintas, no se opera la derogación tácita.(-) Con idéntico criterio, los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887 establecen el principio de la prevalencia de la ley posterior, pero lo limitan en sus alcances al expresar que hay insubsistencia de una disposición: 1° Por "declaración expresa del legislador" 2° Por "incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores"; que no por aparente incompatibilidad con disposiciones generales posteriores. Y es apenas lógico que así sea, porque ordinariamente no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singularísimas de una materia específica, y las que se dictan posteriormente en razón de condiciones generales que no correspondan a las características peculiares y requerimientos particulares del asunto regulado en aquellas. Para estos casos, la insubsistencia de los ordenamientos especiales anteriores sólo procede en virtud de mandato expreso del legislador o en el evento, de rara ocurrencia, en que haya verdadera incompatibilidad, y 3° Por "existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería". Ello implica que si las materias son diferentes y si el nuevo estatuto no reglamenta, de manera específica, los puntos concretos de que se ocupaban los anteriores preceptos, subsistirán estos últimos. (Consejo de Estado, Sent. Ene. 30/68)".*

En el mismo sentido, y citando sentencia posterior del mismo Consejo, en la doctrina sobre servicios públicos se expresa lo siguiente:

*"3. Ley anterior y posterior; y formas de derogación: (...) La Ley 153 de 1887, en los artículos 1° a 48, reguló en mayor detalle que la Ley 57 el problema de con fectos de leyes en el tiempo, o de oposición entre ley anterior y posterior. Las reglas generales de la ley en esta materia, pueden enunciarse así: (-) La ley posterior prevalece sobre la ley anterior (artículo 2). Es muy importante advertir, según la doctrina y la*

del proyecto de Código de 1958<sup>5</sup>. La referencia a la subdivisión de la "empresa" y al patrimonio" de una entidad, tomada del proyecto mercantil de 1970 y consagrada en materia financiera en 1990, no implica principios distintos respecto de la escisión legalmente descrita en la legislación mercantil de 1995 como la transferencia en bloque o subdivisión del mero "patrimonio" de la sociedad escindida.

Y ello es así porque tanto en las sociedades anónimas vigiladas por la SBC como en las sociedades anónimas sujetas íntegramente al régimen societario general, subyace, por expresa definición legal, un *contrato* de sociedad regido por los mismos principios en cuanto a derechos y obligaciones de los contratantes, es decir, de los accionistas, independientemente de las diferencias de régimen propios de las *empresas y patrimonios* vinculados a las sociedades vigiladas por la SBC.

Debe añadirse que si mediante la ley 45 de 1990 se quería posibilitar o agilizar procedimientos de reestructuración de patrimonios, este específico propósito de agilidad que, por lo demás, no tiene nada de original, pues es un denominador común de la materia comercial, no implicaba ni implicó principios distintos en lo que se refiere a la protección de los accionistas.

2. La protección de los derechos de los accionistas con ocasión de una escisión obedece a los mismos principios en materia financiera y en materia mercantil general; se obtiene a través de reglas cuyas disimilitudes no excluyen la aplicación del inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995 en el caso de sociedades vigiladas por la SBC.

a) La decisión mayoritaria como primera forma de protección. La primera forma de protección de los accionistas, común a la materia mercantil y a la materia financiera, consiste en darle a la escisión el tratamiento propio de una reforma estatutaria. Gracias a ese tratamiento legal, las transferencias patrimoniales propias de la escisión no pueden ser decididas autónomamente por los administradores y la decisión en cuestión corresponde privativamente a la asamblea general de accionistas, es decir, a los asociados colectivamente considerados, con el lleno de los requisitos legales y estatutarios aplicables a la integración y funcionamiento de dicha asamblea (convocatoria, lugar, quórum, mayoría decisoria). En el caso financiero, en el tercer inciso del artículo 67 del EOSF se señala que la mayoría decisoria -pues así hay que entender la impropia referencia al "quórum"- aplicable es la misma estatutaria o legal que rige para la fusión; y en

---

*jurisprudencia, esta regla solo se aplica cuando ambas normas son generales; una norma especial no desaparece por simple oposición con una nonna posterior general (Consejo de Estado, ponente Guillermo Benavides Melo, "Sentencia del 29 de abril de 1988". Expediente 326, inédita. ). Se ha acogido, pues, en Colombia, el principio "lex posterior generalis non derogat priori speciali". (-) Una disposición legal se estima insubsistente por incompatibilidad con disposición especial posterior (artículo 3°). Es la llamada "derogación tácita". Ya había dicho el legislador que la norma posterior deroga la anterior; de modo que aquí pone de presente el privilegio que otorga a la norma especial, que ha de aplicarse por encima de cualquier norma, general o especial, anterior.(-) Las disposiciones legales incongruentes se armonizarán de acuerdo con la crítica y la hermenéutica, dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional (artículo 5°). La incongruencia, por lo tanto, no da siempre lugar a sostener que ha habido una derogación tácita, sino que debe provocar esfuerzos de armonización. (-) Una ley que regula íntegramente una materia, deroga todas las normas anteriores sobre ella (artículo 3°). Se trata aquí de la "derogación orgánica" obsérvese que el principio de la 'organicidad' de la legislación toma preferencia sobre el de la especialidad o generalidad, y sobre el de la temporalidad. (-)Una disposición legal se estima insubsistente por declaración expresa del legislador (artículo 3°). Es la "derogación expresa". PALACIOS MEJÍA, Hugo. *El Derecho de los Servicios Públicos*, Ed. Derecho Vigente SA., p. 240-241.*

5 *Revista de Derecho Mercantil*, Órgano del Colegio de Abogados Comercialistas, Año 2, Abril de 1973, Tomo 2, Pág. 221, "Proyecto de Código de Comercio -Exposición de Motivos. Libro Segundo. De las Sociedades Comerciales-Observaciones Preliminares", Proyecto preparado por Humberto Mesa G., Luis Carlos Neira A., José Gabino Pinzón M., León Posse A.

el artículo 4o. de la Ley 222 de 1995 se establece que la mayoría exigible es la prevista en la ley o en los estatutos para las reformas estatutarias.

Si se examina la regulación de la fusión prevista en el EOSF, se advierte cómo en ella no se establece en ninguna regla cuál es la mayoría decisoria que debe decidir la fusión, lo cual implica remitirse, con base en la regla de reenvío del numeral 1 del artículo 55 del propio EOSF, al Código de Comercio, estatuto en cuyo artículo 173 -mencionado en forma expresa, por cierto, en el parágrafo del numeral 2 del artículo 56 del EOSF- se preveía una mayoría estatutaria especial, la estatutaria o la de la disolución anticipada, para decidir la fusión. Dicha norma del Código fue modificada en la Ley 222 de 1995, en cuyo artículo 68 se estableció una regla general sobre quórum y mayorías en virtud de la cual, salvo los casos de los artículos 155, 420-5° y 455 del Código, las decisiones se toman por mayoría de los votos presentes, pudiéndose pactar una mayoría superior en el caso de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores.

Así las cosas, en materia financiera, la mayoría decisoria a que hace referencia el inciso tercero del artículo 67 del EOSF, regla cuya especialidad nadie pone en duda, se establece remitiéndose al Código de Comercio, también modificado en este aspecto por la Ley 222 de 1995, regla cuyo carácter general también es indudable. Y ello ocurre sin que nadie considere vulnerado el principio de especialidad de la legislación financiera.

Debe añadirse que en la doctrina nacional nunca se ha discutido la diferencia entre mayorías generales u ordinarias, por una parte, y las mayorías especiales, por la otra; y que nunca se ha sostenido que las mayorías especiales - independientemente de si son estatutarias o legales, y de si en este último caso se señalan en forma imperativa o no- tengan un carácter excepcional, por lo cual la aplicación a una sociedad vigilada por la SBC de una regla sobre mayorías especiales proveniente del régimen general de la escisión, es simplemente consecuencia de la integración del régimen legal propio de la escisión de sociedades.

Debe añadirse que en la doctrina nacional nunca se ha discutido la diferencia entre mayorías generales u ordinarias, por una parte, y las mayorías especiales, por la otra; y que nunca se ha sostenido que las mayorías especiales -independientemente de si son estatutarias o legales, y de si en este último caso se señalan en forma imperativa o no- tengan un carácter excepcio-



nal, por lo cual la aplicación a una sociedad vigilada por la SBC de una regla sobre mayorías especiales proveniente del régimen general de la escisión, es simplemente consecuencia de la integración del régimen legal propio de la escisión de sociedades.

b) La acción de impugnación es una forma específica de protección de los accionistas disidentes y ausentes. Como consecuencia de la unidad de principios, existe una comunidad de reglas en materia financiera y mercantil general en lo que se refiere a la eficacia, validez y oponibilidad de las decisiones sociales. Por eso en ambos casos los socios disidentes y ausentes cuentan con la protección consistente en el derecho a impugnar las decisiones sociales, si bien la especialidad de la materia financiera conlleva diferencias en cuanto aspectos tales como la inaplicabilidad del artículo 13 de la Ley 222 de 1995.

Hay que agregar que de dicha inaplicabilidad no puede deducirse la supuesta inaplicabilidad completa de disposiciones que se refieren a otros asuntos de la escisión; una causal de inejecución de una decisión por fallas en la convocatoria o en los requisitos preparatorios previstos en dicho artículo 13, mal puede ser confundida con una causal de inejecución (si, como algunos sostienen, se aduce el artículo 433 del Código) o de nulidad absoluta (si, como otros lo consideran, se aduce el artículo 190 del Código), por fallas en la mayoría decisoria, que es el asunto regulado en el inciso final del artículo tercero de la ley 222 de 1995, en desarrollo de una regla de mayoría especial no prevista en el EOSF, que obedece a otra forma de protección de accionistas y que no es incompatible con dicho Estatuto Orgánico.

c) El derecho de retiro como forma de protección del socio disidente o ausente. Otra forma de protección de accionistas disidentes o ausentes consiste en el reconocimiento del derecho de retiro o de receso, que en materia societaria general opera, entre otros casos, cuando una escisión les impone a los socios mayores responsabilidades o implica una desmejora de sus derechos patrimoniales. Esta regla no se aplica a las sociedades sometidas a la vigilancia de la SBC como consecuencia de una exclusión expresa, que no está consagrada en una norma financiera especial, ni anterior ni posterior, sino en la propia regla societaria general, esto es, en el artículo 17 de la Ley 222 de 1995. De no haberse dado dicha exclusión expresa, el derecho de retiro general de la Ley 222 de 1995 se habría sumado, en las sociedades vigiladas por la SBC, al supuesto especial de derecho de retiro previsto en el numeral 4 del artículo 62 del EOSF, norma sobre fusión que se refiere en general a derechos de accionistas minoritarios, aunque técnicamente el derecho de retiro no es un derecho de minoría, sino un derecho de un accionista individualmente considerado.

Es importante resaltar que en la ley general posterior, esto es, en la Ley 222 de 1995, se estableció expresamente -en su artículo 17- una exclusión de la aplicación del derecho de retiro para las sociedades vigiladas por la SBC. Dicha disposición legal, que constituye una excepción frente a una regla general, confirma que dicha ley general puede ser aplicada en el caso de dichas sociedades vigiladas por la SBC en todo lo que no pugne con lo dispuesto para ellas de manera especial, y bien sea con anterioridad -como ocurre en este caso- o con posterioridad. De no ser así, ¿para qué se tomaría el trabajo el legislador general de exceptuar expresamente una norma de su aplicación en un ámbito especial?

d) Una cuarta forma de protección de accionistas, en este caso presentes o representados, pero disidentes, consiste en exigir imperativamente la unanimidad de las acciones re-

presentadas en la reunión de la asamblea en la que se decide la escisión, para aprobar una participación de los socios de la sociedad escindida en el capital de las sociedades beneficiarias, que sea distinta de la proporción en que participen en la escindida<sup>6</sup>. Esta regla, muy elemental, que permite a cada quien disponer de lo suyo, está expresamente prevista en el inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995, y no prevé un sistema de protección que se oponga a ninguna característica especial propia de la escisión de sociedades vigiladas por la SBC. Así, pues, no es incompatible con un sistema especial que no prevé nada al respecto, no obstante que al describir en el artículo 67 del EOSF la escisión, establece que las sociedades beneficiarias puedan "ser formadas por todos o por algunos de los socios".

e) Una forma de protección de los accionistas minoritarios, es decir, de un conjunto de accionistas considerados colectivamente y no de manera individual, que está previsto en el régimen especial de las sociedades vigiladas por la SBC, y que no existe en el régimen societario general, consiste en la solicitud de un estudio técnico independiente prevista en el numeral 1 del artículo 62 del EOSF, que tiene por objeto determinar el valor de las entidades participantes en la fusión y la relación de intercambio correspondiente. Dicho estudio no puede ser solicitado por los accionistas así protegidos en el evento en que se de el estudio independiente a que se hace referencia en el numeral 2 de ese mismo artículo; y la relación de intercambio resultante del estudio es obligatoria, a menos que se decida una cosa distinta con una mayoría superior al 85% de las acciones suscritas de cada una de las entidades interesadas; y en ese supuesto, los accionistas disidentes tienen derecho a retirarse, en los términos del numeral 4 de esa disposición.

Esta regla, al referirse a una mayoría calificada que debe obtenerse al interior de cada una de las asambleas de accionistas de las entidades interesadas, circunscribe su ámbito de aplicación a la fusión, que es el tipo de reorganización regulado con dicha disposición, y a cuyo régimen se remite el artículo 67 del EOSF en lo que resulte pertinente. Y en el caso que aquí se analiza, es claro que con base en dicha supuesta remisión no puede excluirse la aplicación de la regla general societaria que exige la mayoría especial prevista en el inciso final del artículo 3 de la Ley 222 de 1995. En efecto, dicha disposición se refiere específicamente a la escisión, y prevé una mayoría que debe obtenerse exclusivamente al interior de la asamblea general de accionistas de la sociedad que se escinde, sin referirse a mayorías decisorias de asambleas de accionistas de otras sociedades. Y ello es así porque de lo que se trata es de proteger la vocación del socio para conservar una igual participación en todas aquellas sociedades resultantes de la desintegración del patrimonio de la sociedad inicial.

6 Como lo ha señalado la Superintendencia de Sociedades, "La escisión es una forma de reorganización empresarial que en el derecho societario vigente en Colombia está regulada como una reforma estatutaria; constituye entonces en una modificación del contrato de colaboración y de ejecución sucesiva del cual son parte los socios, quienes en esa calidad tienen el derecho a continuar siendo parte de dicho negocio jurídico -las subrayas no son del texto original-. Por decirlo de una manera gráfica, la fragmentación del patrimonio social de la sociedad escidente es sucedida por la aparición de varios contratos sociales correspondientes a diferentes sociedades, en las cuales -las subrayas no son del texto- los socios tienen vocación a participar. (-)(...) El derecho a participar en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias consulta única y exclusivamente el interés particular de todos y cada uno de los socios individualmente considerados. Por esa razón, la previsión legal al respecto admite estipulación en contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del C.Co., como corresponden a un derecho renunciante, en los términos del artículo 15 del C.Co.. Ahora bien, para que dicha estipulación sea válida, en los términos del artículo 190 del C.Co., la "participación diferente" que puede resultar de la escisión para los socios de la sociedad escidente debe ser aprobada con el voto unánime de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de acuerdo con la exigencia del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, aplicable a todas las modalidades de escisión", Superintendencia de Sociedades Oficio 100-73105, Noviembre 19 de 1998, Boletín 2 de 1999.

### **C. Conclusión**

Resulta entonces que en la legislación general (Ley 222 de 1995, art. 68) se establece cuál es la mayoría decisoria aplicable por regla general a las escisiones, tanto en el caso de las sociedades comerciales sujetas a la legislación mercantil ordinaria, como en el caso de las vigiladas por la SBC; y que esa misma legislación general (Ley 222 de 1995, art. 3, inciso final) señala cuál es la mayoría decisoria especial con la que debe decidirse una escisión en la cual los socios de la sociedad escindida participen en el capital de las sociedades beneficiarias en una proporción distinta de la poseída en la escindida.

Se concluye así que el inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995 se refiere a una materia de la escisión no regulada en la legislación financiera especial sobre escisión; dicho inciso no se opone a dicha legislación especial, y consiste en una norma imperativa general que consagra un mecanismo de protección de accionistas disidentes acorde con los principios comunes a todas las sociedades comerciales, vigiladas o no por la SBC.»

Se concluye así que el inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995 se refiere a una materia de la escisión no regulada en la legislación financiera especial sobre escisión; dicho inciso no se opone a dicha legislación especial, y consiste en una norma imperativa general que consagra un mecanismo de protección de accionistas disidentes acorde con los principios comunes a todas las sociedades comerciales, vigiladas o no por la SBC.

*RELACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS PROFERIDOS RECIENTEMENTE POR LA  
SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA  
DICIEMBRE DE 2004 – FEBRERO DE 2005*

**Acciones**

Adquisición de acciones o boceas de sociedades comerciales.

*Concepto 2004064779-1 del 18 de enero de 2005.*

**Actividad Financiera / Lista Clinton**

En ejercicio de la actividad financiera las entidades vigiladas gozan de autonomía para decidir si celebran o no contratos, sujetas a razones objetivas que respalden su decisión. Una decisión injustificada puede configurar bloqueo financiero injustificado. La inclusión de una persona en la llamada “Lista Clinton” es una causal razonable y objetiva que justifica una decisión de la banca de no realizar operaciones con ella.

*Concepto 2004063698-2 del 9 de diciembre de 2004.*

**Almacenes Generales de Depósito**

Son establecimientos de comercio y sus bodegas pueden gozar de la característica de sucursal o agencia.

*Concepto 2004039002-2 del 9 de diciembre de 2004.*

**Cajeros automáticos**

Tarifas por sus servicios.

*Concepto 2004062721-1 del 26 de enero de 2005.*

**CDT**

Redención anticipada.

*Concepto 2005001064-3 del 25 de enero del 2005.*

**CISA**

Central de inversiones S.A. Objeto. Entidad no vigilada por la Superintendencia Bancaria.

*Concepto 2004064039-1 del 13 de enero de 2005.*

**Cuenta corriente**

Cancelación unilateral del contrato de cuenta corriente.

*Concepto 2004061688-1 del 14 de enero de 2005.*

**Cuenta de ahorro**

Inembargabilidad de depósitos. Monto.

*Concepto 2005002955-1 del 31 de enero de 2005.*

**Cheque**

Limitación cuantía de pago.

*Concepto 2004065053- 2 del 3 de febrero de 2005.*

Negociabilidad. Restricción.

*Concepto 2005001053-1 del 7 de febrero de 2005.*

**Depósito de Ahorro**

Requisitos y condiciones por parte de los establecimientos de crédito.

*Concepto 2004057919-5 del 26 de enero del 2005.*

**Entidades Financieras**

Régimen de inversiones. Objeto social.

*Concepto 2005000873-1 del 25 de febrero de 2005.*

Reserva Legal.

*Concepto 2004054725-1 del 14 de febrero de 2005.*

**Establecimientos bancarios**

Regulación de su actividad. Estatutos especiales.

*Concepto 2004062425-1 del 19 de enero de 2005.*

**Fiducia**

Liquidación fideicomisos.

*Concepto 2004066090-2 del 4 de febrero de 2005.*

**Findeter**

Operaciones autorizadas.

*Concepto 2004049524-1 del 3 de enero de 2005.*

**Fondo Nacional de Garantías S.A.**

Naturaleza jurídica. Régimen legal. Objeto social.

*Concepto 2004063657-1 del 25 de febrero de 2005.*

**Lavado de activos**

Operaciones sujetas a reporte.

*Concepto 2004065893-1 del 16 de febrero de 2005.*

**Lista Clinton / Servicios Financieros / Aportes Pensionales**

Alcance de la Lista Clinton y efectos para el acceso a los servicios financieros. Actuaciones pendientes y consideraciones en el caso de pagos de aportes y afiliaciones al Sistema General de Pensiones y pensiones voluntarias de personas incluidas en la Lista Clinton.

*Concepto 2004066219-4 del 21 de diciembre de 2004.*

**Martillo**

Entidades financieras autorizadas para ofrecer el sistema de venta de bienes muebles por martillo.

*Concepto 2005009336-2 del 28 de febrero de 2005.*

*Concepto 2005008838-2 del 28 de febrero de 2005.*

**Operaciones Repos**

Normas sobre su contabilización.

*Concepto 2004064420-3 del 14 de febrero de 2005.*

**Pólizas**

Colectivas. Opción de convertibilidad.

*Concepto 2004064534-1 del 23 de febrero de 2005.*

### **Seguros**

Acciones derivadas del contrato; prescripción y cómputo.

*Concepto 2005000873-1 del 25 de febrero de 2005.*

### **SOAT**

Cobertura. Coexistencia con otros seguros.

*Concepto 2004061171-1 del 18 de febrero de 2005.*

### **Sociedades Anónimas / Escisión / Entidades Vigiladas**

El régimen de las sociedades anónimas sometidas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia no está regulado íntegramente por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La escisión en el ámbito financiero y comercial obedece a los mismos principios de protección de accionistas. La protección de los accionistas y el tratamiento de reforma estatutaria a la escisión.

*Concepto 2004068615-0 del 12 de diciembre de 2004.*

### **Tarjeta de crédito**

Obligaciones contractuales. Cobro de comisiones, cuota de manejo. Intereses por financiación.

*Concepto 2005005563-3 del 21 de febrero de 2005.*

### **Tarjetas débito**

Cobro de comisiones por su uso.

*Concepto 2004025263-1 del 28 de enero de 2005.*

Reglamentación. Relación contractual.

*Concepto 2005005186-1 del 25 de febrero de 2005.*

### **Vivienda de Interés Social**

Tasas de interés aplicable.

*Concepto 2004068492-2 del 25 de febrero de 2005.*

*Concepto 2004068491-2 del 25 de febrero de 2005.*





# **Temas de Consulta**

*Reglas y procedimientos que rigen  
el sistema de administración del  
riesgo crediticio SARC*

*Representante legal. Sociedades  
fiduciarias públicas. Matrices y filiales*

*REGLAS Y PROCEDIMIENTOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE  
ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO CREDITICIO - SARC*

**Superintendencia Bancaria de Colombia**

Circular Externa 052 de 2004  
(diciembre 30)

«Con el fin de impartir nuevas instrucciones sobre las reglas y procedimientos que rigen el desarrollo del Sistema de Administración del Riesgo Crediticio (SARC) de las entidades sometidas a control y vigilancia de la SBC, este Despacho, en uso de sus facultades legales, considera necesario expedir un nuevo Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995 -en adelante Capítulo II-, el cual recoge en un solo texto las instrucciones sobre la materia.

A continuación se presenta una síntesis del nuevo Capítulo II, en la cual se explican los principales apartes de su contenido:

Se establece que el SARC debe contar con los siguientes cinco (5) elementos: Políticas de administración del riesgo crediticio (RC), procesos de administración del RC, modelos internos o de referencia para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas, sistema de provisiones para cubrir el RC y procesos de control interno.

1. Elementos que componen el SARC

Se establece que el SARC debe contar con los siguientes cinco (5) elementos: Políticas de administración del riesgo crediticio (RC), procesos de administración del RC, modelos internos o de referencia para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas, sistema de provisiones para cubrir el RC y procesos de control interno. Además se señalan los parámetros que deben observarse para la implementación y desarrollo de cada elemento dentro del proceso de administración del RC.

1.1 Políticas de administración del RC

La junta directiva o el consejo de administración debe adoptar las políticas de administración del RC, definiendo con claridad y precisión los criterios bajo los cuales la organización debe evaluar, asumir, calificar, controlar y cubrir el RC, así como establecer los mecanismos y controles necesarios para asegurar el cumplimiento estricto de dichas políticas y de las normas que le son aplicables al proceso de administración del RC.

## 1.2 Procesos de administración del RC

El SARC debe contar con procesos para la identificación, medición y control del RC, los cuales deben definir en forma clara y expresa las responsabilidades de cada uno de los funcionarios y organismos internos involucrados en dicha administración, así como los sistemas de seguimiento de ésta, contemplando la adopción de medidas frente a su incumplimiento.

## 1.3 Reglas sobre los modelos de referencia de la SBC y los modelos internos de las entidades para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas

En el numeral 1.3.3.2 del Capítulo II se establece la posibilidad de que las entidades obligadas a contar con un SARC opten por diseñar y adoptar sus propios modelos internos o por acoger los modelos de referencia de la SBC. Igualmente se contemplan las reglas y condiciones para la presentación, evaluación y adopción de los modelos internos de las entidades, así como las consecuencias de su inadmisión, objeción o suspensión por parte de la SBC.

Se precisa que las entidades sólo podrán presentar modelos internos una vez la SBC adopte los respectivos modelos de referencia. Este organismo adoptará inicialmente el modelo de referencia para la cartera comercial el 1º de julio de 2005. A partir de esa fecha las entidades interesadas podrán presentar para evaluación sus modelos internos de dicha cartera.

Posteriormente se adoptarán los correspondientes modelos de referencia para las carteras de consumo, de vivienda y de microcrédito, en su orden, después de lo cual las entidades podrán presentar sus modelos internos para tales carteras.

Ahora, la aplicación del régimen de provisiones contenido en el Anexo del Capítulo II, o de los modelos internos de las entidades o de los de referencia de la SBC, se hará según las reglas contempladas en dicho capítulo.

## 2. Reglas adicionales relativas al adecuado funcionamiento del SARC

Para el adecuado desarrollo del SARC, se establecen reglas relativas a las distintas modalidades de crédito, se adoptan las categorías de riesgo crediticio y la homologación de calificaciones que deben considerar las entidades para efectos de los reportes de endeudamiento a la SBC y a las centrales de información.

Para el adecuado desarrollo del SARC, se establecen reglas relativas a las distintas modalidades de crédito, se adoptan las categorías de riesgo crediticio y la homologación de calificaciones que deben considerar las entidades para efectos de los reportes de endeudamiento a la SBC y a las centrales de información.

También se imparten instrucciones sobre los aspectos contables del SARC, la disponibilidad y requisitos de reporte de la información sobre evaluación del RC, las reglas especiales respecto de algunas entidades vigiladas y la administración del RC en operaciones con entes territoriales y entidades públicas.

### 3. Revisoría fiscal

El diseño, implementación y operación de un sistema para la administración del RC debe contar con procesos adecuados de auditoría por parte de la revisoría fiscal. Por lo anterior, en el marco de las funciones y deberes asignados por la ley a dicho órgano, se imparten algunas instrucciones especiales.

### 4. Anexo

Se adopta el Anexo *"Régimen General de evaluación, calificación y provisionamiento de cartera de crédito"*, cuya aplicación está sometida a las reglas previstas en el Capítulo II.

### 5. Vigencia y derogatorias

La presente Circular rige a partir de su publicación, sustituye el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995 y sus anexos, deroga la Carta Circular 031 de 2002, con sus respectivos anexos y la Circular Externa 030 de 2003.»

## REPRESENTANTE LEGAL - SOCIEDADES FIDUCIARIAS PÚBLICAS - MATRICES Y FILIALES

**Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ms.Ps. Gustavo Aponte Santos y Susana Montes de Echeverri. Concepto del 19 de agosto de 2004. Radicación 1.588.**

**Síntesis:** *Competencia para designar al representante legal de una sociedad anónima propiedad de una sociedad de economía mixta. Tratamiento legal de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado. Naturaleza de las sociedades fiduciarias públicas como filiales de establecimientos bancarios. El régimen legal aplicable para determinar la competencia en la designación del representante legal.*

« (...) El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, doctor Carlos Gustavo Cano Sanz, consulta a la Sala sobre la interpretación que debe darse a los numerales 4 y 5 del artículo 94 y al artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en relación con la competencia para

designar al representante legal de la compañía denominada Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., FIDUAGRARIA S.A.

Explica que FIDUAGRARIA es una sociedad anónima, en la cual el Banco Agrario de Colombia S.A., sociedad de economía mixta sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, es propietario del 94.5% y otras personas públicas y privadas lo son del porcentaje restante.

Considera que "existe falta de claridad y precisión de las normas aplicables, respecto de quien es la persona u órgano competente para hacer la designación de su representante legal" y plantea la siguiente disyuntiva:

- *"Si se asume que el régimen aplicable a FIDUAGRARIA S.A. es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, el representante legal lo nombraría el Presidente de la República.*
- *"Si se asume que el régimen aplicable es el propio de las sociedades de economía mixta, a las cuales se les aplican las normas de derecho privado, se concluiría que la designación del representante legal corresponde a la Junta Directiva de la sociedad, posición esta última que sería concordante con la práctica llevada a cabo en FIDUAGRARIA S.A. hasta la fecha".*

Prosigue la consulta analizando el régimen de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado a que hace referencia el artículo 94.1 de la Ley 489 de 1998, concluyendo que FIDUAGRARIA S.A. es una filial del Banco Agrario de Colombia S.A. porque esta entidad crediticia, sociedad de economía mixta, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, posee más del 51% del capital. Según el numeral 4 del mismo artículo a las filiales de las empresas industriales y comerciales se les aplica el derecho comercial, incluso a las que tengan el 100% del capital de propiedad del Estado. Sin embargo el numeral 5 del artículo expresa que cuando en las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado participen particulares, ellas se "sujetarán a las disposiciones previstas en esta ley para las sociedades de economía mixta". Como a su vez el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489, estatuye que cuando en una sociedad de economía mixta el Estado participa en un porcentaje igual o superior al 90% del capital, debe someterse al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, se encuentra, paradójicamente, que una sociedad constituida entre empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo capital es 100% estatal, tiene régimen privado, mientras que una sociedad filial con participación de capital privado, está sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado "el cual resultaría más inclinado al derecho público que el de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado en las que no existe capital privado".

Afirma entonces, que la remisión que hace el numeral 5 del artículo 94 al régimen de las sociedades de economía mixta como el aplicable a las filiales con participación estatal del 90% o superior, debe interpretarse en forma sistemática, es decir, dentro del contexto de todo el artículo 94, encontrando que dicha norma se refiere al régimen de sociedades de economía mixta en general y no a la excepción, que son aquellas en las que el Estado posea el 90% del capital o más. Concluye que la competencia para designar el representante legal de esas filiales de empresas industriales y comerciales del Estado se radica en las juntas directivas, por aplicación del régimen de las sociedades anónimas, al cual se llega cuando se verifica que ni la legislación de las sociedades de economía mixta, ni el estatuto orgánico del sistema financiero, para el caso de Fiduagraria S.A., estatuyen quién debe designar al re-



presentante legal. Aclara finalmente que los estatutos de esa sociedad fiduciaria fijan la competencia en la junta directiva.

Con base en lo anterior, consulta:

1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a FIDUAGRARIA S.A. en atención a su condición de filial del Banco Agrario de Colombia S.A.?

2. ¿A quién corresponde la designación del representante legal de FIDUAGRARIA S.A.?

Para responder la consulta, la Sala estudiará los siguientes temas:

1. Tratamiento legal de las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en la Ley 489 de 1998.

2. Las sociedades fiduciarias como filiales de los establecimientos bancarios en la Ley 45 de 1990 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

## CONSIDERACIONES

1. Tratamiento legal de las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta en la Ley 489 de 1998.

Para efectos del análisis de la consulta, la Sala considera importante precisar, a la luz de la estructura de la rama ejecutiva del poder público plasmada y desarrollada en la Ley 489 de 1998, el tema de las empresas filiales de entidades públicas.

Una primera observación muestra que la ley se refiere directamente a las filiales en las siguientes normas:

a) En el parágrafo del artículo 49, en el cual se estatuye que:

*"Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal."* (resaltado no es del texto original)

b) Posteriormente, el artículo 94, regula la asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de sus filiales, así:

"Artículo 94.- Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes:

1. Filiales de las empresas industriales y comerciales.

Para los efectos de la presente ley se entiende por empresa filial de una empresa industrial y comercial del Estado aquella en que participe una empresa industrial y comercial del Estado con un porcentaje superior al 51% del capital total.

2. Características jurídicas.

Cuando en el capital de las empresas filiales participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, la empresa filial se organizará como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

3. Creación de filiales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes.

4. Régimen jurídico.

El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria.

5. Régimen especial de las filiales creadas con participación de particulares.

Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta ley para las sociedades de economía mixta.

6. Control administrativo sobre las empresas filiales.

En el acto de constitución de una empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen".

c) Por último, el artículo 109 de la ley, acerca del control administrativo, establece que:

"Artículo 109.- Control de las entidades descentralizadas indirectas y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado. El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.

Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta".

Frente a las normas transcritas es preciso hacer las siguientes precisiones:

1. De conformidad con el artículo 49 de la Ley 489/98, la creación de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado como las llamaba la legislación anterior, y la de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, se hará de acuerdo con las disposiciones de la misma, *"y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden, o del Gobernador o Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal"*, según el caso.

Sin embargo, al tenor del artículo 94, numeral 3 de la ley, *"Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurran a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal (...)"*.

Existe, pues, una aparente contradicción entre las normas citadas, pues en la primera parecería que sólo se exige la autorización del representante legal de la correspondiente entidad territorial, al paso que en la segunda se exige la autorización del legislador, de la asamblea departamental o del concejo municipal, según el caso.

Desde luego, es claro que prima la segunda, porque la primera de las normas citadas remite a las disposiciones de la ley, entre las cuales está la exigencia prevista en el artículo 94, por lo cual debe existir la correspondiente autorización del legislador, de la asamblea o del concejo.

2. De conformidad con el artículo 94 de la Ley 489, pueden efectuarse asociaciones de empresas industriales y comerciales del Estado entre sí, o de éstas con otras entidades descentralizadas y/o entidades territoriales, y, como consecuencia, crearse entidades descentralizadas indirectas o empresas y sociedades filiales de empresas industriales o de sociedades de economía mixta.

3. La regla general consagrada en la primera parte del citado artículo 94, es que las empresas y sociedades indirectas o las filiales de las empresas industriales y comerciales del estado y de las sociedades de economía mixta que se creen con la participación exclusiva de entidades públicas (sólo empresas industriales y comerciales, o entre éstas y otras entidades descentralizadas y/o entidades territoriales), se rigen por las disposiciones establecidas en el acto de su creación y en el código de comercio.

Sin embargo, ese mismo artículo 94 de la Ley 489 señala que en los siguientes aspectos, se aplican las disposiciones especiales allí establecidas:

a) Se consideran empresas filiales de otra, aquellas empresas indirectas en las cuales una empresa industrial y comercial del Estado tenga participación en el capital en porcentaje igual o superior al 51%. Por consiguiente, si no hay la participación de una entidad descentralizada con tal porcentaje, no se catalogará como filial sino que tendrá las disposiciones propias de las entidades descentralizadas indirectas.

b) Si en el capital de la empresa filial participan más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad territorial, deberá organizarse esa filial como sociedad comercial, bajo las reglas del código de comercio y, por consiguiente, no podrá tener la naturaleza de empresa industrial y comercial.

En el acto de constitución de esa empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deben determinarse los instrumentos o mecanismos a través de los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que tenga la participación mayoritaria, asegure la gestión de esa filial con los planes y programas y las políticas del sector administrativo al cual pertenezca.

c) Si en la filial existe participación de particulares, debe sujetarse a las disposiciones previstas en la ley para las sociedades de economía mixta. Esto es, se remite en su organización y régimen jurídico, a las disposiciones de los artículos 97 y siguientes de la Ley 489/98, según los cuales, cuando la participación del capital público o estatal, en la filial que se crea, sea o exceda del 90%, se aplicarán las reglas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

¿Cuándo puede concluirse que la participación en el capital de la filial es estatal o público en porcentaje de 90% o más?

Naturalmente cuando pertenece a una empresa industrial o comercial del Estado. Pero, tratándose de sociedades de economía mixta, deberá analizarse cuál es la participación del capital público en esa sociedad para determinar cuál es la participación del capital público en la filial. Esta determinación deberá hacerse en cada caso.

Esta particular regulación, por lo menos resulta un tanto extraña y no parece armonizar con el espíritu general de la ley, pues crea una diferencia entre empresas filiales<sup>1</sup> sin justificación jurídica suficiente:

Si su capital es 100% público, se aplican las normas del código de comercio; pero, si el capital estatal es del 90% o más, sin llegar al 100% y esa diferencia constituye participación de capital privado minoritario, se aplican las reglas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado, esto es, de régimen público.

Con todo, esa es la regulación del legislador que no se podrá dejar de aplicar si no existe un cambio en la normatividad,

d) En el acto de constitución de esa empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deben determinarse los instrumentos o mecanismos a través de los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que tenga la participación mayoritaria, asegure la gestión de esa filial con los planes y programas y las políticas del sector administrativo al cual pertenezca.

<sup>1</sup> Son filiales de una empresa industrial y comercial del Estado, aquellas empresas en las que la participación de ésta en su capital es igual o superior al 51% (art. 94, numeral 1).

e) Por su parte, el artículo 109 de la ley, reitera la norma general del código de comercio aplicable a las sociedades, aplicándola a las entidades descentralizadas indirectas (o de segundo grado) y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, pues dispone que el control administrativo sobre las actividades y programas se ejercerá a través de la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o de sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad, esto es, ejerciendo los derechos de socio.

Ahora bien, para el caso bajo análisis es necesario recordar que el fundamento esencial de la descentralización por servicios, fue el de reconocer que el Estado en múltiples casos toma decisiones que corresponden a criterios diferentes a los puramente políticos y que esas decisiones recaen, bien sobre servicios de naturaleza administrativa o técnica o bien sobre asuntos de naturaleza industrial, comercial, financiero, etc., y que, por lo tanto, deben existir unas entidades especializadas con autonomía jurídica de mayor o menor grado, según se actúe como Estado o como particular. Se entiende entonces, que desde el punto de vista jurídico, la naturaleza de los asuntos o negocios que administra la entidad condiciona el régimen legal aplicable y que ese régimen se hace cada vez más flexible a medida que dichos asuntos o negocios se acercan a los ámbitos privados, donde los principios dominantes son la competencia y el ánimo de lucro. Es por esto que en la actual estructura del sector descentralizado por servicios, se identifica una variada gama de entidades, que van desde el clásico establecimiento Público que se ocupa de servicios administrativos o técnicos, hasta compañías petroleras o de telecomunicaciones, hospitales, empresas de acueductos, aseo, fondos de pensiones, entidades bancarias, compañías de seguros, sociedades fiduciarias, etc., que adoptan diversas figuras jurídicas como son, entre otras, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, las sociedades públicas, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las filiales de cada una de ellas. La realidad es que la tipología de entidades administrativas se amplió en forma significativa y ya no es posible enmarcarlas a todas en la clasificación tradicional de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Otro elemento esencial en materia de estructura descentralizada consiste en que la naturaleza jurídica que se seleccione para crear y organizar cada entidad, conlleva necesariamente un régimen jurídico específico propio de esa naturaleza.

De otra parte, la Sala destaca que el nuevo estatuto básico de las entidades públicas, Ley 489 de 1998, creó formas asociativas y figuras jurídicas para las entidades públicas descentralizadas diferentes a las clásicas previstas en el Decreto 3130/68. Por lo cual era obvio que tenía que derogar dicho decreto sin reproducir su artículo 4º, eliminando, de esta manera, la obligación de clasificar a las entidades descentralizadas indirectas, esto es a las personas jurídicas originadas en la asociación entre la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios o entre ellas y personas particulares, en alguno de los tres tipos de entidades descentralizadas del Decreto Ley 1050 de 1968.

El análisis anterior es esencial para comprender por qué hoy, a la luz de las nuevas normas sobre la descentralización por servicios, no se requiere que las nuevas figuras que aparecen en la estructura, entre ellas las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, sean a su vez empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta. Es más, ellas deben adoptar su naturaleza -propia de filiales, bien de empresa o bien de sociedad para determinar el régimen aplicable.

En este contexto, para la Sala es claro que la Ley 489 contempla las filiales como organismos con naturaleza jurídica propia, individualizada, y que, además, ellas pueden ser de dos clases: las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado y las filiales de sociedades de economía mixta; unas y otras, en sus actos, contratos, servidores y en sus relaciones con terceros, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria, salvo cuando tengan participación de capital privado, evento en el cual se aplicarán las reglas previstas por la ley para las sociedades de economía mixta, en la forma antes explicada.

Ahora bien, ya se dijo que el legislador reconoce la posibilidad jurídica de la existencia de filiales de sociedades de economía mixta (arts. 49 y 109) y también que la Ley 489 dispuso que su régimen fuera el del código de comercio, salvo cuando en su capital participen particulares, evento en el cual se aplicarán las reglas propias de las sociedades de economía mixta: si el aporte de capital estatal es igual o superior al 90%, tendrán régimen igual al de las empresas industriales y comerciales del Estado.

En este orden de ideas y salvo en el caso de excepción antes descrito, al revisar la legislación comercial se encuentra que la competencia para designar al representante legal de la sociedad filial debe ser la que señalen sus estatutos y a falta de disposición, en el caso de las anónimas, será la junta directiva al tenor del artículo 440 del Código de Comercio.

Ahora bien, de conformidad con el inciso 3° del artículo 68 de la misma Ley 489 de 1998,

*"Los organismos y entidades descentralizados sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley."*

La Constitución Política dispone en su artículo 150, numeral 19), letra d):

*"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)*

*19) Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios???? a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:*

*(...)*

*d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;"*

De otra parte, el artículo 335 de la misma Constitución estatuye que:

*"Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito".*

En desarrollo de este mandato el Congreso de la República expidió la Ley 35 de 1993, que tiene el carácter de ley marco, y en desarrollo de la misma el gobierno nacional dictó el Decreto 663 de 1993, el cual reguló específicamente el régimen de entidades filiales de las del sector financiero.



En consecuencia, como las entidades que desarrollan actividades financieras, bursátiles, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, tienen un régimen jurídico especial por mandato de la Constitución Política, estatuido conforme a la Ley 35 de 1993 por el Decreto 663 de 1993, para los efectos de las filiales de las entidades públicas a las cuales se contrae el análisis de este

concepto, debe aplicarse este régimen especial en obediencia a lo que prescribe el inciso 3° del artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

En efecto, antes de la Ley 45 era permitido a los bancos ofrecer y operar directamente servicios fiduciarios, tarea que se cumplía a través de dependencias internas estructuradas para atender esos negocios. A partir de la Ley 45 se prohibió a los establecimientos de crédito prestar servicios fiduciarios, salvo unas pocas operaciones y se ordenó desmontar las secciones correspondientes, al tenor del artículo 6° de la ley.

2. Naturaleza de las sociedades fiduciarias públicas como filiales de establecimientos bancarios. La Ley 45 de 1990 y el actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF). Decreto Ley 663 de 1993.

Es sabido que la Ley 45 de 1990 "por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, (...), se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones", transformó el concepto de banca general o universal, en el cual un establecimiento bancario concentraba la prestación directa de múltiples servicios financieros, por el de banca especializada, en el que algunos de esos servicios deben prestarse por sociedades fundadas expresamente para desarrollarlos. Este es el caso de las sociedades fiduciarias. En efecto, antes de la Ley 45 era permitido a los bancos ofrecer y operar directamente servicios fiduciarios, tarea que se cumplía a través de dependencias internas estructuradas para atender esos negocios. A partir de la Ley 45 se prohibió a los establecimientos de crédito prestar servicios fiduciarios, salvo unas pocas operaciones y se ordenó desmontar las secciones correspondientes, al tenor del artículo 6° de la ley.

Simultáneamente la ley en sus artículos 1° y 2° señaló:

#### "CAPÍTULO I

*Filiales de servicios y operaciones novedosas.*

*Artículo 1°.- Inversión en sociedades de servicios financieros. Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, siempre que se observen los siguientes requisitos:*

a) Las entidades de servicios deberán organizarse con arreglo a las normas de los establecimientos bancarios, tener objeto exclusivo y revestir la forma de sociedad anónima; también podrán constituirse bajo la forma de cooperativas cuando se trate de una filial de servicios financieros constituida por bancos, corporaciones financieras o compañías de financiamiento comercial, de naturaleza cooperativa;

(...)

c) La participación en el capital no podrá ser inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones suscritas, ya sea directamente o con el concurso de otras sociedades vinculadas a la matriz, salvo que se trate de aquellas que se organicen como almacenes generales de depósito, en cuyo caso tal participación puede ser inferior.

Artículo 2º.- Prohibiciones a las sociedades de servicios financieros. Las sociedades filiales de que trata el artículo anterior se someterán a las siguientes reglas:

a) No podrán adquirir o poseer a ningún título acciones, cuotas, partes de interés o aportes sociales de carácter cooperativo en cualquier clase de sociedades o asociaciones, salvo que se trate de la inversión a que alude el artículo 5º de la presente ley o de bienes recibidos en pago, caso éste en el cual se aplicarán las normas que rigen para los establecimientos bancarios. No obstante, las sociedades comisionistas de bolsa, las sociedades fiduciarias y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías podrán adquirir acciones de conformidad con las disposiciones que rigen su actividad;

b) Sus administradores y representantes legales no podrán ser administradores o empleados del establecimiento matriz. Sin embargo, podrán formar parte de sus juntas directivas los directores de la matriz o sus representantes legales. (...)

c) No podrán adquirir acciones de la matriz ni de las subordinadas de ésta;

d) Cuando se trata de sociedades fiduciarias, de comisionistas de bolsa y de sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, no podrán adquirir ni negociar títulos emitidos, avalados, aceptados o cuya emisión sea administrada por la matriz, por sus filiales o subsidiarias, salvo que se trate de operaciones de las sociedades comisionistas originadas en la celebración de contratos de comisión para la compra y venta de valores, las cuales se sujetarán a las reglas que para el efecto dicte la Comisión Nacional de Valores.

La Ley 45 de 1990 fue incorporada en el Decreto Ley 1730 de 1991 que fue el primer E.O.S.F., actualizado posteriormente por el Decreto Ley 663 de 1993, actual E.O.S.F.; en su artículo 119.1 se autoriza a los bancos para invertir en sociedades filiales fiduciarias. Su tenor es como sigue:

Artículo 119.- Régimen de filiales de servicios financieros y comisionistas de bolsa. Los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y *sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, siempre que se observen los siguientes requisitos:*

*a) Las entidades mencionadas deberán organizarse con arreglo a las normas de los establecimientos bancarios, tener objeto exclusivo y revestir la forma de sociedad anónima; también podrán constituirse bajo la forma de cooperativas cuando se trate de una filial de servicios financieros o constituida por bancos, corporaciones financieras o compañías de financiamiento comercial, de naturaleza cooperativa;*

(...)

c) La participación en el capital no podrá ser inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones suscritas, ya sea directamente o con el concurso de otras sociedades vinculadas a la matriz, salvo que se trate de aquellas que se organicen como almacenes generales de depósito, en cuyo caso tal participación puede ser inferior.

De la anterior transcripción surgen las siguientes características principales para las compañías fiduciarias creadas por entidades del sector financiero:

- a) La inversión para crearlas es autorizada por la ley.
- b) La inversión de la matriz en la filial no puede ser inferior al 51% del capital, lo cual define su naturaleza de compañía subordinada.
- c) Las filiales deben constituirse necesariamente como sociedades anónimas.
- d) La ley no distingue si la inversión en la filial la hace una entidad financiera privada o de capital total o parcialmente estatal. La autorización legal obra para todas.

Como se observa, esta reglamentación, salvo la señalada en el literal d) anterior, es idéntica a la prevista en la Ley 489/98, arts. 94 y 109. Pero, como se trata de una reglamentación especial y específica, de aplicación preferente como lo señala el artículo 68 ibídem, a ella ha de estarse en todo cuanto atañe con la organización de filiales por las entidades financieras del sector estatal.

No sobra mencionar, que esta clase de filiales surgen en el derecho financiero antes de la expedición de la Ley 489 de 1998, norma de derecho administrativo que como ya se explicó, acoge esta figura con dos posibles orígenes: como filial de una empresa industrial y comercial del Estado o de una sociedad de economía mixta.

Esta situación, podría conducir a pensar que la sociedad filial creada bajo las disposiciones anteriores a la Ley 489, en la que el Estado tuviera una participación igual o superior al 90% del capital debería someterse al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado de acuerdo con artículo 3º del Decreto Ley 130 de 1976 y, por tanto, su representante legal sería designado por el Presidente de la República.

Pero, como el sector financiero tiene una regulación propia, así prevista por la propia Carta Política, no es posible arribar a esa conclusión. Por el contrario, debe darse aplicación a ese régimen propio por mandato de ella.

Por todo lo dicho, es evidente que la Ley 489 de 1998 no tiene un efecto específico sobre las sociedades fiduciarias filiales de los bancos oficiales, puesto que ellas siguen rigiéndose en general por su estatuto propio (E.O.S.F.) y el Código de Comercio.

No obstante lo anterior, nuevamente se menciona que la Ley 489 dio reconocimiento a la noción de filial como una entidad posible en el derecho administrativo con características y regulación propias, de manera que así deben denominarse en sus estatutos.

Con base en las consideraciones anteriores **LA SALA RESPONDE:**

1. El régimen legal aplicable a FIDUAGRARIA S.A. es el de las sociedades filiales de establecimientos bancarios contenido en el E.O.S.F y el de las sociedades anónimas establecido en el Código de Comercio, todo en virtud de las disposiciones constitucionales citadas y la regulación del artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

2. La designación de representante legal de FIDUAGRARIA S.A. corresponde a su junta directiva.»

**Reseña  
General**

*Normas*

*Jurisprudencia*

*Otros pronunciamientos*

## NORMAS\*

### *Congreso de la República*

#### **Actividad financiera - Cajas de Compensación Familiar\***

**Ley 920 de 2004 (diciembre 23).** Se autoriza a las Cajas de Compensación Familiar adelantar actividad financiera. Autorización general, prohibiciones, operaciones autorizadas, remisión de normas, fondo de liquidez, seguro de depósito y régimen sancionatorio.

#### **Reactivación empresarial y reestructuración de entes territoriales**

**Ley 922 de 2004 (diciembre 29).** Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 550 de diciembre 30 de 1999, "Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley". Prorroga la vigencia de la cita ley por el término de dos años adicionales contados a partir del 31 de diciembre de 2004. Autoriza igualmente, que esta ley se aplique a las universidades estatales del orden nacional y territorial.

### *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*

#### **Creadores de mercado para títulos de deuda pública**

**Resolución 3331 de 2004 (diciembre 16).** Regula el programa de creadores de mer-

cado para títulos de deuda pública estableciendo su conformación, objetivos, entidades habilitadas para participar, requerimientos y operaciones.

#### **Crédito de vivienda - Operaciones de cobertura frente al riesgo de variación de la UVR**

**Decreto 341 de 2005 (febrero 14).** Por medio del cual se modifican los artículos 1º y 4º del Decreto 066 de 2003, mediante el cual se reglamento la cobertura de los créditos individuales de vivienda a largo plazo y se autorizó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - Fogagín a realizar operaciones de cobertura frente al riesgo de variación de la UVR para los deudores de créditos elegibles dentro del límite de cobertura y fecha de desembolsos prevista para los primeros 40.000 créditos otorgados desde el 1º de septiembre de 2002 al 15 de enero de 2005. El Decreto 341 de 2005 modifica la disposición citada en el sentido de ampliar el plazo del límite de cobertura y fecha de desembolso de los créditos elegibles hasta el 31 de diciembre de 2005.

#### **Establecimientos de créditos - Operaciones autorizadas\***

**Decreto 161 de 2005 (enero 27).** Esta disposición modifica el Decreto 611 de 2001 y autoriza a los establecimientos de crédito a realizar operaciones de administración, siempre y cuando los respectivos bienes y derechos se hayan originado en operaciones que pueden realizar en desarrollo de su objeto social.

#### **Ley 100 de 1993 - Sistema General de Pensiones**

**Circular Conjunta 001 de 2005 (enero 24).** Los Ministros de Hacienda y Crédito Públi-

\* Las normas indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín.

co y de la Protección Social precisan los alcances de los artículos 17 y 33 (parágrafo 3º) de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4º y 9º de la Ley 797 de 2003. En la Circular se señalan, entre otros, aspectos de la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones, la facultad del empleador para dar por terminada la relación laboral cuando se cumplen requisitos para acceder a la pensión, la obligación de la afiliación al Sistema cuando el servidor tiene los requisitos para pensión pero continúa vinculado hasta llegar a la edad de retiro forzoso.

#### **Liquidación - Banco Central Hipotecario en Liquidación.**

**Decreto 33 de 2005 (enero 11).** Modifica y adiciona el Decreto 20 de 2001 que dispuso la liquidación del Banco Central Hipotecario. Considerando que el plazo para su liquidación estaba previsto hasta el 15 de enero de 2005, la disposición amplía el plazo de liquidación de esta institución hasta el 15 de julio de 2006.

#### **Liquidación-Compañía de Financiamiento Comercial Cofinpro S.A. en Liquidación.**

**Decreto 4298 de 2004 (diciembre 20).** Modifica y adiciona el Decreto 3181 de 2002 en el sentido de establecer procedimientos necesarios para culminar el proceso de liquidación y prorroga el término de liquidación de la Compañía de Financiamiento Comercial Cofinpro S.A. hasta por nueve (9) meses

#### **Liquidación - IFI en liquidación.**

**Decreto 4380 de 2004 (diciembre 27).** Modifica y adiciona el Decreto 2590 de 2003 señalando que el IFI en liquidación continuará a cargo de las obligaciones y derechos derivados del contrato de Concesión Salinas. Dispone que el IFI en liquidación traslade a Álcalis Ltda. en liquidación los recursos para la atención de su pasivo pensional.

#### **Monto a deducir por intereses sobre préstamos de vivienda y contratos de leasing habitacional.**

**Decreto 4348 de 2004 (diciembre 22).** Para efectos de la deducción tributaria de que trata el artículo 119 del Estatuto Tributario y relacionada con préstamos para adquisición de vivienda del trabajador o del costo financiero de contratos de leasing habitacional, el valor máximo a deducir por estos conceptos para el año gravable 2004 es de \$23'462.000.

#### **Sistema general de riesgos profesionales Decreto 4310 de 2004 (diciembre 21).**

Modifica el Decreto 231 de 2002 en el sentido de señalar que a partir del 1º de enero de 2010, la reserva para siniestros ocurridos no avisados del ramo de seguro de riesgos profesionales se sujetará al régimen general previsto en el artículo 7º del Decreto 839 de 1991, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

#### *Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural*

#### **Crédito con recursos del programa especial de fomento y desarrollo agropecuario de Finagro**

**Resolución 00488 de 2004 (diciembre 20).** Modifica la Resolución 00373 de 2004 en el sentido de establecer una certificación previa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y unos requisitos para los proyectos enmarcados en el Programa de Desarrollo Alternativo postulados para acceder a esta línea crediticia de Finagro.

#### **Incentivo a la cobertura cambiaria con instrumentos financieros**

**Decreto 4390 de 2004 (diciembre 27).** Crea el programa de incentivo a la cobertura cambiaria, ICC, para promover la utilización de los instrumentos financieros de cobertura del riesgo cambiario. El programa beneficia a los productores agrícolas na-



cionales que exportan. El incentivo se fija en \$200 pesos m/legal por dólar de los Estados Unidos de América y Finagro se designa como administrador de los recursos del programa.

### ***Departamento Nacional de Planeación***

#### **Régimen General de Inversiones de Capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.**

##### **Decreto 4210 de 2004 (diciembre 14).**

Modifica los artículos 10 y 36 del Decreto 2080 de 2000 señalando que las inversiones de portafolio deben tener un tiempo de permanencia de mínimo un año a partir de la fecha de su canalización en el mercado cambiario.

### ***Superintendencia Bancaria de Colombia***

#### **Casas de cambio - Patrimonio mínimo**

##### **Carta Circular 05 de 2005 (enero 14).**

A partir del 1 de enero de 2005, reajusta en el porcentaje en que varió el índice de precios al consumidor suministrado por el DANE para el año 2004 el valor del patrimonio mínimo requerido por las casas de cambio. El nuevo monto patrimonial requerido es equivalente a cuatro mil novecientos veintiocho millones de pesos (4.928.000,00).

#### **Identificación de Inspectores de la Superintendencia Bancaria**

##### **Carta Circular 85 de 2004 (diciembre 31).**

Informa que los únicos autorizados para realizar funciones de inspección son los funcionarios anunciados en la carta entregada por el jefe de visita o uno de los miembros de la comisión al representante legal de la entidad vigilada correspondiente, carta que estará suscrita únicamente por el Superintendente Bancario o los Superintendentes Delegados o el Secretario General.

#### **Información sobre cuentas de ahorro programado y de fomento a la construcción (AFC).**

##### **Circular Externa 054 de 2004 (diciembre 31).**

Adopta una Proforma para recibir información en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, que establece que las entidades que capten ahorro programado para vivienda deben colocar esos recursos en créditos para Vivienda de Interés Social (VIS).

#### **Microcrédito - Prorroga la entrada en vigencia de su definición.**

##### **Circular Externa 002 de 2005 (febrero 3).**

Modifica la entrada en vigencia de la definición de microcrédito, señalando que aplicará respecto de aquellos créditos otorgados desde el 1° de marzo de 2005, y a partir de los estados financieros de dicho mes.

#### **Reglas y procedimientos para el desarrollo del SARC\***

##### **Circular Externa 052 de 2004 (diciembre 30).**

Se imparten nuevas instrucciones sobre las reglas y procedimientos que rigen el desarrollo del Sistema de Administración del Riesgo Crediticio (SARC) de las entidades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

#### **Rentabilidad mínima obligatoria - Fondos de Pensiones y Cesantía**

##### **Carta Circular 81 de 2004 (diciembre 10).**

Rentabilidad mínima obligatoria para Fondos de Pensiones y de Cesantía - corte al 30 de noviembre de 2004. La rentabilidad mínima obligatoria acumulada de los fondos de cesantía para el período comprendido entre el 30 de noviembre de 2002 y el 30 de noviembre de 2004 es del 7.51% efectivo anual y la rentabilidad mínima obligatoria acumulada de los fondos de pensiones obligatorias para el período comprendido entre el 30 de noviembre de 2001 y el 30 de no-

viembre de 2004 es del 11.39% efectivo anual.

**Superintendencia Bancaria - Designación del Secretario del Comité de Posesiones**

**Resolución 1928 de 2004 (diciembre 10).**

Se designa la funcionaria para desempeñar las funciones como Secretaria del Comité de Posesiones de la Superintendencia Bancaria de Colombia. El Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Uno, informó que por decisión del Comité de Posesiones en su sesión realizada el 9 de diciembre de 2004, quedó en cabeza de ese Despacho la Secretaría del mismo, motivo por el cual solicita designar a una funcionaria de su área de supervisión como Secretaria del mencionado Comité.

***Superintendencia de Valores***

**Contratos de corresponsalía de sociedades comisionistas de bolsa**

**Resolución 948-1 de 2004 (noviembre 26).**

Determina el objeto, reglas aplicables e información de los contratos de corresponsalía, que celebren las sociedades comisionistas de bolsa de valores establecidas en Colombia, con el fin de ejercer una adecuada supervisión sobre su ejecución.

**Índice de bursatilidad accionaria para noviembre de 2004**

**Carta Circular Externa 015 de 2004 (diciembre 10).** Informa el índice de

bursatilidad accionaria para cada una de las acciones que se negocian en bolsa, correspondiente a noviembre de 2004, calculado con base en valores de las variables, frecuencia promedio de transacción por mes y volumen promedio de transacción por operación, durante el periodo comprendido entre el 1° de agosto y el 30 de noviembre de 2004.

***Fondo de Garantías  
de Instituciones Financieras***

**Pago del pasivo cierto no reclamado de entidades en liquidación forzosa administrativa**

**Circular Externa 007 de 2004 (diciembre 28).**

Describe el instructivo de pagos del Pasivo Cierto no Reclamado (Pacínore) a los acreedores de las entidades financieras intervenidas para liquidar por parte de la Superintendencia Bancaria, entidades que en virtud de lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 5° del Decreto 2418 de 1999 hicieron entrega al Fondo de las sumas no reclamadas por los acreedores.

**Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - Icetex**

**Cartera**

**Acuerdo 003 de 2005 (enero 26).** El Consejo Directivo de Icetex adopta, dentro del marco de políticas de manejo de la cartera del instituto, lineamientos y requisitos para resolver situaciones especiales de deudores, incluyendo la situación de secuestro.

## JURISPRUDENCIA

### *Corte Constitucional*

#### **Centrales de información**

##### **Sentencia T-018 del 20 de enero de 2005.**

La Corporación concedió una acción de tutela a un ciudadano que fue reportado a una central de riesgo al señalar que los errores en los que incurren las entidades bancarias en la liquidación de los créditos no deben recaer en los usuarios del sistema financiero cuando son éstas las que cometen errores en las liquidaciones de créditos y luego pretenden subsanarlos a costa del usuario.

#### **Intereses / crédito de vivienda**

##### **Sentencia T-1111 del 8 de noviembre de 2004.**

La fijación del límite máximo de interés cobrable para los créditos de vivienda corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República. Es facultad de dicha junta señalar las tasas máximas de interés remuneratorio que los establecimientos de crédito pueden cobrar o pagar a su clientela sobre todas las operaciones activas y pasivas, entre ellas, las relacionadas con créditos de vivienda.

#### **Ley 100 de 1993**

##### **Sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004.**

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 3º y 9º de la Ley 797 de 2003 por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema General de Pensiones previstos en la Ley 100 de 1993. La corte Constitucional declaró exequible los artículos 2º, 3º y 9º de la norma demandada.

#### **Pensión**

##### **Sentencia T-957 del 7 de octubre de 2004.**

La falta de claridad sobre el régimen jurídico aplicable no es justificación para no

dar una respuesta precisa y de fondo a lo solicitado. La Corte estima que no es admisible que se alegue duda sobre la forma en que debe aplicarse la ley a fin de justificar el incumplimiento de los términos legales para resolver peticiones respetuosas. Con esta actitud se impone una carga desproporcionada al ciudadano que, de manera flagrante, desconoce el derecho a que las peticiones sean resueltas en los términos de ley. La duda en cuestión no exime a la autoridad del deber de resolver.

#### **Reestructuración de créditos\***

##### **Sentencia T-701 del 29 de julio de 2004.**

Esta sentencia se reseñó en el Boletín Jurídico No. 38. En el presente Boletín se publica los apartes pertinentes de su texto.

#### **Sociedades anónimas - responsabilidad societaria - seguridad social\***

##### **Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004.**

Demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 252 y una expresión del artículo 373 del Código de Comercio. Consideraciones sobre el alcance del derecho de asociación. Limitación de la responsabilidad societaria como pilar fundamental de la Constitución Económica. Condiciones bajo las cuales las obligaciones laborales y de seguridad social se armonizan con el régimen de limitación de riesgos de las sociedades anónimas.

#### **Términos procesales - Reliquidación de créditos**

##### **Sentencia T-1249 del 16 de diciembre de 2004.**

Un grupo de 1.500 ciudadanos dirigió una acción de grupo contra un establecimiento bancario pretendiendo la

\* Las jurisprudencias indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín

revisión de los créditos otorgados a los demandantes y la indemnización por el cobro excesivo de intereses. El derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.

Definición de la garantía del plazo razonable. Juicio individual de responsabilidad de funcionarios por incumplimiento de términos procesales.

## OTROS PRONUNCIAMIENTOS

### ***Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales***

#### **Gravamen a los movimientos financieros**

##### **Concepto 091436 de 2004 (diciembre 30).**

Gravamen a los movimientos financieros en los sobregiros de las cuentas corrientes. La exención recae sobre el desembolso del crédito y no sobre la disposición de estos recursos una vez abonados en cuenta. El

desembolso del sobregiro por parte de la entidad de crédito mediante abono en la cuenta corriente del beneficiario en la misma entidad se considera como un desembolso de crédito, que se encuentra exento del Gravamen a los Movimientos Financieros, no así la disposición que de los recursos abonados haga el beneficiario del sobregiro, operación que causa el impuesto en cabeza del titular de la cuenta corriente girada.