

Sentencia C-716/06

MENOR DE EDAD-Protección constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

INCAPAZ-Protección constitucional

INCAPAZ-Protección especial en la disposición de bienes inmuebles

CAPACIDAD-Concepto/CAPACIDAD DE GOCE-Concepto/CAPACIDAD DE EJERCICIO-Concepto

SOCIEDAD COMERCIAL-Participación de incapaces como socios

REPRESENTANTE LEGAL DE INCAPAZ-Responsabilidad cuando autoriza la asociación o el aporte en sociedad de derechos reales de su representado

ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD-Responsabilidad de los administradores de sociedades en que intervienen incapaces

BIEN INMUEBLE-Carácter especial del régimen jurídico

PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA-Trámite

MEDIDAS DE PROTECCION DE INCAPAZ-Medidas alternas a la de la autorización judicial para el aporte de derechos reales de incapaces

Tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil existen medidas alternas a la de la autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces, que constituyen garantías para ellos respecto de que el aporte que se haga de tales derechos en cabeza suya no se realice en contravención de sus intereses o comprometiendo en exceso su responsabilidad. Tales medidas en resumen son las siguientes: (i) la prohibición para intervenir como socios en sociedades en las que comprometan su responsabilidad más allá del aporte; (ii) la necesaria intervención del representante legal para asociarse y para aportar derechos reales sobre inmuebles; (iii) la responsabilidad hasta la culpa leve de los representantes legales de los incapaces; (iv) la obligación de otorgar fianza y hacer inventario solemne, que deben cumplir los guardadores antes de que la guarda les sea discernida y la de llevar cuentas de la administración con posterioridad al discernimiento; (v) la existencia de causales de remoción para los guardadores, por incapacidad, ineptitud, culpa grave o actos repetidos de mala administración; y (vi) la responsabilidad penal por malversación y dilapidación de bienes de familiares.

REPRESENTANTE LEGAL DE INCAPAZ-Trámite de autorización judicial para enajenar bienes inmuebles del representado

(i) El trámite judicial que deben adelantar los representantes legales de los incapaces para obtener la licencia judicial para enajenar bienes inmuebles de su representados es un procedimiento ágil, en el cual los términos son cortos; (ii) dentro de ese trámite, el representante legal del incapaz tiene que demostrar ante el juez el interés que existe en el acto de enajenación, es decir la utilidad o necesidad concreta de tal acto; (iii) dentro del trámite interviene un agente del Ministerio público, lo que representa una garantía adicional para los intereses del menor.

INCAPAZ-Necesidad de autorización judicial para ejercer acto dispositivo de bienes inmuebles

La Corte concluye que en la legislación civil una de las formas de desarrollar la necesaria protección de los menores y los demás incapaces es la institución de la incapacidad de ejercicio; institución jurídica que se acompaña de medidas legislativas complementarias destinadas a la protección del patrimonio del incapaz, particularmente de sus bienes inmuebles, medidas que de manera general exigen que cualquier acto dispositivo sobre esta

clase de bienes de los incapaces obtenga la previa autorización judicial, y además, cuando tal acto dispositivo se lleva a cabo a título de venta, la misma deba producirse en pública subasta.

INCAPAZ COMO SOCIO DE SOCIEDAD COMERCIAL-Eliminación del requisito de autorización judicial para aporte de derechos reales sobre bienes inmuebles es inconstitucional/MEDIDAS DE PROTECCION DE INCAPAZ-Deben ser efectivas y conducentes

Para la Corte, la autorización judicial previa al aporte en sociedad de derechos reales de incapaces sobre bienes inmuebles sí constituía una medida necesaria y conducente para proteger sus intereses, en cuanto (i) era previa y por lo tanto de carácter preventivo; (ii) permitía la intervención del juez y el representante del ministerio público, autoridades imparciales a la hora de evaluar la utilidad o necesidad del acto; (iii) no toleraba que, por vía de un aporte en sociedad sin más requisitos que el de la inscripción de la escritura respectiva en la oficina de registro, se pretermitieran todas las demás normas del Código Civil que exigen licencia judicial para actos dispositivos o de gravamen sobre bienes de incapaces; (iv) favorecía que en cabeza de los incapaces se mantuvieran derechos a los que históricamente se les concede especial valía y se protegen mediante un régimen jurídico especial; (v) conjuraba el peligro de actos jurídicos irresponsables o dolosos respecto de los derechos de los incapaces. Sin la previa licencia judicial, todos estos objetivos quedan en entredicho, con grave afectación de los derechos económicos de los incapaces, de los cuales en no pocas oportunidades penden sus posibilidades de ver satisfechos sus derechos fundamentales. Lo anterior no significa que no sea posible que, dentro de la órbita de su libertad de configuración legislativa, el Congreso de la República establezca otras medidas alternas para proteger los intereses de los incapaces respecto de sus derechos reales sobre inmuebles, medidas alternas que deben ser efectivas y conducentes, a fin de que resulten ajustadas a los postulados constitucionales sobre protección de los más débiles.

Referencia: expediente D-6155

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 103 del Código de Comercio (parcial), modificado por el artículo 2° la Ley 222 de 1995.

Actor: Miguel Ángel González Ocampo

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá, veintitrés (23) de agosto de dos mil seis (2006)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Miguel Ángel González Ocampo demandó la inconstitucionalidad del artículo 103 del Código de Comercio (parcial), modificado por el artículo 2° la Ley 222 de 1995.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma acusada, tal como aparece publicada en el Diario Oficial No. 42156 del 20 de diciembre de 1995, y dentro de ella se subraya y resalta la parte parcialmente acusada:

“LEY 222 DE 1995

(diciembre 20)

“por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de

procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 2o. CAPACIDAD DE LOS SOCIOS.

“El artículo 103 del Código de Comercio quedará así:

“Artículo 103. Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita.

“En los demás casos, podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, según el caso. Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111.”

III. LA DEMANDA

A juicio del demandante, la norma que acusa desconoce los artículos 1º, 2º, 13 y 58 de la Constitución Política. Para explicar las razones por las cuales se produciría la violación de las citadas normas superiores, expone esta argumentación:

Inicialmente vierte unas consideraciones generales relativas a la protección que la legislación hace del patrimonio de los incapaces, dentro de la cuales menciona que los artículos 483 y 484 del Código Civil, referentes a la enajenación de bienes inmuebles de esta clase de personas, exigen una autorización judicial de tal acto jurídico, a fin de proteger sus intereses. La autorización judicial se produce dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el cual el juez debe tener conocimiento de la causa de la enajenación y, además, la venta debe producirse en pública subasta.

Esta protección especial dispensada por las normas comentadas obedece, dice, a la misma filosofía de la Constitución Política, que en su artículo 13 dispone que, en virtud del principio de igualdad, las personas en situación de debilidad manifiesta deben ser objeto de especial

protección.

En sentido contrario, prosigue la demanda, el artículo 103 del Código de Comercio, al decir en la expresión acusada que para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces que recaigan sobre inmuebles “basta el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111”, desconoce las exigencias constitucionales de protección a los más débiles. Lo anterior, por cuanto el artículo 111 del Código de Comercio dispone que “(c)uando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar previstos en el Código Civil, para los actos relacionados con la propiedad inmueble.” Así, dice el demandante, la remisión al artículo transcrito da a entender que sólo debe cumplirse con los requisitos que allí se mencionan, relativos al registro, desconociendo las exigencias concernientes a la autorización judicial con conocimiento de causa y a la venta en pública subasta (aunque por la naturaleza de las cosas, explica, este último requisito no debe exigirse tratándose de aportes en sociedad).

Recalca entonces el demandante, que el procedimiento que contemplaba el Código de Comercio antes de la reforma introducida por la Ley 222 de 1995 exigía para el aporte en sociedad de derechos reales de los menores incapaces, ejercidos sobre inmuebles, la autorización judicial con conocimiento de causa; por lo cual, encuentra inexplicable que bajo la vigencia de la Constitución de 1991 se haya dado tal cambio legislativo, que en forma clara erradicó el procedimiento de protección, extendiendo la norma, además, a todos los incapaces y no sólo a los menores.

Concretando las razones de la violación del artículo 13 superior, señala que al producirse la reforma legislativa explicada, “se desconoce el pilar constitucional de igualdad real y especial protección a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.”

Completa la anterior explicación, indicando que la naturaleza jurídica del aporte en sociedad no es otra que la de una transferencia de la propiedad, que aunque confiere el derecho a percibir utilidades, sin embargo implica tan solo un “crédito eventual”. Por ello, dice, el derecho del socio es aleatorio. Así las cosas, encuentra inconstitucional que se haya desprotegido el patrimonio de los menores permitiendo que se vincule a negocios donde el azar o la incertidumbre sobre la ganancia o la pérdida es la regla general.

Agrega entonces, que aunque posiblemente la reforma del artículo 103 del Código de Comercio pretendió satisfacer el principio de agilidad del tráfico mercantil, no era constitucionalmente posible arriesgar el patrimonio de los incapaces, en aras de realizar el

referido postulado comercial.

Por otro lado, recuerda que el artículo 44 superior impone importantes deberes a la familia, la sociedad y el Estado, para el logro del desarrollo de los menores de edad. De modo que la norma acusada, al desproteger el derecho prevalente de los menores sobre la propiedad, desconoce también la aludida norma constitucional.

Finalmente, señala que “de la aplicación del artículo 103 del Código de Comercio, se ha derivado un abandono a los fines del Estado (artículo 2 C.P.) pues en la medida en que no sean cumplidas las disposiciones constitucionales mencionadas anteriormente, no se estaría, como lo dispone el texto constitucional, garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En síntesis, el demandante solicita la declaratoria de inexecutable de la norma que parcialmente acusa, por cuanto “de su aplicación surge una desprotección a los derechos del menor, al evadirse un trámite que por el contrario la garantiza, de contera violándose disposiciones constitucionales que exigen un tratamiento especial con ciertas personas como desarrollo y concreción del principio de igualdad...”.

IV. INTERVENCIONES

Intervención de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

En forma oportuna, el ciudadano Juan Jacobo Calderón Villegas, profesor de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, intervino dentro del proceso a nombre de dicha Facultad a fin de solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma acusada.

Inicialmente la intervención afirma que efectivamente, como lo sostiene el demandante, el ordenamiento comercial no exige, a efectos de que personas incapaces efectúen aportes de derechos reales sobre inmuebles a las sociedades mercantiles, que se lleve a cabo ningún trámite adicional al del otorgamiento y registro de la escritura social en la forma y lugar previstos en el Código Civil. Agrega que esta interpretación coincide con la posición de la

Superintendencia de Sociedades, recogida en los conceptos 220-50159 de octubre 2 de 2002 y 220-13825 de 5 de abril de 2004, que transcribe en lo pertinente.

Más adelante, con miras a refutar los cargos de la demanda, la intervención recuerda que en la Sentencia C-507 de 2004 la Corte sostuvo que si bien el legislador goza de cierto margen de libertad en el diseño de las normas de protección a los menores, ellas deben ser “efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección, y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines.” Destaca entonces las varias reglas que se derivarían de esta afirmación jurisprudencial, en especial la concerniente a que no es posible al legislador excluir las medidas de protección que sean “necesarias e indispensables”.

Refiriéndose de manera concreta a si resulta inconstitucional la supresión del trámite de autorización judicial previsto en el Código Civil, para efectos de que los incapaces, a través de sus representantes, efectúen aportes en sociedades mercantiles de derechos reales sobre inmuebles, la intervención indica que prima facie parecería que la respuesta sería positiva, pues tal supresión significaría un retroceso en las medidas de protección, contrario al mandato de progresividad que más bien tendría que atender el legislador al respecto. Empero, prosigue diciendo que para poder esclarecer con precisión el problema jurídico, a lo que hay que atender prevalentemente es a si las medidas de protección suprimidas resultaban o no indispensables o necesarias.

Prosigue el interviniente diciendo que, aunque es claro que el trámite judicial suprimido encontraba su razón de ser en el imperativo de impedir que las actuaciones del representante legal afectaran los intereses del incapaz, resulta obvio también que la referida eliminación obedeció a la necesidad de tener en cuenta la dinámica ágil de las relaciones mercantiles. Pues, dentro de este contexto comercial, la exigencia de autorización judicial previa requerida para proceder al aporte en sociedad del incapaz, paradójicamente, en lugar de favorecer sus intereses, podía concluir afectándolos negativamente.

La exigencia de agilidad en las relaciones comerciales, continua diciendo, encuentra un claro fundamento constitucional en el artículo 333 superior, que define a la empresa como base del desarrollo. De esta manera, sostiene que el soporte de la eliminación del trámite judicial no resultaba caprichoso, sino que, por el contrario, encontraba un apoyo constitucional indiscutible y perseguía una finalidad importante de esta misma naturaleza.

En cuanto a si la supresión del trámite de que se viene hablando resultaba o no adecuada para alcanzar la finalidad constitucional consistente en conferir agilidad al tráfico mercantil, el interviniente a nombre de la Universidad del Rosario sostiene que sí se daba tal

adecuación, sobre todo si se tiene en cuenta el considerable período de tiempo que puede tardarse un trámite de autorización judicial para enajenación de un inmueble de propiedad raíz de un incapaz.

Finalmente, el interviniente expresa que el trámite de autorización judicial suprimido no era una medida necesaria o indispensable, toda vez que no existía certeza acerca de que dicho trámite protegiera de manera efectiva los intereses del menor, puesto que es plausible estimar que la necesidad de agotarlo elimina la posibilidad de ejecutar una adecuada inversión. Agrega que la existencia de autorización judicial previa al aporte no conjura tampoco el riesgo de ganancia o pérdida que se denuncia en la demanda. Añade que existen en el ordenamiento civil otros procedimientos orientados a defender los intereses del incapaz frente a la inadecuada actuación de sus tutores o curadores, que constituyen también valiosos mecanismos alternos de protección, por lo cual la autorización judicial antes exigida no se revelaba ni como óptima ni como necesaria o indispensable.

Por último, considera que alegar que no era constitucionalmente posible eliminar el trámite de autorización judicial, supone admitir que toda aportación de bienes inmuebles de menores en sociedades mercantiles se lleva a cabo en contra de los intereses de éstos, lo cual implica desconocer el principio constitucional de buena fe.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dentro del término procesal establecido, el señor Procurador de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, rindió el concepto de su competencia solicitando a la Corte que declare inexecutable la expresión “Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111”, contenida en el artículo 103 del Código de Comercio modificado por el artículo 2º de la Ley 222 de 1995. Fundamentó su solicitud en las siguientes razones:

En unas consideraciones iniciales, el señor Procurador se refiere a la protección de las personas incapaces en la Constitución Política y en las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Al respecto señala que compete al legislador definir la capacidad jurídica de las personas, y los mecanismos de protección de los incapaces. Recuerda que conforme al artículo 13 superior, las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta son acreedoras a la protección de Estado, y que entre ellas se encuentran quienes han sido señalados por la ley o declarados judicialmente como incapaces. Así mismo recuerda que la Constitución contiene disposiciones especiales en

relación con los incapaces, que señalan la obligación del Estado de garantizar tal protección, entre las cuales menciona el artículo 44, que consagra los derechos fundamentales de los niños y su prevalencia frente a los de los demás. Protección ésta que, dice, está íntimamente relacionada con la de las condiciones de vida del menor y con la de su patrimonio. Así mismo el artículo 45 consagra la protección especial de los adolescentes, y el 47 establece la obligación del Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se debe prestar la atención especializada que requieran.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Adicionalmente, el Ministerio Público recuerda que existe una normatividad internacional que consagra la especial protección de los derechos fundamentales de las personas en estado de indefensión o debilidad, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad y obliga a todas las autoridades nacionales, incluyendo al legislador. Esta normatividad está recogida, dice, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 2, 7, 16, 22 y 25); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 74 de 1968 (artículos 9, 10 y 24); la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, (artículos 13, 17 y 19); la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 51 de 1981, (artículo 16); el Convenio de Ginebra, (artículos 14, 17, 23, 24, 38, 50 y 94) y; los convenios especiales de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

Así pues, para el señor Procurador la protección de los incapaces y de su patrimonio se deriva de las normas constitucionales y del derecho internacional.

Ahora bien, aunque de carácter preconstitucional, en la normatividad contenida en el Código Civil se desarrolla la protección a los incapaces, pues quienes están llamados a cuidar de sus bienes son responsables de la administración del patrimonio del incapaz y de su conservación y provecho. “En consecuencia, responden por toda disminución o deterioro de la propiedad o los frutos de los bienes que administran ocasionada por actuaciones dolosas o culposas, inclusive, por culpa leve.”

Empero, adicionalmente a esta responsabilidad, dice el Procurador que “son múltiples los aspectos en que interviene el juez cuando se trata de los menores y de los incapaces en general”. Además, dado el aprecio social por la propiedad inmueble, como garantía de estabilidad patrimonial, la protección judicial se manifiesta especialmente en relación con los bienes de esta naturaleza en cabeza de los incapaces.

No obstante todo lo anterior, la vista fiscal hace ver que la norma demandada omite esta protección judicial en el caso de aportes de bienes raíces de los incapaces en sociedades mercantiles, y sólo exige el requisito consagrado en el artículo 111 del Código de Comercio, conforme al cual para hacer aportes en sociedad de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, bastará que la escritura social sea registrada en la forma y lugar prescritos en el Código Civil. La norma acusada escapa así a la regla general conforme a la cual se exige la autorización judicial para cualquier acto traslativo de dominio sobre los bienes raíces del incapaz, independientemente de su origen.

Con base en las consideraciones anteriores, el Ministerio Público considera que la disposición demandada, al autorizar el aporte de bienes inmuebles en la constitución de sociedades, sin la debida autorización judicial, “desprotege el interés superior del menor y de las personas que han sido declaradas incapaces, contradiciendo la obligación que el ordenamiento superior y las normas internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad asignan al Estado, relacionada con la conservación del patrimonio del incapaz como garantía de sus derechos.”

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una norma que forma parte de una Ley de la República, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

2. El problema jurídico que plantea la demanda.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Conforme se explicó en el acápite de Antecedentes, el demandante estima que en cuanto la norma que acusa suprimió la autorización judicial que antes se requería para que los menores hicieran aportes en sociedad de derechos reales sobre inmuebles, y señaló que en lo sucesivo bastaría con el registro de la escritura pública respectiva, extendiendo esta norma a todos los incapaces, desconoció con ello la protección especial de todos ellos, reclamada por las normas constitucionales.

La única intervención ciudadana oportunamente presentada sostiene que la eliminación de la autorización judicial obedeció a la necesidad de reconocer la agilidad y dinámica propia de las relaciones mercantiles, de la cual se derivaría que la exigencia del aval judicial, en vez de proteger a los incapaces, acabaría perjudicándolos, al entorpecer en grado sumo la posibilidad de hacer aportes sociales de derechos reales sobre inmuebles en circunstancias de oportunidad temporal. Así, dice, la razón de ser de la supresión de la mencionada autorización judicial encontraría fundamento en el reconocimiento constitucional de la empresa como base del desarrollo (C.P Art. 333). Agrega que la autorización judicial eliminada no era necesaria ni indispensable, toda vez que existen en el ordenamiento otras disposiciones, como aquellas relativas a la responsabilidad de los representantes legales de los incapaces, que constituyen mecanismos alternos para su protección, ciertamente eficaces.

La vista fiscal estima que de la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos emana una clara obligación estatal de protección a las personas que, como los incapaces, están en situación de debilidad manifiesta, por lo cual el legislador tiene la obligación de diseñar mecanismos jurídicos que hagan efectiva esta protección. Que desde antiguo la legislación civil consagra medidas de protección sobre los derechos de los incapaces, y que la regla general es que los actos dispositivos sobre los bienes inmuebles de su propiedad, por la especial valía que se les reconoce a esta clase de bienes, exija la previa licencia judicial. Así, la norma que se acusa constituye una clara excepción a este principio general, que significa un descuido de los derechos de estos sujetos de especial protección constitucional, y por lo tanto redundante en la inexecutablez de la disposición.

Así las cosas, corresponde a la Corte estudiar si la supresión de la autorización judicial antes requerida para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces sobre bienes inmuebles desconoce el mandato Constitucional de protección a las personas en situación de debilidad manifiesta. O si esta supresión se justifica por la dinámica ágil de las relaciones comerciales, sin que, además, redunde en desprotección de los incapaces, cuyos intereses se ven amparados por otras normas legales.

3. Los menores y los demás incapaces civiles como sujetos de especial protección.

3.1 Normas constitucionales de protección a los menores de edad y a los demás incapaces civiles .

3.1.1 Protección constitucional de los menores de edad.

3.1.1.1 Los derechos de los niños encuentran en la Constitución Política una protección especial. Para empezar, el artículo 44 superior enumera aquellos derechos fundamentales suyos que deben ser particularmente efectivos², y agrega que también gozarán de “los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. Pero lo más destacado de esta disposición superior es el señalamiento según el cual “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, con el cual se consagra lo que la doctrina constitucional ha llamado el “principio del interés superior del menor”.

La Corte se ha encargado de precisar el contenido de este principio, señalando al respecto lo siguiente:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el

desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”³

De otro lado, el principio del interés superior del menor que consagra la Constitución en su artículo 44 está también recogido en numerosos instrumentos internacionales aprobados por Colombia, en especial en Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁴, y en la Convención sobre Derechos del Niño⁵, incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991.

3.1.1.2. Más adelante, la Constitución se refiere en su artículo 45 a la especial protección estatal de los menores adolescentes, al decir que “el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”. De esta manera, la Carta refuerza los derechos de este segmento de la población menor de edad.

En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha explicado, con base en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que la especial protección constitucional dispensada por el constituyente en el artículo 44 en favor de los “niños” cubre a todo menor de dieciocho años. Ciertamente, sobre este asunto en la Sentencia C-092 de 2002⁶ vertió los siguientes conceptos:

“...la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

“El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el

artículo 17, apartado c) 7, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.”

“Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”⁸ En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años⁹”.

Pero no son éstas las únicas normas constitucionales que dispensan una garantía especial a los derechos de los menores de edad. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 superior, la pareja tiene el deber de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores e impedidos. Por otra parte, el artículo 50 de la Carta establece que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, y en materia laboral, la Constitución ordena que el estatuto del trabajo tenga en cuenta como principio mínimo fundamental la protección especial al trabajador menor de edad (C.P. art. 53). Finalmente, según los términos del artículo 67 ibidem, la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica.

3.1.1.3 Todo este tejido normativo dedicado a reforzar los derechos de los menores obedece a tres razones que también han sido señaladas por la jurisprudencia, que al respecto ha dicho que el otorgamiento de este status especialísimo toma en consideración: (i) “las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental – debilidad – y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad”¹⁰; (ii) que los menores están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables¹¹; (iii) que el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a un orden basado en los valores de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad^{12;13}

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3.1.2 Protección constitucional de los demás incapaces civiles.

3.1.2.1 La Constitución Política no sólo dispensa protección especial a los menores de edad; lo hace de manera general respecto de todas aquellas personas cuya situación amerite acciones positivas, dirigidas a lograr que la igualdad sea efectiva. Entre este grupo se

encuentran todas aquellas que padecen de graves discapacidades síquicas o físicas. En efecto, el artículo 13 alude a la especial protección de las “personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”; la Corte ha explicado que, respecto de ellas, el Constituyente de 1991 dejó de considerar su discapacidad como un asunto exclusivamente médico o patológico, objeto de regulación y estudio por el derecho privado, para convertirse en un tema vinculado directamente con el principio de dignidad humana.¹⁴

Pero no sólo el artículo 13 superior ordena adoptar medidas positivas dirigidas a lograr la igualdad efectiva de este grupo de la población; también en el artículo 47 el constituyente empleó los términos “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”; y en el artículo 68 se hace referencia a “personas con limitaciones físicas o mentales”. En todos ellos lo hace para dispensar una protección especial en atención a su situación de debilidad manifiesta.

Como se ve, en las normas anteriores la Constitución parece referirse indiscriminadamente a todas las personas que padecen limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas. Sin embargo, dentro de ellas cabe hacer distinciones, pues no toda limitación o minusvalía origina disminución psíquica o problemas de expresión de una voluntad libre. Empero, lo que sí es claro es que la protección constitucional cobija de manera general a todas las personas con limitaciones, y que la ley debe desarrollar mecanismos específicos de protección que se adecuen a las circunstancias propias de cada sujeto.

3.1.2.2 Ahora bien, algunas de estas limitaciones ocasionan en quien las padece cierta falta mayor o menor de capacidad negocial, por incompreensión relativa o absoluta del objeto de las relaciones jurídicas o comerciales, como sucede con los dementes, por dificultades volitivas provenientes de desordenes psicológicos, como acaece con los dilapidadores, o por dificultad de expresión de una voluntad jurídica libre, como sucede con los sordomudos que no pueden darse a entender en modo alguno.¹⁵ Esta realidad ha sido reconocida por el legislador incluso antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, primera que se refirió expresamente a la necesidad adoptar medidas positivas dirigidas a lograr la igualdad efectiva respecto de las personas en situación de debilidad manifiesta.

4. Desarrollo de la protección constitucional del menor y de los demás incapaces civiles en la legislación civil y comercial

4.1 Como se acaba de decir, la legislación civil, mucho antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, desarrolló de varias formas la protección especial a los menores de edad y a los demás incapaces civiles. Una de ellas es el régimen legal de la incapacidad de ejercicio consagrada en el artículo 1504 del Código Civil¹⁶. En efecto,

recuérdese que la capacidad en sentido general es la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir corresponde a la noción de personalidad jurídica. No obstante, dentro de este concepto se distingue la capacidad de goce, que es propiamente la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, de la capacidad de ejercicio o capacidad legal, que a voces del artículo 1502 del Código Civil “consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” Quien no tiene capacidad legal o de ejercicio se llama incapaz. Los menores, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender en modo alguno¹⁷ y los disipadores se incluyen dentro de esta categoría, como expresamente lo señala el artículo 1504 de dicho Código.

4.2 Ahora bien, respecto de la incapacidad que cobija a los menores de edad, la jurisprudencia ha explicado que no tiene por objeto considerarlos como seres de menor valía, sino que se trata de una forma de reforzar la prevalencia de sus derechos dispuesta por la Constitución; en este sentido, recientemente la Corte dijo:

“... a determinados sujetos se les considera incapaces, no para discriminarlos, sino por el contrario, para protegerlos en el sentido que deban acudir a un representante legal que sustituya parcial o complemente la facultad reflexiva o racional que, en el caso de los y las menores de edad, está en etapa de formación y afianzamiento (Arts. 1502, inc. 2º. y 1504 C.C.).

“ ...

“...la incapacidad por razón de la edad (los infantes, impúberes y menores adultos) resulta ser una institución protectora del estado de minoridad. Esto es, si el tráfico jurídico de los intereses económicos obedece a la lógica de defender los propios, dicho tráfico no puede darse en condiciones desiguales. Y si además, la igualdad de condiciones para su ejercicio depende en gran medida de la suficiencia con la que se reflexione y se valoren las consecuencias jurídicas de participar en estas actividades, se hace necesario que las etapas propias del aprendizaje, formación e instrucción según la edad (entre otras variables), sean tenidas en cuenta por el legislador como criterio para diferenciar a los sujetos que pretenden negociar jurídicamente.

“15.- Así, para esta Corporación es claro que la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo. No obstante, la regulación jurídica de estas

actividades va más allá. Por un lado, estipula modalidades de representación (tutelas y curatelas) que ejercen guardadores (tutores y curadores), en favor de los y las menores para hacer valer sus intereses. Luego, se trata de una seguridad patrimonial de su actividad negocial.”¹⁸

4.3 Por otra parte, legislación civil tradicionalmente ha concedido también una protección especial al segmento de la población discapacitada que, por razón de algún trastorno sensorial o mental, “presenta alteración en su pensamiento, afecto, juicio, raciocinio y conducta que le impide su libre autodeterminación y el adecuado desarrollo de relaciones interpersonales y vida en comunidad, ya sea en forma temporal o definitiva”.¹⁹ En este sentido, el artículo 1504 de este Código señala que “(s)on absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender” y añade que “(s)on también incapaces ... los disipadores que se hallen bajo interdicción.”

Estas incapacidades civiles para el ejercicio de los derechos, como las relativas a la incapacidad de los menores de edad, tradicionalmente se han considerado como medidas de protección a favor de quienes padecen tales limitaciones. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“En orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador creó la representación legal a virtud de la cual coloca unos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las que inviste de atribución para actuar en su nombre y de vincularlos en los efectos que de esos actos se deriven, como si hubieran contratado ellos mismos.”²⁰

4.4 Protección especial a menores y demás incapaces en lo que concierne a la disposición de sus bienes inmuebles.

4.4.1 Autorización judicial para actos dispositivos. Venta en pública subasta. Así pues, el régimen legal de la incapacidad de ejercicio es la solución general que históricamente el legislador ha adoptado para proteger los derechos de los menores y los demás incapaces en las relaciones jurídicas; de esta manera, el legislador les provee en el representante legal, sea el padre de familia, el tutor o el curador²¹, una persona que supla su inmadurez o sus dificultades cognoscitivas o volitivas cuando actúan obligándose en el mundo jurídico; no

obstante, respecto de algunos actos esta protección general no se considera suficiente, por lo cual la ley civil los reviste de exigencias adicionales.

Tal sucede, entre otros, con los actos jurídicos que implican la disposición o el gravamen de bienes inmuebles del menor o los demás incapaces, respecto de los cuales desde 1887, cuando con la expedición de la Ley 57 de ese año se adoptó el Código Civil, se exige que el representante legal obtenga la previa licencia judicial. En efecto, dentro de una concepción social que especial valía a los bienes raíces, el Código Civil consagra medidas encaminadas a mantener en cabeza de los incapaces esta clase de propiedad, a la cual se vincula una mayor estabilidad económica.

En este sentido, el artículo 303 del mencionado Código, refiriéndose al caso en que el incapaz es un menor de edad y su representante legal es el padre y/o la madre, reza:

“Artículo 303: No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La anterior norma se ve complementada así por lo dispuesto en el artículo 483 del mismo Código, relativo al caso en que el representante legal del incapaz es un tutor o curador:

“Artículo 483: No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre...” 22

Con el mismo espíritu protector de los intereses del incapaz, el artículo 484 ibidem, dispone que “La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo, enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta.”²³ Y congruente con la regulación contenida en el Código Civil, el artículo 653 del Código de Procedimiento Civil prescribe que al autorizarse judicialmente la venta de bienes de incapaces, se ordenará hacerla en pública subasta.

Con la misma finalidad de mantener en cabeza de los incapaces la propiedad inmueble de que sean titulares, el artículo 485 del Código Civil señala que “Sin previo decreto judicial no podrá el tutor o curador proceder a la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros pro indiviso”. Por su parte, el artículo 488 ibidem ordena que (h)echa la división de una herencia, o de bienes raíces que el pupilo posea con otros pro indiviso, será necesario, para que tenga efecto, nuevo decreto judicial, que con audiencia del respectivo defensor la apruebe y confirme”. Similarmente, el artículo 489 define que también se necesita decreto judicial “para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo, que se valúen en más de mil pesos, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterá a la aprobación judicial, so pena de nulidad” ; y el 490 establece que “(e)l dinero que se ha dejado o donado al pupilo para la adquisición de bienes raíces, no podrá destinarse a ningún otro objeto que la impida o embarace; salvo que intervenga autorización judicial con conocimiento de causa”. Finalmente, el artículo 491 del Código Civil indica que “es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto judicial.”

Por último, debe recordarse que la autorización judicial exigida para este tipo de actos dispositivos respecto de inmuebles de incapaces fue especialmente definida en sus características y finalidad por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que destacó al respecto que la ley exigía que tal autorización se produjera “con conocimiento de causa”, es decir mediando prueba que acreditara “la necesidad o utilidad manifiesta de la venta; porque es del contenido de esta prueba ...de donde legalmente debe deducir el juez la conveniencia o inconveniencia de autorizarla”.²⁴

4.4.2 De lo todo lo anterior la Corte concluye que en la legislación civil una de las formas de desarrollar la necesaria protección de los menores y los demás incapaces es la institución de la incapacidad de ejercicio; institución jurídica que se acompaña de medidas legislativas complementarias destinadas a la protección del patrimonio del incapaz, particularmente de sus bienes inmuebles, medidas que de manera general exigen que cualquier acto dispositivo sobre esta clase de bienes de los incapaces obtenga la previa autorización judicial, y además, cuando tal acto dispositivo se lleva a cabo a título de venta, la misma deba producirse en pública subasta.

4.4.3. De manera similar a como lo hace el Código Civil, la legislación comercial contiene normas dirigidas a proteger a los incapaces. Así por ejemplo, el artículo 899 dispone que será nulo el negocio jurídico, entre otros casos, cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz, y el artículo inmediatamente siguiente regula que será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz. De forma más general, el artículo 822 remite al Código Civil para todo lo concerniente a las condiciones de validez de los actos y contratos, al decir que “(l)os principios que gobiernan 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 establezca otra cosa.”

En lo que concierne concretamente a la capacidad para ejercer actos de comercio, el artículo 12 indica que toda persona que según las leyes comunes tenga capacidad para contratar y obligarse, es hábil para ejercer el comercio y que las que con arreglo a esas mismas leyes sean incapaces, serán inhábiles para ejecutar actos comerciales. Agrega la norma que los menores adultos pueden, con autorización de sus representantes legales, ocuparse en actividades mercantiles en nombre o por cuenta de otras personas y bajo la dirección y responsabilidad de éstas. Con el mismo espíritu, el artículo 17 dispone que se pierde la calidad de comerciante por la incapacidad o inhabilidad sobrevinientes para el ejercicio del comercio.

5. La participación de incapaces en sociedades mercantiles y la eliminación de la autorización judicial para el aporte de derechos reales en cabeza suya.

5.1 Dentro de este contexto normativo tendiente a proteger a los incapaces, el Código de Comercio contiene normas específicas para la participación suya en sociedades. En este sentido, el artículo 101 indica que para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados, será necesario que de su parte haya capacidad legal. Por su parte, el artículo 103, parcialmente demandado en esta causa, en la parte no acusada dispone que los incapaces no podrán comprometerse como socios en aquellas sociedades en que se compromete la responsabilidad más allá del valor del aporte, como son las sociedades colectivas, y por las mismas razones señala que no podrán ser gestores de sociedades en comandita; en los demás casos (es decir para asociarse en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o para intervenir como comanditarios en sociedades en comandita), prescribe que podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, según el caso.

5.2. No obstante, el Código de Comercio no contiene las mismas previsiones del Código Civil relativas a la necesaria autorización judicial para llevar a cabo actos dispositivo sobre bienes inmuebles de personas incapaces. Y para el caso en que tal acto dispositivo es el aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles, el artículo 103, en el segmento acusado, expresamente exime esta licencia judicial, al señalar que “para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111”, es decir, que es suficiente con que la copia de la escritura social respectiva sea inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal.

Esta interpretación de la norma acusada es la que ha acogido oficialmente la Superintendencia de Sociedades, como puede leerse en el concepto emitido en octubre de 1992, que en la parte pertinente se transcribe en seguida:

“Para dar respuesta a la consulta planteada, basta una simple lectura al citado artículo, según el cual “Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita...”, que no es otra cosa que la aptitud para asociarse en cualquier otro tipo societario diferente a colectiva o, en tratándose de sociedades en comandita, la de participar en calidad de comanditario. Cualquiera que sea el evento, por conducto o autorización de su representante legal, formalidad que claramente se consagra en la norma en mención.

Ahora bien, no es menos clara la disposición en mención cuando refiriéndose al aporte de derechos reales sobre inmuebles establece que “... bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111”, preceptiva que ordena registrar la escritura pública correspondiente “...en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble”, de lo que se colige, de un simple análisis comparativo del texto original del artículo 103 del Código de Comercio y de la modificación introducida por el artículo 2º la citada Ley 222, que la reforma consistió en eliminar del articulado la autorización judicial como requisito para el aporte de los derechos reales sobre inmuebles y en su lugar se limitó a las formalidades de que trata el artículo 111, antes citado.”²⁵

Es más, la dispensa de autorización judicial para proceder al aporte en sociedad de inmuebles de menores fue expresamente introducida como una modificación legislativa mediante la Ley 222 de 1995, que modificó en este punto el artículo 103 del Código de Comercio, el cual, en su redacción original, rezaba así:

“Artículo 103. Los menores adultos no habilitados de edad sólo podrán intervenir en la formación de sociedades en las cuales no se comprometa ilimitadamente su responsabilidad, con sujeción a las reglas establecidas en el título I del libro primero de este Código. Los menores impúberes podrán intervenir en esa misma clase de sociedades por conducto de sus representantes legales.

“Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles bastará la autorización judicial con conocimiento de causa.”

Frente a esta redacción el actual artículo 103 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

“Artículo 103. Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita.

“En los demás casos, podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, según el caso. Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111.”²⁶ (Se subraya lo demandado)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Como puede apreciarse, las reformas introducidas por la Ley 222 de 1995 a la disposición consistieron en (i) extender la norma de manera que ahora cubre a todos los incapaces y no sólo a los menores de edad, (ii) en variar la redacción del primer inciso para suprimir la posibilidad de intervención sin representante legal de menores adultos en sociedades que no comprometan ilimitadamente su responsabilidad, (iii) en señalar de manera general que todos los incapaces, por conducto de sus representantes, pueden ser socios en sociedades, siempre y cuando no asuman en ellas responsabilidad ilimitada, y (iv) en eliminar la autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles de menores e incapaces, afirmando que para tal aporte basta con la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la escritura respectiva. Esta última prescripción normativa es la que ha sido objeto de demanda de inconstitucionalidad.

5.3. Ahora bien, la interpretación histórica de la Ley 222 de 1995, no revela claramente cuál fue la razón de esta modificación del artículo 103. En el proyecto de ley inicialmente presentado a consideración de la Cámara de Representantes, se mantenía la exigencia de autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de menores, y la norma se extendía a todos los incapaces²⁷. Igualmente el texto definitivo aprobado en primer debate en la Cámara conserva tal exigencia.²⁸ El texto actual que elimina la autorización

judicial para proceder al aporte en sociedad de derechos reales de incapaces fue introducido en la ponencia para segundo debate en la Cámara, que lo aprobó sin modificaciones. En dicha ponencia no se da ninguna explicación concreta sobre este cambio.²⁹ En adelante, la Comisión Tercera del Senado de la República y la Plenaria de esta misma Corporación aprobaron el texto actual del artículo 103 del Código de Comercio³⁰, sin que se lean en las ponencias respectivas justificaciones sobre la novedad introducida.³¹

No obstante lo anterior, el propósito general que animó a la expedición de la Ley 222 de 1995 arroja algunas luces sobre la intención llevó al legislador a eliminar la autorización judicial como requisito previo al aporte en sociedad de derechos reales de incapaces. En efecto, dentro de las consideraciones generales que justificaron la adopción de esa Ley, se hizo particular hincapié en que ella incluía un importante desarrollo del principio de buena fe, consagrado en el artículo 83 superior, conforme al cual debe presumirse la buena fe en toda actuación de los particulares. Por esa razón, se dijo en la exposición de motivos, se suprimían los controles y revisiones excesivas que muchas veces constituían trabas que entorpecían el desarrollo empresarial y que atentaban contra la referida presunción de buena fe. También se indicó que la reforma estaba respaldada por el principio de autonomía de la voluntad, que implicaba el diseño de un régimen elástico, “apoyado en la amplitud de formas”, y que se debía manifestar en “la libertad de actuación que deben tener los distintos sujetos que intervienen en el comercio, de tal forma que sea su voluntad la que regule las relaciones que se presentan en el mercado.” En este mismo sentido se dijo:

“Autonomía de la voluntad.

“...

“En consecuencia una legislación societaria que pretenda responder a la rapidez con que se efectúan las transacciones mercantiles debe contar con normas de naturaleza supletiva que permitan principalmente a los particulares determinar la forma en que deben actuar. Es claro que las sociedades constituyen el sujeto más importante dentro de cualquier mercado y es por ello que el proyecto de reforma plantea una normatividad donde se da prevalencia a la voluntad de los socios y de quienes se relacionan con la sociedad, para que sea esta la que determina su marco de acción”.

“...

“Menor Intervención estatal.

“Como complemento al principio expuesto anteriormente, la reforma refleja una disminución en la intervención del Estado, eliminando una serie de controles que en la práctica sirvieron más para dificultar el desarrollo comercial que para proteger el interés general. De esta forma el proyecto refleja la nueva concepción del Estado, que le impone una función de dirección e igualmente le exige presumir la buena fe de los particulares...”³²

Así pues, la norma acusada omite exigir autorización judicial para proceder al aporte en sociedad de derechos reales sobre bienes inmuebles de incapaces. Además, lo omite intencionalmente, respondiendo a la necesidad de no poner trabas a las relaciones mercantiles y al desarrollo ágil del comercio, de respetar la autonomía de la voluntad y de presumir la buena fe de los particulares.

6. Examen de constitucionalidad de la norma acusada.

6.1. Así las cosas, se pregunta la Corte si la intencional eliminación del requisito de autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles de incapaces constituye, como lo alega la demanda, el incumplimiento de un mandato constitucional que obliga al legislador a adoptar las medidas de protección a las personas que, como los incapaces, están en situación de debilidad manifiesta, o si dicha eliminación se justifica por la necesidad de dotar al comercio de un marco normativo que propicie una dinámica ágil, en la cual puedan participar oportunamente los incapaces.

La respuesta a este interrogante exige en primer lugar estudiar los alcances de la obligación del legislador de adoptar medidas de protección respecto de las personas más débiles. Pues en principio, dado que la Constitución no señala exactamente en qué debe consistir ese trato particular, limitándose a decir que las personas en situación de debilidad manifiesta deben ser objeto de especial protección (C.P Art. 13), debe entenderse que el legislador dispone de un margen de libertad para la apreciación de las circunstancias que configuran la situación de debilidad y para el diseño las normas específicas de protección. No obstante, esta libertad de configuración encuentra un límite, pues al legislador le está vedado desproteger a los incapaces, exponiéndolos a la vulneración de sus derechos, en particular de sus derechos fundamentales. En este sentido, refiriéndose a las medidas de protección que el legislador debe adoptar a favor de los menores, la Corte ha sostenido que las mismas deben ser “efectivas y conducentes” para lograr tal amparo, y no excluir aquellas que resulten “necesarias o indispensables” para alcanzar esos propósitos. Véase:

“Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección.”³³

Una medida de protección es efectiva o conducente cuando no es meramente formal, sino que resulta eficaz o útil para amparar a la persona en situación de debilidad que se pretende proteger, llevando a la realidad la defensa de sus intereses que la Constitución le otorga. Y es necesaria o indispensable, cuando sin ella no se puede alcanzar tal protección. Ahora bien, las medidas de protección sólo son necesarias cuando efectivamente se requieren por estar la persona en una situación en la que realmente existe una posibilidad, aunque sea remota, de que sus derechos o intereses se vean lesionados o al menos afectados negativamente en algún grado. Si no existe esta posibilidad de lesión, la medida obviamente no es necesaria.

6.2. Establecido lo anterior, pasa la Corte a estudiar si la autorización judicial para proceder al aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles en cabeza de los incapaces era una medida necesaria e indispensable y a la vez efectiva y conducente para proteger sus intereses, de manera que no le era posible al legislador derogarla. Para estos efectos se referirá en primer lugar a la clase de sociedades en las que los incapaces pueden participar, a las circunstancias en que se pueden asociar a ellas, a las responsabilidades que asumen con la asociación y a la responsabilidad de sus representantes legales cuando autorizan tal asociación o el aporte en sociedad de derechos reales de sus representados, como también a la responsabilidad de los administradores de las sociedades en que intervengan, para así establecer qué tipo de riesgos asumen los incapaces al hacer aportes de derechos reales sobre inmuebles y verificar si no existen medidas legales alternativas les otorguen protección en tal evento. Además la Corte examinará los beneficios y riesgos que de manera general pueden producirse con la intervención de los incapaces en sociedades y con su aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles; finalmente se detendrá en las particularidades del trámite judicial de autorización de actos dispositivos de menores sobre inmuebles, para así poder evaluar si dicha autorización constituye una medida de protección ineludible, o si más bien se erige en una traba a la posibilidad del incapaz de actuar adecuadamente en el mundo mercantil a través de su representante.

6.2.1 Clase de sociedades en las que los incapaces pueden participar y la responsabilidad

que asumen con la asociación. Los incapaces, como lo dispone el mismo artículo 103 del Código de Comercio en la parte no acusada, no pueden ser socios de sociedades colectivas³⁴ ni gestores de sociedades en comandita. Es decir, solamente pueden asociarse en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o como comanditarios en sociedades en comandita. Esta prohibición, sin duda, mira a la protección suya, al impedirles comprometer ilimitadamente su responsabilidad, que en virtud de lo dispuesto por la norma sólo puede llegar hasta el límite de su aporte³⁵. Así, puede decirse que aquí el legislador previó una primera medida de protección para incapaces que actúen como socios en sociedades comerciales.

6.2.2. Circunstancias en que los incapaces se pueden asociar. En segundo lugar, los incapaces sólo pueden intervenir como socios en sociedades comerciales por intermedio de su representante legal o con su autorización, según se trate de incapaces absolutos o relativos. Así lo dispone también el mismo artículo 103 del Código de Comercio en la parte no demandada. Esta medida tiene así mismo una finalidad protectora de los incapaces, pues como ha sido explicado por la jurisprudencia, la representación legal no significa que se les considere seres de menor valía, sino que se trata de una forma de reforzar la prevalencia de sus derechos dispuesta por la Constitución³⁶. Ahora bien, en el caso de los menores, el artículo 102 del Código de Comercio expresamente autoriza la sociedad entre padres e hijos, aunque unos y otros sean los únicos asociados.

6.2.3 La responsabilidad de los representantes legales de los incapaces cuando autorizan la asociación o el aporte en sociedad de derechos reales de sus representados. En tercer lugar, los representantes legales de los incapaces deben observar ciertas reglas en garantía de sus representados, y asumen concretas responsabilidades por sus actos en ejercicio de tal representación. En efecto, en lo que concierne a los padres de familia, a quienes la patria potestad les confiere la facultad de representar a su hijo, de administrar su patrimonio y de gozar de los frutos que éste produce³⁷, si bien la ley no les exige hacer inventario de los bienes que administran, si les ordena llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que comienza la administración³⁸; en esta administración de los bienes del hijo, son responsables por toda disminución o deterioro que se deba a culpa aun leve, o a dolo;³⁹ este grado de culpa sin duda tiene como objeto que conserven el patrimonio del hijo sin disminuirlo notoriamente. Por último, en lo relativo a la responsabilidad de los padres por la administración de los bienes de sus hijos, el Código Civil prescribe que “los actos o contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que sean autorizados o ratificados por quien ejerce la patria potestad, obligan directamente a quien dio la autorización y subsidiariamente al hijo hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos negocios”.⁴⁰

Por su parte, los tutores y curadores⁴¹ no pueden iniciar la administración de los bienes de sus pupilos sin que la guarda les sea judicialmente discernida, y para ello es menester que preceda inventario solemne de los bienes del incapaz y otorgamiento de fianza.⁴² El tutor o

curador representa o autoriza al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones.⁴³ Además, administra sus bienes, y es obligado a la conservación de estos y a su reparación y cultivo. En esta administración, su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive.⁴⁴ Como garantía adicional, el artículo 504 del Código Civil prescribe que el tutor o curador tiene la obligación de llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; de exhibirlas luego que termine su administración, de restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y de pagar el saldo que resulte en su contra.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 160 del Código Civil, siempre que quien tenga la administración de los bienes de un menor, en su condición de padre, tutor o curador, ponga en peligro los intereses económicos puestos bajo su cuidado, el defensor de familia deberá promover, en beneficio del menor, el proceso o procesos judiciales tendientes a la privación de la administración de sus bienes, o la remoción del guardador⁴⁵, en su caso, y los encaminados a obtener la reparación del perjuicio a que hubiere lugar. El defensor de familia, en los eventos contemplados en el artículo anterior, podrá solicitar al juez competente, mientras dura el proceso, la suspensión provisional de las facultades de disposición y de administración de los bienes del menor y el nombramiento de un administrador de los mismos con sujeción a los requisitos legales. El juez también podrá decretar la suspensión de oficio, en los casos en que lo considere conveniente.

Por su parte, respecto de los demás incapaces, conforme al artículo 627 del Código Civil, los tutores o curadores serán removidos: “1. Por incapacidad. 2. Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo y en especial por las señaladas en los artículos 468⁴⁶ y 523⁴⁷. 3. Por ineptitud manifiesta. 4. Por actos repetidos de administración descuidada. 5. Por conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo. Por la cuarta de las excusas (sic) anteriores no podrá ser removido el tutor o curador que fuere ascendiente, o descendiente, o cónyuge del pupilo; pero se le asociará otro tutor o curador en la administración.”

Ahora bien, la responsabilidad de los representantes legales de los incapaces es también de tipo penal: En efecto, al respecto el artículo 236 del Código Penal dispone:

“Artículo 236: Malversación y dilapidación de bienes de familiares. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela en ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de uno (1) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la

conducta no constituya otro delito.”

En síntesis, tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil existen medidas alternativas a la de la autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces, que constituyen garantías para ellos respecto de que el aporte que se haga de tales derechos en cabeza suya no se realice en contravención de sus intereses o comprometiendo en exceso su responsabilidad. Tales medidas en resumen son las siguientes: (i) la prohibición para intervenir como socios en sociedades en las que comprometan su responsabilidad más allá del aporte; (ii) la necesaria intervención del representante legal para asociarse y para aportar derechos reales sobre inmuebles; (iii) la responsabilidad hasta la culpa leve de los representantes legales de los incapaces; (iv) la obligación de otorgar fianza y hacer inventario solemne, que deben cumplir los guardadores antes de que la guarda les sea discernida y la de llevar cuentas de la administración con posterioridad al discernimiento; (v) la existencia de causales de remoción para los guardadores, por incapacidad, ineptitud, culpa grave o actos repetidos de mala administración; y (vi) la responsabilidad penal por malversación y dilapidación de bienes de familiares.

6.3. La responsabilidad de los administradores de las sociedades en que intervengan incapaces. La ley no contiene disposiciones especiales que establezcan una responsabilidad particular para los administradores de las sociedades por el hecho de que en ellas intervienen incapaces en calidad de socios. Sin embargo sí prevé reglas generales a cerca de la manera en la que deben conducir los negocios sociales, y la responsabilidad en que incurren por el incumplimiento de estos deberes. En efecto, conforme lo disponen los artículos 23 y siguientes de la Ley 222 de 1995, los administradores⁴⁸ deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios; sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados; en el cumplimiento de su función deberán realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos, abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, entre otras.⁴⁹

Por su parte, la responsabilidad de los administradores es regulada por el artículo 200 del Código de Comercio de la siguiente manera:

“Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

“No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

“ ...

“Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”

Estas reglas generales significan para los incapaces que se asocian y aportan en sociedad derechos reales una garantía de sus derechos, aunque no se trata de medidas de protección específicamente diseñadas para ampararlos, sino de reglas generales que el legislador ha diseñado en procura de la protección de todos los asociados y del interés general.

6.4. Los beneficios y riesgos que de manera general pueden producirse con la intervención de los incapaces en sociedades y con su aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles. Los beneficios y riesgos que pueden producirse con la intervención de los incapaces en sociedades, y particularmente con su aporte en ellas de derechos reales sobre inmuebles, dependen de cada caso en particular. No obstante, de manera general puede decirse que el ánimo que acompaña a quienes deciden intervenir como socios en una sociedad es obtener un aumento de su capital, como bien lo dice el artículo 98 del Código de Comercio al afirmar que por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte “con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”. Sin embargo, como es obvio, de la actividad social pueden obtenerse ganancias o pérdidas. Ahora bien, los aportes de los socios conforman el capital social y quedan representados en acciones, partes de interés o cuotas según el tipo de sociedad. Como regla general, el reembolso de dichas acciones, cuotas o partes de interés no procede antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo. Este reembolso se hará entonces en proporción al valor nominal del interés de cada asociado, después de haber

enjugado el pasivo.50

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Esta realidad ha sido explicada así por la Superintendencia de Sociedades:

“El sentido correcto del artículo 144 del Código de Comercio es el de que, una vez disuelta una sociedad y, por consiguiente, en estado de liquidación, los asociados de la misma no pueden pedir, ni lógicamente ella ordenar el reembolso del valor total, ni siquiera parcial, de sus acciones, cuotas o partes de interés, antes de que se haya cancelado el pasivo externo. A contrario sensu, sólo una vez cancelado dicho pasivo podrán los socios pedir y la sociedad deberá hacer el reembolso del valor total de sus acciones, cuotas o partes de interés, si las actividades sociales no han arrojado pérdidas que afecten dicho valor, o de sólo la parte del valor de ellas que quede, si se han producido tales pérdidas y sea pertinente entonces hacer efectiva sobre los aportes la responsabilidad que quepa a los socios, según la clase de sociedad de que se trata, operaciones que deben ejecutarse en cumplimiento de la liquidación de la compañía. (Supersociedades, Ofi. OA/0436, ene. 15/73).”

Así pues, sin que se trate de un contrato aleatorio entendido como aquel que está sujeto a una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato de sociedad, en cuanto conlleva el desarrollo de una empresa o actividad social que puede arrojar utilidades o pérdidas, sí implica un riesgo para el incapaz que interviene como socio, pues todos los asociados participan en los beneficios obtenidos, pero también contribuyen en el insuceso de las pérdidas.

Ahora bien, si el aporte del incapaz consiste en derechos reales sobre inmuebles, como por ejemplo puede ser el derecho de propiedad, al asociarse está dejando de ser titular de un derecho al que históricamente se le ha reconocido una especial importancia y un régimen jurídico especial, para cambiarlo por acciones, partes de interés o cuotas, según el tipo de sociedad, que le otorgan la facultad de participar en las eventuales utilidades sociales, pero que también lo obligan a contribuir al pago del también eventual pasivo societario. Y aunque la responsabilidad del incapaz por el pasivo de la sociedad no puede ir en ningún caso más allá de su aporte, pues expresamente lo prohíbe la ley al impedirle asociarse en sociedades colectivas o como socio gestor en sociedades comanditarias⁵¹, lo cierto es que el valor de su aporte eventualmente puede consumirse íntegramente en el pago de las pérdidas.

6.5 El carácter especial de los bienes inmuebles. La importancia que en general le es

conferida a los bienes inmuebles se ve reflejada en la especialidad de su régimen jurídico: ciertamente, en razón de esta importancia los términos de prescripción adquisitiva son mayores para los bienes inmuebles⁵²; los actos jurídicos que implican enajenación o gravamen de bienes inmuebles requieren como solemnidad ad substantiam actus el otorgamiento de escritura pública⁵³; la tradición de inmuebles es solemne⁵⁴; la rescisión por lesión enorme solo hace relación a los bienes inmuebles⁵⁵; el embargo de inmuebles solo opera mediante inscripción en la oficina de registro, mientras que el de muebles se perfecciona con el secuestro⁵⁶, etc.

Esta especial regulación, hoy en día, encuentra su razón de ser en varias causas que no necesariamente tienen que ver con el mayor valor económico de los inmuebles frente a otro tipo de bienes o derechos. Pues a pesar de que en nuestro tiempo resulta discutible la vigencia del aforismo romano conforme al cual “res mobiles, res viles”⁵⁷, pues sin duda existen activos patrimoniales de inmenso valor que no constituyen derechos sobre la propiedad raíz, subsisten razones para considerar justificada esta regulación especial. Entre estas razones, la doctrina se ha referido a causas físicas, señalando que los bienes inmuebles permanecen adheridos al territorio, por lo cual son siempre ubicables, susceptibles de identificación, y se hallan permanentemente sujetos a la supervisión y vigilancia del poder público, al paso que los muebles como regla general se sustraen a esa posibilidad. También ha mencionado causas económicas, referentes al alto número de transacciones y a la rapidez con la que se produce la circulación de otros bienes, que influye en una mayor oscilación de su valor, cosa que no sucede con la propiedad raíz. Finalmente ha mencionado razones psicológicas, pues los seres humanos tienen mayor vinculación emocional con los bienes inmuebles, que además poseen un carácter familiar del cual los demás bienes están desprovistos.⁵⁸

A las razones que justifican esta especial regulación jurídica de los bienes inmuebles también se refirió esta Corporación cuando, al estudiar la demanda incoada contra el artículo 32 de la Ley 57 de 1887, que consagra al acción de rescisión por lesión enorme sólo para la compraventa de bienes inmuebles, consideró que la disposición se ajustaba a la Constitución; dijo entonces la Corte:

“La diferencia de regulación entre bienes muebles e inmuebles

“5- Una vez precisadas las características de la lesión enorme en nuestro ordenamiento civil, entra la Corte a examinar si es válido que en la compraventa, la ley limite esa figura a las transacciones de bienes inmuebles. Según el actor y algunos intervinientes, esa restricción es injustificada, por cuanto hoy en día algunos bienes muebles han adquirido una enorme

importancia económica, por lo cual, la lesión enorme debe extenderse también a la compraventa de esas mercancías, ya que de no hacerlo, el ordenamiento estaría permitiendo un enriquecimiento indebido en ese campo. Entra pues esta Corporación a examinar esa acusación.

“6- La Corte considera que esas posiciones parten de un hecho cierto: en las economías modernas, fundadas en la producción industrial y en la circulación del conocimiento y la movilidad acentuada del capital, los bienes inmuebles han perdido la importancia económica y social que tuvieron en otras épocas, en donde no sólo las tierras y las edificaciones representaban los componentes esenciales de la riqueza social sino que, además, eran símbolos de prestigio social. Es indudable que hoy muchos bienes muebles tienen un valor económico muy superior al de muchos inmuebles. Esto significa que puede que sea oportuna una modificación de la regulación de la lesión enorme a fin de extender la posibilidad de invocar la rescisión a algunas transacciones en bienes muebles. Pero a esta Corte Constitucional no le compete determinar la conveniencia o no de ese cambio normativo. La pregunta que debe resolver esta Corporación es si ese eventual anacronismo histórico de la regulación de la lesión enorme implica la inconstitucionalidad de la disposición acusada.

“7- La respuesta al anterior interrogante es negativa, por cuanto la pretensión del actor se funda, en el fondo, en un supuesto jurídicamente discutible, pues considera que el mayor valor y prestigio social de los inmuebles sobre los bienes muebles es la única justificación para que la lesión enorme haya sido prevista exclusivamente para los primeros. Pero ello no es así; existen otras razones igualmente importantes, y en especial tres.

“De un lado, desde el punto de vista económico, los bienes inmuebles, por muchas de sus características, como estar vinculados permanentemente a un sitio, tienden a tener precios más estables que los bienes muebles, que son por esencia móviles, fungibles, y tienen entonces precios muchos más variables, debido a diversidades regionales de mercado, o a transformaciones importantes de las condiciones productivas, o de las dinámicas de demanda, por no citar sino algunos factores. Ahora bien, si el precio de un bien mueble es mucho más volátil, resulta muy difícil determinar su precio “justo”, pues éste es también cambiante, por lo cual, la aplicación de la figura de la lesión enorme puede tornarse particularmente problemática en esas transacciones. Por ello, según explica Fernando Vélez, “siendo quizá más variable el precio de las cosas muebles que el de las inmuebles, sería arriesgado establecer una lesión enorme acerca de aquéllas”⁵⁹.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“De otro lado, por sus propias características, y como bien lo destaca uno de los intervinientes, los inmuebles existen en número limitado y las personas tienden a adquirirlos con una vocación de mayor permanencia en el tiempo, mientras que los bienes muebles son muy variados, en general fungibles, y su velocidad de circulación tiende a ser mayor. Bien

puede entonces el legislador concluir que por esas razones, la compraventa de inmuebles juega un papel estratégico desde el punto de vista social, que justifica que esté sometida - como en efecto lo está en nuestro ordenamiento civil- a formalidades y garantías mayores, que aquellas previstas para la enajenación de bienes muebles. Precisamente esa fue la razón invocada por Napoleón para establecer la lesión enorme exclusivamente para los inmuebles. Según su parecer, "importa poco el modo como un individuo dispone de algunos diamantes, de algunos cuadros; pero la manera como dispone de su propiedad territorial no es indiferente a la sociedad, a ésta es a la que pertenece marcar límites al derecho de disponer.⁶⁰"

"Finalmente, las transacciones en bienes muebles existen en mucho mayor cantidad y son más veloces que aquellas de bienes inmuebles, pues comprenden no sólo la venta de perecederos sino también la enajenación de títulos valores, por no citar sino algunos ejemplos. Por ello, bien pudo el legislador querer asegurar una mayor informalidad, flexibilidad y seguridad jurídica a esas compraventas, excluyendo de ellas la posibilidad de que pudieran ser rescindidas invocando la lesión enorme." (Negritas fuera del original)

También por ésta especial valía que se confiere a la propiedad raíz, en el Código Civil se exige que el representante legal de los incapaces obtenga la previa licencia judicial para llevar a cabo actos jurídicos que impliquen la disposición o el gravamen de bienes inmuebles de sus representados, como se vio anteriormente. No obstante, la norma acusada permite obviar o pretermitir dicha autorización judicial exigida por las normas civiles, pues resulta obvio que una vez que el inmueble esté en cabeza de la sociedad, para su enajenación no será necesaria la licencia del juez. De esta manera no solamente la norma acusada permite el cambio de un derecho real que recae sobre un inmueble, derecho que tradicionalmente ha sido considerado de gran valía, por acciones, cuotas o partes de interés que implican para el incapaz la posibilidad de obtener ganancias o pérdidas, sino que adicionalmente dicha disposición abre el camino para que de los inmuebles de los incapaces se pueda disponer sin la licencia judicial exigida por el Código Civil.

6.6 Las garantías alternas frente a la autorización judicial. Ahora bien, las garantías arriba examinadas que cobijan a los incapaces a la hora de intervenir como socios mediante aporte de derechos reales (que consisten básicamente en la prohibición de que los incapaces intervengan en sociedades sin el concurso de su representante legal, la prohibición de que comprometan su responsabilidad ilimitadamente al asociarse y las reglas sobre responsabilidad civil y penal de los representantes legales en ejercicio de la patria potestad o las guardas), establecen ciertos límites y permiten deducir responsabilidades. Sin embargo, no impiden que una inversión que tradicionalmente se considera segura y beneficiada por un régimen jurídico especial se cambie por otra que no reviste de esos atributos; además, las responsabilidades que podrían derivarse para los representantes legales de los incapaces o

los administradores de las sociedades por un manejo inadecuado de los intereses del menor o de la sociedad, respectivamente, son posteriores en el tiempo a los actos que las originan, de manera que no son aptas para prevenir o impedir posibles malversaciones o actos dolosos en detrimento de los intereses del incapaz.

Por todo lo anterior, la Corte extrae una primera conclusión parcial según la cual, a pesar de las garantías generales que representan las normas sobre administración de las sociedades y responsabilidad de los administradores, la prohibición de que los incapaces intervengan en sociedades sin el concurso de su representante legal, la circunstancia de que la ley prohíba que comprometan su responsabilidad ilimitadamente al asociarse, y las reglas sobre responsabilidad civil y penal de los representantes legales en ejercicio de la patria potestad o las guardas, lo cierto es que al hacer aportes de derechos reales sobre inmuebles los incapaces dejan de tener en cabeza suya una inversión segura, protegida especialmente por el ordenamiento jurídico, para cambiarla por otra sujeta a mayores posibilidades de ganancia o pérdida. Y que, además, es cierto también que por este camino la ley tolera la pretermisión de la licencia judicial que de manera general la ley civil exige para proceder a los actos dispositivos o al gravamen sobre bienes inmuebles de incapaces.

6.7 Las particularidades del trámite judicial de autorización de actos dispositivos de menores sobre inmuebles. Visto todo lo anterior, la Corte estima que para tener todos los elementos de juicio necesarios para determinar si la derogatoria de la autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles en cabeza de menores constituye un incumplimiento del deber del legislador de adoptar las medidas necesarias y conducentes para protegerlos, es necesario estudiar en qué consiste dicha autorización y cómo se obtendría en caso de que ella no hubiera sido derogada.

Conforme lo prescribe el artículo 649 del Código de Procedimiento Civil, se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria, entre otros asuntos, "(l)a licencia que soliciten el padre o madre de familia o los guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados, o para realizar otros actos que interesen a éstos, en los casos en que el Código Civil u otras leyes la exijan." El procedimiento de jurisdicción voluntaria, regulado por el artículo 651 del Código de Procedimiento Civil, se inicia con la presentación de la demanda, que debe reunir los requisitos generales excepto los que se refieren al demandado o sus representantes, a la que se acompañarán, entre otros anexos, "los necesarios para acreditar el interés del demandante." Es decir, con la demanda el representante legal del incapaz tiene aportar la prueba del interés que existe en que se lleve a cabo el acto dispositivo sobre el inmueble de que se trate. Admitida la demanda, el juez ordena las citaciones y publicaciones a que haya lugar y decreta las pruebas pedidas en ella y las que de oficio considere convenientes, y señala el término de quince días para practicarlas. Este término puede ser prorrogado hasta por quince días más. Tratándose de licencias para realizar actos dispositivos o de gravamen sobre inmuebles de menores, el auto admisorio se notificará al agente del Ministerio Público, a fin de que intervenga como parte. Esta

intervención representa, sin duda, una garantía especialísima a favor de los intereses del menor. Dicho funcionario puede pedir pruebas dentro de los tres días siguientes a su notificación, las que se decretarán y practicarán dentro del término probatorio. Expirado el término probatorio, se dictará sentencia dentro de los diez días siguientes.⁶¹

De lo anterior concluye la Corte lo siguiente: (i) el trámite judicial que deben adelantar los representantes legales de los incapaces para obtener la licencia judicial para enajenar bienes inmuebles de su representados es un procedimiento ágil, en el cual los términos son cortos; (ii) dentro de ese trámite, el representante legal del incapaz tiene que demostrar ante el juez el interés que existe en el acto de enajenación, es decir la utilidad o necesidad concreta de tal acto; (iii) dentro del trámite interviene un agente del Ministerio público, lo que representa una garantía adicional para los intereses del menor.

6.8 Conclusiones: Estudiado todo lo anterior, la Corte tiene suficientes elementos de juicio para determinar si la eliminación del requisito de autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces sobre inmuebles constituye el incumplimiento del deber del legislador de adoptar las medidas necesarias y conducentes para proteger sus intereses, o si más bien dicha eliminación favorece los intereses de los incapaces, al permitirles actuar de manera oportuna en las relaciones comerciales, que se caracterizan por su dinámica ágil.

A juicio de la Corte, la licencia judicial derogada por la norma acusada sí era una medida necesaria y conducente para proteger los derechos de los incapaces. En efecto, como arriba se dijo, al prescindirse de ella desapareció el mecanismo que por excelencia permitía prevenir actos dispositivos sobre la propiedad raíz en cabeza suya llevados a cabo sin suficiente diligencia en perjuicio de sus intereses, o incluso dolosos. Pues aunque la buena fe conforme a la Constitución se presume, la adopción de ciertas cautelas en defensa de intereses constitucionalmente protegidos, como lo son los de los incapaces, no puede considerarse como una decisión legislativa contraria al artículo 83 de la Constitución. Ciertamente, la presunción de buena fe a que se refiere dicha norma superior no impide que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y se adopten medidas para prevenir sus efectos, como acertadamente lo ha explicado la jurisprudencia; véase:

“En efecto, el principio constitucional de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones pues, como dicen los autores de El Federalista, “si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno”⁶², ni habría

necesidad de regulaciones jurídicas, ni de ordenamientos coactivos, pues todas las personas vivirían en perfecta armonía. Los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es razonable pensar que algunas personas estarían dispuestas a no acatar esas pautas normativas. ... Esos comportamientos ocurren en la práctica, por lo cual bien puede la ley prevenirlos, sin que por tal razón desconozca la buena fe. Argumentar que ese tipo de reglas atenta contra el principio de buena fe llevaría a concluir que todo el código penal viola la Constitución porque la ley presume que los ciudadanos pueden cometer delitos.”⁶³

Para la Corte, la autorización judicial previa al aporte en sociedad de derechos reales de incapaces sobre bienes inmuebles sí constituía una medida necesaria y conducente para proteger sus intereses, en cuanto (i) era previa y por lo tanto de carácter preventivo; (ii) permitía la intervención del juez y el representante del ministerio público, autoridades imparciales a la hora de evaluar la utilidad o necesidad del acto; (iii) no toleraba que, por vía de un aporte en sociedad sin más requisitos que el de la inscripción de la escritura respectiva en la oficina de registro, se pretermitieran todas las demás normas del Código Civil que exigen licencia judicial para actos dispositivos o de gravamen sobre bienes de incapaces; (iv) favorecía que en cabeza de los incapaces se mantuvieran derechos a los que históricamente se les concede especial valía y se protegen mediante un régimen jurídico especial; (v) conjuraba el peligro de actos jurídicos irresponsables o dolosos respecto de los derechos de los incapaces.

Sin la previa licencia judicial, todos estos objetivos quedan en entredicho, con grave afectación de los derechos económicos de los incapaces, de los cuales en no pocas oportunidades penden sus posibilidades de ver satisfechos sus derechos fundamentales.

Lo anterior no significa que no sea posible que, dentro de la órbita de su libertad de configuración legislativa, el Congreso de la República establezca otras medidas alternas para proteger los intereses de los incapaces respecto de sus derechos reales sobre inmuebles, medidas alternas que deben ser efectivas y conducentes, a fin de que resulten ajustadas a los postulados constitucionales sobre protección de los más débiles.

Finalmente, a juicio de la Corte, los argumentos expresados a favor de la constitucionalidad de la disposición acusada, según los cuales la eliminación de la autorización judicial obedeció a la necesidad de tener en cuenta la dinámica ágil de las relaciones mercantiles, pues dentro de este contexto tal exigencia impedía al incapaz aprovechar ciertas oportunidades benéficas

para sus intereses, al no poder actuar oportunamente en el mundo mercantil, constituyen razones de menor peso frente a la necesidad de proteger al incapaz frente a posibles actuaciones que no respondan realmente a sus intereses, o que incluso puedan constituirse en dolosas.

Decisión a tomar:

Con fundamento en la anteriores consideraciones, la Corte declarará la inexecutable de la expresión "Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111" contenida en el artículo 103 del Código de Comercio, modificado por el artículo 2° la Ley 222 de 1995. En consecuencia, en adelante el aporte en sociedad de derechos reales sobre inmuebles en cabeza de incapaces se sujetará al requerimiento previo de licencia judicial, y a los demás requisitos exigidos conforme a las reglas generales de la legislación civil.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

R E S U E L V E :

Declarar INEXEQUIBLE la expresión "Para el aporte de derechos reales sobre inmuebles, bastará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 111" contenida en el segundo inciso del artículo 103 del Código de Comercio, modificado por el artículo 2° la Ley 222 de 1995.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Presidente de la República, al Presidente del Congreso y al Ministerio de Relaciones Exteriores, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-716 DE 2006 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

Referencia: expediente D-6155

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 103 -parcial- del Código de Comercio, modificado por el artículo 2º de la Ley 222 de 1995

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito presentar las razones de mi disenso frente a la presente sentencia:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En mi concepto, la declaración de inexecutable de la norma demandada, implica que se petrifique las opciones que tiene el legislador para proteger los derechos de las personas incapaces, pues las reduce o restringe a la exigencia de autorización judicial previa para que la persona incapaz pueda realizar aportes a sociedades de derechos reales sobre inmuebles, por intermedio de sus representantes o con su autorización. En mi criterio, dicha autorización no garantiza la protección de los derechos del incapaz, ni elimina el riesgo para éstos, quienes al realizar un aporte a la sociedad, deben asumir tanto las utilidades como las pérdidas, como cualquiera de los socios. En este caso se trata, a mi juicio, de una decisión propia de la libertad de configuración del legislador.

En razón a lo expuesto, salvo mi voto a esta sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 M.P Manuel José Cepeda Espinosa

2 Dichos derechos son la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

3 Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

4 La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece en el principio 2º: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño.”

5 La Convención sobre Derechos del Niño consagra en su artículo 3º:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

6 M.P Jaime Araujo Rentería.

7 Este apartado reza: “En el Estado de origen sólo se podrá confiar el niño a los futuros padres adoptivos si: c) las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.”

8 Sentencia C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón

9 Ver también las sentencias T-415 y T-727/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Sentencia C-041 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Ibidem

13 Sobre las razones de la especial protección a los menores, véase también la Sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

14 Ver, Sentencia C-478 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

15 En relación con los sordomudos, la corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-983 de 2002, declarando la inexecutable de la expresión “por escrito” y restringiendo la condición de incapacidad a aquellos sordomudos que no pueden darse a entender por ningún medio.

16 Código Civil. Artículo 1504. Modificado por el Dto 2820/74, artículo 60:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender (por escrito).

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.” (La expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-983 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

17 En relación con los sordomudos, la corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-983 de 2002, declarando la inexecutable de la expresión “por escrito” y restringiendo la condición de incapacidad a aquellos sordomudos que no pueden darse a entender por ningún medio.

18 Sentencia C-534 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.

19 La Resolución núm. 2417 del 2 de abril de 1994, emanada del Ministerio de la Protección social, "Por la cual se adoptan los derechos de las personas con trastorno mental", define así la circunstancia de padecer trastorno mental.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 5 de 1972.

21 Las guardas se clasifican en tutelas y curadurías: corresponden las primeras a los impúberes que pro cualquier razón no están bajo la patria potestad de sus padres; están sometidos a curatela general los menores adultos, los dementes los disipadores y los sordomudos que nopueden darse a entender.

22 El texto completo de la disposición es el siguiente: "Artículo 483:No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez o prefecto autorizar esos actos sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta."

23 La norma se refiere a la enajenación en pública subasta de los bienes raíces o los muebles preciosos por parte del tutor o curador.

24 Corte suprema de Justicia. Sala de Casación civil Sentencia de 29 de julio de 1958.

25 Superintendencia de Sociedades concepto jurídico número 220-50159 octubre 2 de 2002

26 El artículo 111, se recuerda, dice así:

"Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar previstos en el Código Civil, para los actos relacionados con la propiedad inmueble."

27 Proyecto de Ley N° 119 de 1993 cámara. Gaceta del congreso N° 381 de 4 de noviembre de 1993. Pág. 2.

28 Texto definitivo del proyecto de ley N° 119 de 1993 Cámara, aprobado por la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 111 del viernes 5 de agosto de 1994, Pág.1.

29 Ver ponencia para segundo debate en la cámara al proyecto de ley 119 de 1993. Gaceta del Congreso N° 61 del 25 de abril de 1995.

30 Ver el texto de los proyecto aprobados, que aparecen publicados en las Gacetas del

Congreso Nos 143 de 12 de junio de 1995 y 182 del 27 de junio de 1995, respectivamente.

31 Ver gacetas del Congreso Nos 143 de 12 de junio de 1995 y 150 de 13 de junio de 1995, respectivamente.

32 Luis Alberto Moreno, Rudolf Hommes y Andrés González. Exposición de motivos al proyecto de ley N° 119 de 1993, Cámara. Gaceta del Congreso N° 381 de 1993, Pág 40.

33 Sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Código de Comercio Artículo 294: Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Esta responsabilidad sólo podrá deducirse contra los socios cuando se demuestre, aun extrajudicialmente que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago.

35 Lo anterior se deriva de las siguientes definiciones del Código de Comercio:

Artículo 323: La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios.

Artículo 353: En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes.

En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades.

Artículo 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.

36 Ver Sentencia C-534 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.

37 Código Civil, artículo 288 y siguientes.

38 Código Civil, artículo 297.

39 Código Civil , artículo 298.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

41 La guarda, en sus dos modalidades de tutela y curatela, es una institución jurídica diferente de la patria potestad, establecida para representar o autorizar a los incapaces. Solo procede cuando éstos no están sometidos a autoridad parental o patria potestad

42 Código Civil, artículos 463 y 464.

43 Código Civil, artículo 480.

44 Código Civil, artículo 481

45 Conforme al artículo 627 del Código Civil, los tutores o curadores serán removidos: "1. Por incapacidad. 2. Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo y en especial por las señaladas en los artículos 468 y 523. 3. Por ineptitud manifiesta. 4. Por actos repetidos de administración descuidada. 5. Por conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo. Por la cuarta de las excusas (sic) anteriores no podrá ser removido el tutor o curador que fuere ascendiente, o descendiente, o cónyuge del pupilo; pero se le asociará otro tutor o curador en la administración."

46 Código Civil, artículo 468: "Por la negligencia del guardador en proceder al inventario y por toda falta grave que se le pueda imputar en él, podrá ser removido de la tutela o curaduría como sospechoso, y será condenado al resarcimiento de toda pérdida o daño que de ello hubiere resultado al pupilo, de la manera que se dispone en el artículo 512."

47 Código civil, artículo 523: "La continuada negligencia del tutor en proveer a la congrua sustentación y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerle de la tutela."

48 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

49 Ley 222 de 1995, artículo 23.

50 Cf. Código de Comercio, art. 144.

51 Cf. Código de Comercio artículo 103.

52 Ver Código Civil, artículo 2.529.

53 Ver Decreto 960 de 1970, artículo 12.

54 Ver código civil, artículo 756

55 Ley 57 de 1887, artículo 32.

56 Ver C.P.C. artículos 515 y 682.

57 La doctrina expone que la idea romana sobre el menor valor de los bienes muebles se vio reforzada por “una concepción feudal de la vida y de la economía”, que produjo en esta época “la distinción a la manera de summa divisio de los bienes. Mosset Iturraspe, Jorge. Compraventa inmobiliaria. Rubizal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, 1991. Pág. 114.

58 Ver, Carbonnier, Jean. Derecho Civil tomo II Casa Editorial Bosch, Barcelona 1965. Págs 98 y 99.

59 Fernando Vélez. Estudio sobre el derecho civil colombiano, París: América, sae, tomo VII, p 308.

60 Citado por A. Colin y H Capitant. Curso elemental de derecho civil, Madrid: Reus, 1949, Tomo IV, p 62.

61 Por su parte, el artículo 653 del Código de Procedimiento Civil contiene esta norma especial referente a las licencias judiciales para la venta de bienes de los incapaces: “Licencias o autorizaciones. Cuando se concedan licencias o autorizaciones, en la sentencia se fijará el término dentro del cual deban utilizarse, que no podrá exceder de seis meses, y una vez vencido se entenderán extinguidas.

Al autorizarse la venta de bienes de incapaces o declarados ausentes se ordenará hacerla en pública subasta, para lo cual se procederá conforme a las disposiciones pertinentes del proceso de sucesión, previo avalúo.

Si se trata de permuta, el juez ordenará que por peritos se evalúen uno y otro bien, para que el negocio se efectúe de acuerdo con el resultado del dictamen, mediante el complemento de precio a que hubiere lugar.

Las objeciones al avalúo se decidirán por auto que es apelable.”

62 Madison, Hamilton y Jay. El Federalista, No LI

63 Sentencia C-490 de 2000, M.P Alejandro Martínez Caballero.