

C-882-14

Sentencia C-882/14

NORMA SOBRE ACCESO AL CREDITO Y GARANTIAS MOBILIARIAS-Solvencia obligatoria para las empresas de factoring

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del principio pro actione

PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD, IDENTIDAD FLEXIBLE Y UNIDAD DE MATERIA EN TRAMITE LEGISLATIVO-Jurisprudencia constitucional

TRAMITE LEGISLATIVO-Determinación de qué constituye “asunto nuevo”

Para la determinación de qué constituye ‘asunto nuevo’ la Corte ha definido algunos criterios de orden material, no formal: (i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente; (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición esté comprendida dentro de lo previamente debatido; (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico; (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema.

COMISIONES DE CONCILIACION PREVISTAS EN EL ARTICULO 161 DE LA CONSTITUCION POLÍTICA-Competencia limitada

INFRACCION AL PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD POR ELUSION DE DEBATE O VOTACION-Jurisprudencia constitucional/TRAMITE DE PROYECTO DE LEY-Omisión de debate parlamentario y votación como supuesto de infracción al principio de consecutividad

LIBERTAD ECONOMICA-Límites constitucionales

LIBERTAD DE EMPRESA-Concepto

LIBERTAD DE COMPETENCIA-Concepto

LIBERTAD ECONOMICA-No es absoluta/LIBERTAD DE EMPRESA Y COMPETENCIA-Límites y responsabilidades/LIBERTAD ECONOMICA-Imposición de límites no puede ser arbitraria/LIMITACION A LA LIBERTAD ECONOMICA Y DE EMPRESA-Requisitos

Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad económica no es absoluta, y que tanto la libertad de empresa como de competencia tienen límites y responsabilidades, emanadas directamente de la Carta Política. Así por ejemplo, se ha sostenido, entre otros, que el ejercicio de la libertad de empresa no puede interferir irrazonablemente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos; el orden y/o el interés público; y el ambiente o el patrimonio cultural de la nación. Y que la libertad de competencia debe ejercerse dentro de un marco de prevalencia del bien común, el interés público y la protección de los usuarios. Esta gama de restricciones tiene como

objeto armonizar las garantías de la iniciativa privada con los demás propósitos y finalidades de la Carta, que a su vez protegen los intereses públicos e individuales de los ciudadanos. Teniendo presente, además, que a los empresarios se les asegura el acceso a los mercados en condiciones de igualdad, no solo para que obtengan utilidades, sino también a fin de que satisfagan las necesidades de toda la población en el consumo de bienes y servicios. Por lo que la dinámica mercantil tiene involucrado un claro interés general, y el Estado debe intervenir para promover el desarrollo económico y social con equidad. Ahora bien, la imposición de esos límites no puede ser arbitraria, sino que, por el contrario, debe seguir una serie de condicionamientos que garanticen el contenido mínimo del derecho a la libertad económica. Los requisitos para que la intervención sea constitucional y no desborde las garantías superiores son: (i) que los aspectos elementales de la intervención sean determinados por el Legislador, en tanto el artículo 333 superior dispone expresamente que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”; (ii) que no anule los contenidos esenciales de la libertad económica, y (iii) que responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

CONTRATO DE FACTORING-Características/CONTRATO DE FACTORING-Concepto

CONTRATO DE FACTORING-Finalidades económicas

CONTRATO DE FACTORING-Personas que pueden efectuar dichas operaciones

LIBERTAD ECONOMICA-Restricciones resultan admisibles siempre y cuando estén determinadas en la ley y el límite impuesto responda a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad

LIMITE PARA SUSCRIPCION DE MANDATOS ESPECIFICOS DE INVERSION PARA COMPRA DE FACTURAS-Rige para todas las sociedades y demás empresas legalmente constituidas e inscritas ante la Cámara de Comercio, autorizadas para realizar actividades de factoring y no sometidas a la vigilancia administrativa de la Superintendencia Financiera o de Economía Solidaria

Referencia: Expedientes acumulados D-10049 y D-10050

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, ‘Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias’.

Demandantes: José Miguel Calderón López (D-10049) y Andrea del Pilar Pisco Salazar (D-10050)

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha

proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos José Miguel Calderón López (D-10049) y Andrea del Pilar Pisco Salazar (D-10050), instauraron acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, 'Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias'. En la primera demanda, el actor señala que el contenido de esta disposición infringe los artículos 26, 58, 333 y 334 de la Carta Política. En la segunda, la demandante sostiene que durante su trámite en el Congreso existió una vulneración del principio de consecutividad, con la consiguiente infracción de los artículos 157, 158 y 159 Superiores.

2. La Sala Plena de esta Corporación, en sesión llevada a cabo el once (11) de diciembre de 2013, resolvió acumular el expediente D-10050 a la demanda D-10049.

3. Mediante auto del veintiuno (21) de enero de dos mil catorce (2014), se admitió la demanda del expediente D-10050; se dispuso comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso, a los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, y de Hacienda y Crédito Público; correr traslado al Procurador General de la Nación y oficiar a los Secretarios Generales y de las Comisiones Terceras Constitucionales de Senado y Cámara de Representantes, para que remitiesen la información relacionada con el trámite de aprobación de la norma demandada.

En la misma providencia se inadmitió la demanda del expediente D-10049, por encontrar que no satisfacía algunos de los requerimientos del artículo 2º, Decreto 2067 de 1991, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia de esta Corte; en particular, por no cumplir a cabalidad con las exigencias de certeza, especificidad y suficiencia que debe reunir toda acusación de inconstitucionalidad. Por tanto, concedió al actor un término de tres (3) días para suplir las falencias de la demanda, dentro del cual el ciudadano Calderón López presentó un memorial orientado a corregir las deficiencias de su escrito inicial.

4. En auto del once (11) de febrero de dos mil catorce (2014), el Despacho admitió la demanda D-10049, por considerar que, tras la presentación del escrito de corrección, la acusación cumplía con la carga argumentativa exigida y lograba generar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma. En la misma providencia se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación y comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso, a los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, y de Hacienda y Crédito Público, a la Superintendencia de Sociedades, a la Superintendencia Financiera, a las Universidades del Rosario, Javeriana, Nacional, Externado de Colombia y de los Andes; asimismo, fijar en lista la norma acusada para efectos de intervención ciudadana, según lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 2067 de 1991.

5. Una vez recibidas y evaluadas las pruebas remitidas por las Secretarías Generales del Senado de la República, de la Cámara de Representantes y de las Comisiones Terceras constitucionales de ambas corporaciones, sobre el trámite surtido por la norma acusada,

mediante auto del veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014) se dispuso dar continuidad al trámite del proceso.

6. Cumplidos los trámites constitucionales y legales, propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

7. La disposición acusada se transcribe a continuación:

“LEY 1676 DE 2013

(Agosto 20)

Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013

Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

ARTÍCULO 89. SOLVENCIA OBLIGATORIA PARA LAS EMPRESAS DE FACTORING. Las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera podrán realizar contratos de “mandatos específicos” con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente al 10% del patrimonio que tenga registrado la sociedad. Para los mandatos de “libre inversión” deberán sujetarse a los límites consagrados en el numeral 2 del artículo 1o Decreto número 1981 de 1988.

[...]”.

III. DEMANDAS

Expediente D-10049

8. Luego de la corrección de que fue objeto la demanda inicialmente presentada[1], la acusación que presenta el ciudadano José Miguel Calderón López contra el contenido del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013[2], parte de afirmar que dicho precepto “viola las normas constitucionales que configuran la economía social de mercado y que fundamentan la libertad económica, particularmente los artículos 26, 58 y 333”. Adicionalmente, “dispone una intervención en la economía que resulta violatoria del artículo 334 de la Constitución Nacional”. Luego de proponer una interpretación de las normas que fundamentan la garantía constitucional de la libertad económica, y de señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, toda restricción a la misma debe superar, entre otros, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el actor sostiene que “la norma cuestionada afecta de manera desproporcionada e irrazonable la libertad de

empresa y la libre competencia, porque dificulta de manera significativa la actividad económica de las sociedades que deseen dedicarse de manera exclusiva a la actividad de factoring mediante la realización de contratos específicos con terceras personas para la adquisición de facturas". Para sustentar esta conclusión, el demandante desarrolla varios argumentos, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

9. El límite establecido en la norma acusada, de acuerdo con la cual las sociedades "cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera podrán realizar contratos de 'mandatos específicos' con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente al 10% del patrimonio que tenga registrado", constituye una restricción innecesaria de la libertad de empresa y, con ello, de los artículos 26, 58, 333 y 334 superiores, al someter a las mencionadas sociedades a un límite que sólo se justifica para el caso de entidades que realizan captaciones habituales y masivas de dinero público. El actor respalda este argumento en tres premisas principales: (i) el límite al monto de las operaciones previsto en la norma acusada sólo se justifica en relación con los establecimientos bancarios, por cuanto estos realizan captaciones masivas y habituales de recursos del público y, por tal razón, deben ser objeto de medidas que "salvaguarden" el ahorro del público; (ii) a las empresas de factoring les está prohibido, por expreso mandato legal[3], realizar captaciones de dinero del público de manera masiva y habitual, razón por la cual la señalada limitación carece de sustento; (iii) la realización de contratos de mandatos específicos no constituye, por definición, una actividad que recaude de manera masiva y habitual recursos de terceros, todo lo cual convierte la previsión contenida en la disposición cuestionada en una restricción innecesaria de las mencionadas normas.

10. La disposición impone una restricción a la libertad económica que es manifiestamente irrazonable y desproporcionada, por cuanto impide o dificulta innecesariamente el desarrollo del factoring. El ciudadano explica que el precepto acusado exige a las sociedades que se dedican de manera exclusiva a esta actividad "mantener un patrimonio equivalente a 10 veces el monto de las operaciones de mandato que pretende desarrollar".[4] Lo anterior es para el demandante irrazonable y desproporcionado por cuanto desconoce el consenso universal que puede identificarse en el derecho comparado acerca de los márgenes de solvencia exigible a quienes prestan servicios de financiamiento con recursos de terceros. A este respecto sostiene que lo usual es, por el contrario, exigir que el patrimonio de estas sociedades corresponda a "un porcentaje de las operaciones realizadas, ponderadas técnicamente para establecer el nivel de riesgo".[5]

Señala, además, que la limitación contenida en la norma cuestionada contrasta de manera "arbitrariamente caprichosa" e irrazonable con los márgenes de solvencia exigidos por el Decreto Reglamentario 2555 de 2010 a los empresarios que prestan servicios de financiamiento, tales como establecimientos de crédito, sociedades fiduciarias que administran patrimonios autónomos, sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías y comisionistas de bolsa. En estos casos el patrimonio técnico exigido es un porcentaje del valor de riesgo ponderado de las operaciones del respectivo empresario, que actualmente es del 9%, es decir, "se requieren \$9 de capital para realizar operaciones cuyo valor ponderado de riesgo sea de \$100", mientras que la norma acusada exige a los factores "\$100 de capital para realizar operaciones totales de factoring por \$10". Sostiene que "la consecuencia de la norma es la desaparición de la actividad de factoring financiada

con mandatos específicos”, porque condena a la ociosidad, y por ende a la destrucción del valor, “\$90 de cada \$100” del patrimonio de las sociedades dedicadas a esa actividad.

11. La norma acusada no cumple con el fin buscado por el legislador: lejos de permitir mayor acceso a los mecanismos de financiación los restringe. El demandante sostiene que, siendo el objetivo de la Ley 1676 de 2013 facilitar el acceso al crédito y a la financiación de las actividades económicas, el precepto objeto de controversia se opone al logro de dicha finalidad. Explica que “la actividad de factoring ha sido reconocida como un instrumento de financiación de la actividad económica, mediante el cual pequeñas y medianas empresas pueden contar con un flujo de caja anticipado de las obligaciones a su favor, pudiendo obtener mayor rentabilidad de recursos disponibles a un menor costo financiero”. Entretanto, la relación de solvencia impuesta por la norma demandada impide que otros actores económicos, distintos de las instituciones financieras, puedan participar de dicha actividad, lo que a su vez termina por limitar el acceso a un instrumento de financiación, en clara contradicción con el espíritu de la ley.

Expediente D-10050

12. La ciudadana Andrea del Pilar Pisco Salazar considera que la disposición demandada desconoce los artículos 157, 158 y 160 superiores, por cuanto existió una vulneración del principio de consecutividad, aplicable a los trámites legislativos[6].

13. Para fundamentar su acusación, la actora explica que el proyecto de ley en el que se inserta la disposición demandada (identificado como Proyecto de Ley 200 de 2012 Senado y 143 de 2012 Cámara) inició su trámite en el Senado y, luego de ser aprobado en esta Corporación, pasó a consideración de la Cámara de Representantes. La demandante sostiene que el artículo acusado, relativo a la solvencia obligatoria para las empresas de factoring, nunca fue debatido ni aprobado por el Senado de la República: ni en primer debate en la Comisión Tercera del Senado, donde no fue incluido el texto de la norma demandada, ni en segundo debate en la Plenaria de la misma Corporación, donde “ni en el informe de ponencia para el segundo debate, ni en el texto aprobado en el segundo debate se hace referencia a la norma demandada”.

“Las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera podrán realizar contratos de mandatos específicos con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente a cinco veces el capital pagado que tenga registrado la sociedad. Para los mandatos de libre inversión deberán sujetarse a los límites consagrados en el numeral 2 del artículo 1º Decreto número 1981 de 1988”.

El texto anterior fue aprobado en esos términos tanto en la Comisión Tercera como en la Plenaria de la Cámara de Representantes. La demandante precisó que en los informes de conciliación al mencionado proyecto de ley se indica que fue “durante el primer y segundo debate en la Cámara de Representantes los días 5 de diciembre de 2012 y 14 de mayo de 2013 donde se introdujo al proyecto de ley el texto de la norma demandada”, señalando que “es sólo en esos informes de conciliación donde figura el texto final de la norma demandada, que difiere del texto presentado para primer debate en la Cámara de Representantes”.

14. Sobre esta base, la ciudadana concretiza la vulneración del principio de consecutividad en los siguientes términos,

“[E]l artículo 89 del texto aprobado con base en el informe de la Comisión de Conciliación corresponde al art. 90 del texto aprobado en la Plenaria de la Honorable Cámara de Representantes, el cual modificó el texto originalmente aprobado en Primer Debate en la misma corporación sobre ‘solvencia obligatoria’ para las empresas de factoring.

Nótese sin embargo que como se concluye del anterior análisis, ni este artículo en particular, ni el tema de la solvencia de los factores fue debatido jamás en el Honorable Senado de la República, por lo cual se incurrió en una violación ostensible del principio de consecutividad [...]”

Señala además que:

“De manera general, el título IX del articulado no cumple con el principio de consecutividad, puesto que la regulación allí contenida sobre actividad de factoring no tiene una relación de conexidad clara, específica, estrecha, necesaria y evidente con las garantías mobiliarias y el acceso al crédito, que constituye el tema del proyecto de ley aprobado [...]”.

15. Por las razones señaladas, concluye que la norma demandada no cumplió con el trámite previsto en el artículo 159 de la Constitución y su introducción al proyecto de ley se realizó con infracción de los artículos 157, 158 y 160 inciso 2º, por infracción del principio de consecutividad.

IV. INTERVENCIONES

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

16. El apoderado especial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo interviene en representación de esta entidad para solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma demandada.[7]

17. Argumenta que la disposición acusada no constituye una vulneración de la libertad de empresa. Para sustentar esta afirmación, el interviniente explica que las operaciones de factoring pueden ser desarrolladas por un amplio número de entidades, y no sólo por las sociedades comerciales que tengan por objeto exclusivo dicha actividad. Así las cosas, sostiene que la imposición de un margen de solvencia a sociedades que tengan como objeto exclusivo el desarrollo de actividades de factoring genere una imposibilidad material de desarrollar empresa.

Señala además que la restricción establecida en la norma acusada no impide que las sociedades dedicadas de manera exclusiva al factoring puedan desarrollar el amplio elenco de operaciones que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2º del Decreto 2669 de 2012, quedan comprendidas dentro de la actividad de factoring.

Dice que la restricción impuesta por el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 se encuentra dentro de los límites constitucionalmente admisibles a la libertad de empresa. Al respecto señala que dicha regulación “no es producto de una decisión caprichosa del legislador”, sino

que se incluyó “en atención a la necesidad que se tenía de evitar que antecedentes como los casos de Proyectar Valores y Factor Group se repitieran”.

18. Finalmente, discrepa de la acusación formulada por infracción al principio de consecutividad, dado que el proyecto de ley fue tramitado de acuerdo con las prescripciones legales del caso. Además, precisa que no existe contravención de los principios de identidad flexible y unidad de materia, en la medida que era necesario incluir la norma, pues la actividad que en ella se regula es un instrumento para promover el acceso al crédito, objetivo perseguido por la ley de la que forma parte.

Universidad Externado de Colombia

19. El Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia remitió un concepto[8] en el que solicita a la Corte declararse inhibida para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la norma demandada y, de manera subsidiaria, declarar su exequibilidad.

20. Para sustentar la solicitud de un fallo inhibitorio, sostiene que la demanda no cumple con el requisito de pertinencia, dado que la censura se sustenta en consideraciones relativas a un problema particular, como es el margen de solvencia exigido a las empresas de factoring. Tampoco cumple con el requisito de certeza, pues la supuesta dificultad para el desarrollo de la actividad de factoring tan sólo resulta de una equivocada interpretación del artículo 12 del Decreto 2669 de 2012[9], que regula las fuentes de financiamiento a las que pueden acudir las sociedades comerciales cuyo objeto social exclusivo sea tal actividad. A este respecto, sostiene que “el demandante predica su acusación de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 12 del Decreto Reglamentario 2669 de 2012 como quiera que es a partir de este precepto que explica o pretende explicar la razón por la cual considera que la aplicación práctica de la norma demandada ‘[...] impide o dificulta innecesariamente el desarrollo [...]’ de la actividad de factoring, ‘[...] cuando por su naturaleza no es de aquellas que deba ser restringida[...]”.

21. Entretanto, para respaldar la exequibilidad de la norma, en el evento que la Corte se pronuncie de fondo, el interviniente, en primer lugar, establece que en Colombia están autorizados para realizar operaciones de factoring: (i) los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia; (ii) las cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria; (iii) las sociedades comerciales cuyo objeto social exclusivo sea la realización de operaciones de factoring, vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, siempre que se cumpla con lo previsto en el Decreto 4350 de 2006[10]; y, en general, (iv) las empresas legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008.[11]

En segundo lugar, señala que como en Colombia el contrato de factoring es atípico, debe acudirse a las tendencias y regulaciones establecidas en el derecho comparado, a efectos de establecer si la calificación jurídica que se hace del factoring en la práctica colombiana corresponde a la estructura y a la función económica de este tipo de negocios jurídicos. A este respecto, señala que la doctrina comparada distingue tres tipos de funciones que

desarrollan las empresas de factoring: (i) función administrativa o de gestión, limitada a la gestión del cobro de un crédito, a cambio de una comisión, sin que implique cesión o cambio en la titularidad del mismo; (ii) función de garantía, en la cual la empresa de factoring, a cambio de un precio, asume los riesgos de insolvencia, demora o falta de pago de los créditos objeto del contrato; y (iii) función de financiación, que es la que predomina en este tipo de negocios, en virtud de la cual la empresa de factoring le anticipa al empresario un porcentaje del importe de los créditos objeto del contrato, permitiéndole mejorar su flujo de caja y reducir las necesidades de financiamiento que se derivan del ejercicio de su actividad empresarial, sin asumir el riesgo de insolvencia, demora o falta de pago; a cambio de esta disponibilidad inmediata de fondos, el empresario se obliga a pagar intereses, y la cesión de crédito opera en este caso como una garantía y fuente de pago de la obligación de restitución del capital y de los intereses.

Sobre esta base, el interviniente dice que la actividad de factoring llevada a cabo por las sociedades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, no necesariamente implica la prestación de una función de financiamiento, como de manera equivocada se plantea en la demanda, pues bien puede limitarse a alguna de las dos modalidades restantes. Precisa además que sólo la modalidad de “factoring con financiación” queda cobijada por las disposiciones de la Ley 1676 de 2013[12], según se desprende de lo dispuesto en el inciso 2º de su artículo 3º, razón por la cual es en este contexto en el que debe ser examinada la validez de la relación de solvencia que la norma demandada impone a las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, cuyo objeto social consista exclusivamente en la realización de operaciones de factoring o descuento de cartera.

Delimitado de este modo el objeto de controversia, el interviniente afirma que tal regulación no es arbitraria ni contraria a la Carta Política. Para ello explica que la relación jurídica que se establece como consecuencia de la celebración de un “contrato de mandato específico con terceras personas para la adquisición de facturas”, al que se refiere la norma acusada, se enmarca en la figura del mandato con representación. Esto implica que, cuando se celebran este tipo de contratos, “son los terceros mandantes los titulares de los derechos y las obligaciones nacidos de los contratos de adquisición de facturas celebrados por la sociedad de factoring actuando en calidad de mandatario con representación”. En ese orden de ideas, y dado que el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008 restringió el acceso a la celebración de operaciones de factoring a las empresas legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio, “el margen de solvencia consagrado por la norma demandada busca evitar que a través de interpuesta persona se lleven a cabo operaciones de factoring por sujetos no autorizados por la ley para la celebración de esta clase de negocios”. Se trata de un objetivo, además de legítimo, constitucionalmente valioso, por cuanto se orienta a impedir que una actividad económica reservada por la ley sólo a las empresas legalmente constituidas e inscritas en la Cámara de Comercio pueda ser ejercida por sujetos que no ostentan tal condición; adicionalmente, con ello se facilita el control del lavado de activos.

Señala además que los recursos que la empresa de factoring obtiene de terceros, en virtud de la celebración de mandatos específicos de inversión, en rigor jurídico y financiero no constituyen una fuente de financiamiento de las empresas de factoring, pues en realidad

tales recursos están destinados a celebrar una operación por cuenta, riesgo y en nombre del mandante. Desde esta perspectiva, no se advierte vicio alguno de constitucionalidad en la norma demandada.

Intervención del ciudadano Juan David Gómez Pérez

23. Dentro del término de fijación en lista previsto en el artículo 7º, inciso 2º del Decreto 2067 de 1991, el abogado Juan David Gómez Pérez presentó un escrito en el que, de un lado, argumenta que “la demanda es inepta, y no puede estar llamada a prosperar”, a la vez que defiende la constitucionalidad de la norma acusada y solicita a la Corte declararla exequible.[14]

El ciudadano se opone a las pretensiones de la demanda por considerar que está orientada a “eliminar una disposición legal que busca proteger a los ahorradores e inversionistas colombianos, exigiendo niveles adecuados de patrimonio a una nueva clase de empresas (las de factoring) que administran, invierten y custodian ahorro del público”. En relación con este aspecto, afirma que la norma acusada forma parte de las regulaciones promulgadas para facilitar el acceso al crédito y en defensa de los ahorradores, “luego de los descalabros que sufrieron millones de colombianos a finales del 2008, con las conocidas entidades que, con disfraz de legalidad, prestan ilegítimos servicios financieros”.

24. A continuación, para sustentar la ineptitud de la demanda D-10049, examina los elementos del contrato de factoring y sobre esta base concluye que el cargo de fondo se edifica sobre una interpretación equivocada de la norma acusada, toda vez que, a juicio del ciudadano Gómez Pérez, los “mandatos específicos de inversión”, a los que se refiere la norma objeto de controversia, “no constituyen una modalidad de factoring”. En respaldo de este punto de vista, explica que mientras en los mandatos de “destinación específica” el propio inversionista (mandante) expresa de manera inequívoca los bienes en los que deben invertirse los recursos y asume directamente la administración del riesgo, en los mandatos de “libre inversión”, en cambio, el mandante no determina la manera en que deben ser empleados los recursos sino, a lo sumo, la clase o característica de los títulos que deben adquirirse, dejando en manos del mandatario la decisión final sobre el destino de los dineros que se le confían. Por tal razón, señala que frente a los mandatos específicos de inversión, “la sociedad dedicada a actividades de factoring no se desempeña como factor, sino - simplemente - como un mandatario del titular del crédito”; un mandatario que presta un servicio especializado y deriva su contraprestación económica de la remuneración que recibe por las labores desempeñadas, pero no de la entrega de liquidez inmediata al titular del crédito, “como indefectiblemente ocurre en el factoring”.

En ese orden de ideas, el interviniente concluye que el demandante incurre en “un insubsanable error de indeterminación de los cargos de inconstitucionalidad que plantea”, en tanto la norma acusada “en ningún momento limita, regula o impone obligaciones patrimoniales a las sociedades dedicadas al factoring, para el desarrollo de esta actividad”. En otra parte de su escrito enfatiza esta idea, señalando que “la exigencia patrimonial que hace el artículo 89, no se refiere a la actividad de factoring, sino a los mandatos específicos de inversión, lo que es sustancialmente divergente de la posición adoptada por el actor [...] puesto que en estos mandatos existe compromiso de derechos de terceras personas,

respecto de las que el Estado debe brindar la garantía, máxime cuando los déficits de las sociedades financieras, como lo ha vivido el país en el pasado, ha generado movimientos y perjuicios sociales que afectan el orden económico”.

25. En segundo lugar, para sustentar la solicitud de exequibilidad, el interviniente argumenta que si bien los mandatos específicos de inversión a los que se refiere el límite establecido en el precepto acusado, no son considerados como una modalidad de captación masiva y habitual de dineros del público, en todo caso llevan ínsitos riesgos que pueden afectar la confianza pública en el sistema económico, asociados a las obligaciones que asume el factor de custodiar los títulos, invertirlos conforme a las instrucciones recibidas, recaudar los rendimientos y el capital, para ponerlo a disposición del mandante. En tal sentido, la norma objeto de controversia establece “una regla de precaución” para que las empresas de factoring, al llevar a cabo esta clase de mandatos de inversión, no asuman riesgos que puedan ir más allá del 10% de su patrimonio.

A continuación, sostiene que la modalidad de control pertinente en este caso sería el “juicio o test débil de razonabilidad”, por recaer sobre una medida de intervención estatal en la economía, y concluye que la norma enjuiciada claramente supera dicho estándar de control, por cuanto la exigencia que en ella se establece es plenamente compatible con los requerimientos constitucionales respecto del ejercicio de la actividad financiera. Señala además que, “en el caso específico del factoring y, en particular, la administración de ahorro de terceros bajo la modalidad de ‘mandatos específicos de inversión’, lejos de ser carente de racionalidad, es imperativo que el regulador imponga reglas prudenciales a los agentes económicos que administran el ahorro del público, para impedir que tomen riesgos desmedidos que puedan alterar la confianza colectiva en el sistema de ahorro y crédito”.

Asimismo, argumenta que el precepto examinado no establece un tratamiento contrario al principio de igualdad. A este respecto advierte la improcedencia de efectuar un test de proporcionalidad, dado que ni siquiera el demandante adujo la violación del artículo 13 de la Carta y en el presente caso no está comprometida la afectación de ningún derecho fundamental. En todo caso, sostuvo que, de ser procedente la aplicación de este estándar de control, por cuanto la exigencia en ella prevista persigue una finalidad constitucionalmente legítima, es proporcional en sentido estricto, necesaria e idónea. Señala además que el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 no infringe ninguna norma constitucional, pues se limita a regular un aspecto sobre el cual “el legislador cuenta con total libertad de configuración legislativa”.

26. Finalmente, en relación con el cargo formulado en la demanda D-10050, precisa que el escrito de acusación no menciona las razones por las cuáles considera violentado el artículo 157 constitucional, ni los motivos que expresa para sustentar la infracción del artículo 158 no guardan ninguna relación con el contenido de esta norma superior. Por ello, al no estar satisfecha la carga argumentativa, la Corte, como en ocasiones similares, debería inhibirse de pronunciarse sobre este punto.

Sostiene que, a lo sumo, los argumentos de la demanda podrían encaminarse a señalar una infracción del artículo 161 de la Carta, único que, a juicio del interviniente, se ocupa del principio de consecutividad. Al respecto, pone de manifiesto que la exigencia de un monto

máximo al valor de los mandatos específicos para las sociedades dedicadas al factoring ya había sido introducido en el tercer debate del proyecto, surtido ante la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, aunque previendo un límite diferente al que fue finalmente aprobado. Por tal razón, asevera que no es cierta la afirmación contenida en la demanda, según la cual el precepto controvertido sólo fue introducido por la Comisión Accidental de Conciliación creada para integrar el texto disímil aprobado por las dos Cámaras. Afirma que tal modificación es válida a la luz de lo dispuesto en los artículos 160 y 161 de la Carta, así como en el artículo 178 del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992).

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

27. El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5797 del diez (10) de julio de 2014[15], solicitó a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la disposición demandada, por constatar la existencia de un vicio de trámite, toda vez que el tema correspondiente a la disposición demandada solo fue introducido en el tercer debate y no guarda conexión con lo debatido y aprobado anteriormente. Debido a esto, la disposición no podía ser adoptada por la comisión de conciliación como fórmula para resolver una diferencia entre los textos aprobados por ambas cámaras.

28. En primer término, el representante del Ministerio Público sostiene que, por tratarse de un vicio formal en el trámite de la ley, debe examinarse si ha operado la caducidad de la acción, conforme a lo previsto en el artículo 242 numeral 3º de la Constitución, donde se establece que “las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”. Al respecto, sostiene que la demanda se presentó de manera oportuna, por cuanto la ley en la que se inserta la norma acusada fue publicada el 20 de agosto de 2013 y la acusación fue radicada en la Corte Constitucional el 6 de diciembre del mismo año.

29. A continuación, para respaldar la solicitud de inexecutable, la Vista Fiscal afirma, como punto de partida, que “los principios de identidad flexible y de consecutividad poseen como exigencia nuclear que todos los temas que conforman un proyecto de Ley sean aprobados en cuatro debates, aunque las particularizaciones relativas a los mismos puedan modificarse en el curso de la deliberación parlamentaria”. Sostiene además que el trámite de la conciliación debe sujetarse a estos principios, de modo tal que la competencia de la Comisión de Conciliación no es ilimitada, pues “esta únicamente puede solventar las diferencias que se refieran a temas que, siendo objeto de desacuerdos, hayan estado presentes en el trámite legislativo en las dos Corporaciones”. [16]

Considera entonces que el problema jurídico que debe abordar la Corte en el presente caso es determinar “si el tema del que trata el artículo 89 demandado, estuvo presente en la totalidad del trámite legislativo, esto es, desde el primer debate, o si efectivamente fue un tema nuevo que resultó adicionado en forma inadecuada”.

30. Al respecto señala que el asunto tratado en la norma objeto de controversia se refiere a “la obligación de poseer un capital mínimo para poder operar como factor”. Los demás aspectos de los que se ocupa la norma son, a juicio de la Vista Fiscal, asuntos conexos sin incidencia para evaluar el cumplimiento de los principios de consecutividad e identidad flexible. Sobre esta base, el Ministerio Público afirma que “el tema tratado por el texto

correspondiente al artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 fue introducido a la discusión en el tercer debate del proceso legislativo”, razón por la cual se verifica la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en su trámite.

En respaldo de esta tesis se explica que durante el trámite del proyecto en primer debate en la Comisión Tercera del Senado de la República, el ponente adicionó un artículo referido, entre otros temas, al capital mínimo propio exigible a los factores. Sin embargo, al final se determinó excluir dicho artículo de la votación, por iniciativa del propio senador ponente quien, tras explicar la finalidad perseguida con tal regulación, y atendiendo a las objeciones formuladas durante el debate, decidiera retirarlo de la votación.

Con fundamento en lo anterior, concluye que “a pesar que el tema en cuestión existía en la ponencia para primer debate, el mismo nunca fue votado en tal sesión”, lo que a su juicio genera una infracción del principio de consecutividad por cuanto el Congreso no cumplió con la obligación de dar debate y votar todos los temas y artículos que sean sometidos a su consideración. El Ministerio Público advierte que si bien el retiro del artículo que contenía el tema de debate antes de ser sometido a votación es una conducta admisible a la luz del artículo 111 de la Ley 5ª de 1992, en el presente caso tal proceder tiene consecuencias directas para el análisis de la consecutividad. En tal sentido argumenta que, de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia constitucional, dicho análisis debe hacerse, “con los textos discutidos y aprobados y no con textos que hayan sido retirados de la discusión”. [17] Sobre esta base concluye que, “como la disposición retirada era la única relativa al tema de capital mínimo obligatorio para los factores, su exclusión de la votación implicó también la eliminación de dicho tema del primer debate legislativo”.

Establece que el tema tampoco estuvo presente en el segundo debate, surtido en la Plenaria del Senado, pues aunque se votaron algunas disposiciones relativas a la regulación del contrato de factoring, en ellas no se incluía regulación alguna destinada a exigir un capital mínimo a las personas dedicadas a dicha actividad. Dicha temática, según la Vista Fiscal, sólo se introdujo en el tercer debate, en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, y en el cuarto debate en la Plenaria de la misma Corporación.

31. En ese orden de ideas, “dado que el tema correspondiente al artículo demandado fue inexistente en el trámite del Senado y, por el contrario, únicamente fue introducido en el debate surtido en la Cámara de Representantes, esta diferencia de contenidos en los textos aprobados no podía ser subsanada a través del trámite de la conciliación, por constituir un asunto nuevo que no guardaba relación con lo discutido y aprobado en ambas Corporaciones Legislativas”. Al hacerlo, la Comisión de Conciliación usurpó una competencia exclusiva de las comisiones constitucionales permanentes y de las cámaras en pleno [18], generando así una violación de los principios de consecutividad y de identidad flexible, que debe llevar a declarar inexecutable la norma demandada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

Cuestión preliminar. Aptitud sustantiva de la demanda.

2. En atención a que algunos de los intervinientes solicitaron a la Corte proferir un fallo inhibitorio, por ineptitud sustantiva de la demanda, la Corte estima necesario examinar si el escrito de acusaciones cumple con los requisitos que habilitan a este Tribunal para emitir un pronunciamiento de fondo.

3. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece que las demandas que presenten los ciudadanos en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad deberán contener: (i) el señalamiento y transcripción de las normas acusadas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas y de (iii) las razones por las cuales se estiman violadas. Adicionalmente, deberá indicarse (iv) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda y, cuando la norma se impugne por vicios de forma (iv) el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

El tercero de los requisitos antes indicados, conocido como concepto de violación, requiere que el demandante despliegue una labor argumentativa que permita a la Corte fijar de manera adecuada los cargos respecto de los cuales debe pronunciarse para, de este modo, respetar el carácter rogado del control de constitucionalidad. En ese orden de ideas, esta Corporación ha consolidado una doctrina sobre los requisitos básicos para examinar la aptitud de la demanda, expuestos de manera canónica en la sentencia C-1052 de 2001[19], en los siguientes términos:

Claridad: exige que cada uno de los cargos de la demanda tenga un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Certeza: Esto significa que (i) la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita”; (ii) que los cargos de la demanda se dirijan efectivamente contra las normas impugnadas y no sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda.

Especificidad: Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”, que permita verificar una oposición objetiva entre el contenido de las normas demandadas y la Constitución. De acuerdo con este requisito, no son admisibles los argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan.

Pertinencia: El reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la

disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.

Suficiencia: Se requiere la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto de la norma demandada. La suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

Finalmente, la Corte ha establecido que la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio pro actione, de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.

4. Respecto de demanda D-10049, dos de los intervinientes cuestionan la certeza de la acusación allí formulada: de un lado, el concepto presentado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia sostiene que el cargo no es cierto, por cuanto la dificultad para el desarrollo del factoring que argumenta el actor, en realidad no se deriva del contenido de la norma acusada sino de una equivocada interpretación del artículo 12 del Decreto 2669 de 2012[20]. Por su parte, el ciudadano Juan David Gómez Pérez argumenta que la acusación se edifica sobre una interpretación equivocada de la norma demandada, por cuanto, en su opinión, los mandatos específicos de inversión no constituyen una modalidad de factoring, razón por la cual no es cierto que en el precepto acusado se establezcan limitaciones para el desarrollo de dicha actividad. Adicionalmente, en la intervención presentada por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia se cuestiona la pertinencia de la acusación, por considerar que se sustenta en consideraciones relativas a un problema particular como es el margen de solvencia exigido a las empresas de factoring.

Entretanto, el ciudadano Gómez Pérez cuestiona la aptitud global de la demanda D-10050, señalando diversos argumentos orientados a mostrar que, en su opinión, la demandante no satisfizo la carga de argumentar la infracción al principio de consecutividad.

5. La Sala considera que los cargos formulados en las dos demandas acumuladas en este proceso satisfacen los mínimos que la habilitan para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la norma acusada.

5.1. Así, en la demanda D-10049 el actor formula una acusación clara en contra del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, al señalar que en ella se establece una medida de intervención

económica, consistente en imponer un margen de solvencia obligatoria a las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring, que además de no ser apta para alcanzar la finalidad perseguida, afecta de manera innecesaria y desproporcionada la libertad de empresa y la libre competencia, todo lo cual desconoce los límites constitucionales que se imponen a las normas que limitan la libertad económica.

Es además una acusación cierta por cuanto, en efecto, la norma acusada establece un límite al monto de los contratos de mandatos de inversión específica que suscriban las sociedades dedicadas en exclusiva a la actividad de factoring, según el cual no deben exceder el 10% del patrimonio que tenga registrado la sociedad. La certeza del cargo no queda desvirtuada por las razones expuestas por algunos intervinientes en tanto: (i) la medida que el actor estima inconstitucional es el establecimiento de un límite al monto de los mandatos específicos de inversión que contraten las sociedades dedicadas de manera exclusiva al factoring, la cual viene impuesta por la norma legal demandada; la alusión que hace el demandante al numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2669 de 2012[21], se limita a señalar que, con el margen de solvencia obligatoria que fija el precepto acusado, se restringe el acceso a una de las fuentes de financiación de las actividades de factoring. Por lo tanto, no asiste razón a uno de los intervinientes cuando afirma que el contenido normativo acusado en realidad vendría expresado por una disposición distinta a la demandada. (ii) Por otra parte, la controversia en torno a si los mandatos específicos de inversión constituyen o no una modalidad de factoring, planteada por otro interviniente, tampoco lleva a desvirtuar la certeza del cargo formulado por el actor en contra del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, toda vez que, se trate o no propiamente de una modalidad de factoring, la norma acusada ciertamente establece un límite al monto de un tipo de operaciones, los mandatos específicos de inversión, los cuales forman parte de las actividades que realizan las sociedades dedicadas al factoring y, como quedó expuesto, está expresamente contemplada como una de las fuentes de financiación de dicha actividad comercial.

Las razones dadas por el demandante son pertinentes pues además de las consideraciones que plantea el actor en torno a la conveniencia de adoptar un modelo distinto de regulación de los márgenes de solvencia obligatoria para las empresas de factoring, la demanda presenta una serie de argumentos orientados a mostrar la oposición entre la norma acusada y los límites constitucionales a las normas que restringen la libertad económica.

Este grupo de argumentos satisfacen la exigencia de especificidad, en tanto logran definir un cargo de inconstitucionalidad discernible y dirigido en concreto contra la norma demandada, a la que se acusa de establecer una restricción ilegítima a las libertades de empresa y competencia, a través de la fijación de márgenes de solvencia obligatoria para los mandatos específicos de inversión que realizan las sociedades dedicadas de manera exclusiva a actividades de factoring. Finalmente, en tanto alcanzan a suscitar una duda sobre la constitucionalidad del precepto acusado, también satisfacen el requisito de suficiencia.

5.2. Finalmente, la Sala estima que también la demanda D-10050 formula un cargo apto que habilita a este Tribunal para pronunciarse de fondo. Se plantea de manera clara la existencia de un presunto vicio de trámite, consistente en la infracción de los principios de

consecutividad e identidad flexible, que la actora sustenta indicando que durante los dos primeros debates en el Senado al proyecto de ley que, una vez aprobado, se convirtió en la Ley 1676 de 2013 no se abordó la discusión ni votación del contenido normativo hoy regulado en el artículo 89 de dicha ley, el cual sólo fue introducido a partir del tercer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes; por tal circunstancia, a juicio de la actora, la Comisión de Conciliación carecía de competencia para incluir dicho precepto en el articulado final del texto conciliado.

Las razones que plantea en su acusación satisfacen además las exigencias de especificidad y pertinencia pues se dirigen a mostrar la oposición entre el trámite surtido en la aprobación de la norma demandada y lo preceptuado en los artículos 157, 158 y 160 inciso 2º, valiéndose para ello de los desarrollos jurisprudenciales en torno a los principios de consecutividad e identidad flexible. Los argumentos cumplen el requisito de suficiencia, prueba de lo cual es que la duda que plantean en torno al posible vicio de trámite en la aprobación del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 ha dado lugar a que el Ministerio Público rinda concepto solicitando la declaratoria de inexecutable por este motivo.

Presentación del caso y formulación de los problemas jurídicos

6. En este proceso se acumulan dos acusaciones en contra del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, una por la existencia de un vicio de trámite y otra por razones de fondo.

6.1. El cargo por vicios de trámite (expediente D-10050) plantea que en la aprobación de la norma demandada se vulneraron los principios de consecutividad e identidad flexible, en tanto el contenido que en ella se regula - la imposición de un margen de solvencia obligatoria para las sociedades que se dedican de manera exclusiva a actividades de factoring, a través del establecimiento de límites al monto de los mandatos específicos de inversión que pueden suscribir dichas sociedades - no fue discutido ni aprobado durante los dos primeros debates en Senado al proyecto que luego se convirtió en la Ley 1676 de 2013. Tal contenido, a juicio de la demandante, sólo fue discutido y aprobado en los debates tercero y cuarto, adelantados en la Cámara de Representantes, razón por la cual la Comisión de Conciliación, al incluirlo dentro del texto final conciliado, infringió el principio de consecutividad y, ligado a éste, el de identidad flexible.

La mayoría de los intervinientes desestiman esta acusación, argumentando que no existió la alegada infracción toda vez que el contenido de la norma acusada guarda plena identidad con el tema de la ley de la que forma parte, orientada a promover el acceso al crédito y a establecer normas sobre garantías mobiliarias. En tal sentido, el establecimiento de márgenes de solvencia obligatoria constituye una de tales garantías, por cuanto está orientada a respaldar la inversión de quienes, a través de la suscripción de mandatos específicos con empresas de factoring, suministran fondos para la realización de una actividad que, a su vez, por intermedio de los factores, facilita el acceso a recursos financieros a otros actores del mercado.

Entretanto el Ministerio Público, acogiendo los planteamientos de la demanda, solicita a la Corte declarar inexecutable el artículo 89 demandado. Para ello argumenta que el tema al que se refiere esta norma - que la Vista Fiscal identifica con la obligación de poseer un capital mínimo para poder operar como factor - si bien alcanzó a ser planteado en el primer

debate en la Comisión Tercera del Senado, no llegó a ser votado toda vez que, por iniciativa del ponente, fue retirado antes de llevarse a cabo la respectiva votación. Tal proceder, a juicio de la Vista Fiscal, determina que el asunto objeto de controversia en realidad nunca estuvo presente en los dos debates adelantados en la Comisión Tercera y la Plenaria del Senado, con lo cual su inclusión dentro del texto final conciliado implica una vulneración de los principios de consecutividad e identidad flexible.

6.2. El cargo de fondo (expediente D-10049) sostiene que artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, al imponer un margen de solvencia obligatoria a las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring, a través del establecimiento de un límite al monto de los mandatos específicos de inversión que aquellas pueden llevar a cabo, desconoce los límites constitucionales que deben observar las normas que restringen la libertad económica y se traduce en una vulneración de los artículos 26, 58, 333 y 334 de la Constitución.

En respaldo de esta tesis el actor argumenta que la norma acusada establece una medida de intervención económica que no es adecuada para alcanzar la finalidad perseguida, en tanto condena a la desaparición a las sociedades comerciales que se dedican al factoring de manera exclusiva. Adicionalmente, afecta de manera innecesaria y desproporcionada la libertad de empresa y la libre competencia, al imponer a aquellas empresas márgenes de solvencia superiores a los exigidos a las entidades financieras para realizar un tipo de operaciones que, como es el caso de los mandatos específicos de inversión, no constituyen una modalidad de captación masiva y habitual de dineros del público.

El Ministerio Público se abstuvo de pronunciarse sobre la acusación de fondo, al concentrar su análisis en argumentar la existencia de un vicio de trámite. Entretanto, ninguno de los demás intervinientes respalda el cargo de fondo y, por el contrario, defienden la constitucionalidad de la norma señalando, entre otras razones, que: (i) el límite al monto de los mandatos específicos de inversión que pueden suscribir las sociedades comerciales que se dedican en exclusiva al factoring no restringe el desarrollo de dicha actividad comercial, por cuanto estas entidades pueden realizar los mandatos específicos de inversión dentro de los límites previstos en la norma y, además, el amplio elenco de operaciones que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2º del Decreto 2669 de 2012, quedan comprendidas dentro de la actividad de factoring. (ii) La restricción establecida en la norma acusada no obedece al capricho del legislador, sino que consagra una regla de precaución orientada a reducir riesgos que puedan afectar la confianza del público en el sistema económico, prevenir que este tipo de operaciones sea realizada por sujetos no autorizados por la ley y facilitar el control del lavado de activos.

7. Planteada la controversia constitucional en los términos descritos, corresponde a la Corte dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

7.1. ¿Se desconocen los principios de consecutividad e identidad flexible cuando se incluye dentro del texto final conciliado de un proyecto de ley un contenido normativo - relativo al monto máximo de los mandatos específicos de inversión que pueden suscribir las sociedades dedicadas en exclusiva al factoring - que fue debatido más no votado en el primer debate en la Comisión respectiva del Senado, y luego fue de nuevo planteado y sometido a votación en tercer y cuarto debate en la Comisión y Plenaria de la Cámara de

Representantes, así como en el texto final conciliado?

7.2. Sólo en caso de concluir que no existió el vicio de trámite objeto de controversia, procedería el examen del cargo de fondo. En tal evento, la Sala deberá establecer si la norma acusada, al imponer un margen de solvencia obligatoria a las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring a través del establecimiento de un límite al monto de los mandatos específicos de inversión que aquellas pueden contratar, desconoce los límites constitucionales que deben observar las normas que restringen la libertad económica y, en consecuencia, vulnera los artículos 26, 58, 333 y 334 de la Constitución.

Análisis del cargo por vicios de procedimiento expuesto en la demanda D-10050

8. Para dar respuesta al primero de los problemas jurídicos planteados, se verificará, en primer lugar, si la acusación por vicios de forma se interpuso dentro del término constitucional. A continuación, reiterará la jurisprudencia constitucional sobre los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia que deben regir el procedimiento de formación de las leyes. Posteriormente, examinará el trámite impartido al proyecto de ley del que forma parte la norma acusada y, en particular, al contenido normativo acusado. Finalmente, se analizará si los mencionados principios constitucionales fueron vulnerados en el presente caso.

La acusación fue interpuesta dentro del término constitucional

9. De acuerdo con lo prescrito en el numeral 3° del artículo 242 de la Carta Política, las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma caducan en el término de un (1) año, contado desde la publicación del respectivo acto.

En el caso objeto de examen, la Ley 1676 de 2013, “por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, fue publicada en el Diario Oficial No. 48.888 del 20 de agosto de 2013. La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la ciudadana Andrea del Pilar Pisco Salazar, en la que se plantea el cargo por vicios de forma (expediente D-10050) fue radicada en la Secretaría de la Corte Constitucional el 6 de diciembre de 2013, es decir, cuando todavía no había vencido el término mencionado, motivo por el cual se cumple con la previsión del Constituyente para ejercer la acción.

Los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia en el procedimiento de formación de las leyes. Reiteración de jurisprudencia.

10. Según lo dispone el artículo 157 de la Constitución[22], para que un proyecto se convierta en ley de la República debe haber sido aprobado en dos debates en cada cámara del Congreso, en las respectivas comisiones permanentes y plenarias. A su vez, el artículo 160 de la Carta Política, así como la Ley 5ª de 1992, facultan a las comisiones y plenarias de cada Cámara para introducir a los proyectos de ley las modificaciones[23], adiciones y supresiones que juzgue necesarias; tal posibilidad plasma una condición necesaria para la deliberación democrática, de tal suerte que cada uno de los debates parlamentarios pueda estar abierto a la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que están allí representadas y, así, la opción regulativa finalmente adoptada sea fruto de una ponderada reflexión.

Conjugadas estas previsiones, se concluye que los textos de los proyectos de ley pueden ser objeto de variaciones y alteraciones en el curso de los cuatro debates que deben atravesar para convertirse en leyes de la República. Esto, a su vez, implica que los textos aprobados por cada Cámara pueden no ser del todo coincidentes, caso en el cual las discrepancias deben resolverse, por mandato del artículo 161 Superior, mediante la creación de comisiones encargadas de conciliar los textos aprobados, y someter a consideración de las plenarios de ambas Cámaras, para su aprobación, una versión definitiva.[24] Para tales efectos, según lo establece el inciso final del artículo 186 de la Ley 5ª de 1992, “serán consideradas como discrepancias las aprobaciones de articulado de manera distinta a la otra cámara, incluyendo las disposiciones nuevas”. Sin embargo, las Cámaras no disponen de entera libertad para introducir disposiciones nuevas. A este respecto, el artículo 158 Superior establece que “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella.”, de lo cual se infiere que sólo serán de recibo aquellas modificaciones, supresiones o adiciones que versen sobre la misma materia de la que se ocupa el proyecto.

11. El examen de las normas constitucionales y legales que rigen el procedimiento de formación de las leyes ha llevado a la Corte a concluir que el proceso legislativo se rige por los principios de consecutividad, de identidad flexible y de unidad de materia. El de consecutividad exige que los proyectos de ley se tramiten en cuatro debates de manera sucesiva en las comisiones y en las plenarios de las cámaras legislativas, salvo las excepciones constitucionales o legales[25]. Entretanto, el principio de identidad flexible reclama que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios; esta unicidad del proyecto, sin embargo, no implica rigidez en los contenidos, sino que es compatible con la posibilidad de que las cámaras introduzcan modificaciones, adiciones o supresiones a su articulado, y que las eventuales discrepancias sean superadas mediante el trámite de la conciliación.[26] Finalmente, el principio de unidad de materia es el que permite establecer si, aun con las modificaciones efectuadas al proyecto en el curso de los debates parlamentarios, éste conserva su identidad, lo que ocurrirá sólo cuando tales cambios versen sobre la materia de la que se ocupa y define la identidad del proyecto de ley en cuestión.

12. Ahora bien, la Corte ha entendido la noción de unidad de materia o unidad temática de un proyecto de ley en un sentido amplio, para hacerla compatible con el respeto al principio democrático y a la libertad de configuración del legislador. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha sostenido que sólo resultan contrarios a la Constitución aquellos contenidos normativos respecto de los cuales no sea posible establecer “una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica” con la materia dominante del proyecto de ley al que son incorporados.[27] Asimismo, ha establecido algunas pautas para determinar cuándo existe una relación temática suficiente con el proyecto de ley, y cuándo se trata de un asunto nuevo que no guarda dicha relación, que fueron sintetizadas de este modo en la sentencia C-332 de 2005[28]:

“Para la determinación de qué constituye ‘asunto nuevo’ la Corte ha definido algunos criterios de orden material, no formal: (i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos

previamente;[29] (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición esté comprendida dentro de lo previamente debatido;[30] (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico;[31] (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema”.[32]

En atención a estos criterios, este Tribunal ha establecido que los cambios introducidos al texto de los proyectos de ley pueden ser considerables, siempre y cuando se respeten los principios de identidad flexible y unidad temática, vistos a partir de los temas principales del proyecto como un todo y no de un artículo específico[33] También ha explicado la Corte que “el principio de consecutividad exige que el objeto de lo decidido a lo largo de los cuatro debates corresponda al mismo tema, así el sentido de las decisiones sea diferente e, inclusive, contrario”.[34]

13. Con fundamento en estas consideraciones, la jurisprudencia ha establecido que las comisiones de conciliación previstas en el artículo 161 de la Carta tienen una competencia limitada, en tanto:

“a. [...] (S)ólo pueden ser conformadas cuando surjan discrepancias entre las Cámaras respecto de un proyecto, en los términos del inciso final del artículo 186 de la Ley Orgánica por medio de la cual se expidió el reglamento del Congreso de la República y que como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional pueden surgir, entre otros casos, i) cuando el texto haya sido acogido por una de las Cámaras e ignorado por la otra, ii) cuando una de las Cámaras aprueba un artículo y éste es negado por la otra, o iii) cuando aprobado el texto por ambas cámaras exista una diferencia entre el aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes y el aprobado en la plenaria del Senado de la República o viceversa.

b. Se exige que el texto unificado preparado por la comisión accidental se someta a la consideración y aprobación por las plenarios de Cámara y Senado.

c. Para que las modificaciones a un proyecto de ley sean admisibles es necesario que se refieran a la misma materia, es decir, que las normas adicionadas o modificadas han de mantenerse estrechamente ligadas con el objeto y contenido del proyecto debatido y aprobado por las Cámaras.”[35]

14. En ese orden de ideas, en la sentencia C-940 de 2003[36] se consideró que no hubo lugar a infracción de los principios de consecutividad e identidad flexible en el trámite de dos artículos de una ley que no formaban parte del proyecto de ley presentado por el Gobierno ante el Congreso, ni habían sido considerados durante los debates en comisión y plenaria de la Cámara, pues tan sólo fueron introducidos cuando se inició el primer debate en el Senado. La Corte sostuvo que este trámite no contravenía la Constitución siempre y cuando se cumpliera con dos requisitos, que consideró satisfechos en el caso concreto: “i) de un lado, que la divergencia respecto del proyecto aprobado por la Cámara de Representantes, que se producía entre otras cosas por inclusión estas normas, fuera objeto del trámite de conciliación a que se refiere el artículo 161 de la Carta; este trámite, al permitir que las comisiones de conciliación prepararan conjuntamente un texto unificado y que luego la plenaria de cada Cámara conociera y aprobara dicho texto definitivo,

garantizaba el pleno acatamiento del principio de consecutividad; y ii), el segundo requisito implicaba que el asunto sobre la cual versaban los artículos introducidos correspondiera a la materia del proyecto que se venía tramitando, a fin de dar cumplimiento al principio de unidad temática”.

15. El mismo criterio ha sido reiterado en decisiones recientes; tal es el caso, entre otras, de las sentencias C-273 de 2011[37], C-277 de 2011[38], C-369 de 2012[39], C-084 de 2013[40], C-850 de 2013[41] y C-386 de 2014[42]. En todas ellas, este Tribunal ha estimado que no hay vicio de trámite por infracción de los artículos 157 a 161 Superiores, en los supuestos en los que un contenido normativo que no formaba parte del proyecto original, ni fue considerado de manera expresa en los primeros debates, es discutido y aprobado con posterioridad, siempre que: (i) en caso de existir divergencia en lo aprobado en ambas Cámaras, se surta el trámite de conciliación previsto en el artículo 161 de la Carta y (ii) el tema al que se refiere el contenido normativo objeto de controversia corresponda a la materia del proyecto que se viene tramitando y no haya estado por completo ausente de las etapas anteriores de la deliberación.

La elusión de debate y votación como supuesto de infracción al principio de consecutividad

16. La Corte se ha ocupado de examinar si existe una infracción del principio de consecutividad en el trámite de un proyecto de ley se omita la discusión o votación de alguno de los artículos que lo integran o de las proposiciones formuladas en el curso de los debates parlamentarios. En tal sentido, en la sentencia C-801 de 2003[43], la Corte sostuvo que tanto

“(…) las comisiones como las plenarias de una y otra cámara están obligadas a estudiar y debatir todos los temas que hayan sido puestos a su consideración y a adoptar una decisión respecto de ellas. No pueden renunciar a ese deber constitucional ni deferir su competencia a otra célula legislativa con el fin de que en posterior debate sea considerado un determinado asunto. En efecto, la totalidad del articulado propuesto en la ponencia presentada debe ser discutido, debatido y aprobado o improbadado por la comisión constitucional permanente o por la plenaria, según sea el caso. En cuanto a las proposiciones modificatorias o aditivas que se planteen en el curso del debate, así como las supresiones, deben igualmente ser objeto de discusión, debate y votación, salvo que el autor de la propuesta decida retirarla antes de ser sometida a votación o ser objeto de modificaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5ª de 1992. Es preciso que se adopte una decisión y no se eluda la misma respecto de un tema, so pena de que se propicie un vacío en el trámite legislativo que vulnere el principio de consecutividad”. (Subrayas añadidas).

17. Esta misma regla de decisión fue reiterada en las sentencias C-839 de 2003[44], C-1056 de 2003[45], C-1147 de 2003[46], C-1152 de 2003[47], C-372 de 2004[48], C-754 de 2004[49], en todas las cuales fueron declaradas inexecutable normas en cuyo trámite la Corte estimó había existido infracción constitucional, por cuanto: (i) en algunos de los debates reglamentarios la discusión o votación de los contenidos correspondientes había sido diferida de las Comisiones a la Plenaria o, en algunos casos, de la Plenaria de la

corporación donde culminó el trámite a la Comisión de Conciliación; (ii) se habían presentado como contenidos “nuevos” temas que en realidad habían sido abordados, pero no votados, en etapas anteriores del trámite.

18. Poco tiempo después, en la C-208 de 2005[50], al declarar exequibles las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2003 que establecían el voto preferente, este Tribunal precisó y matizó el alcance de la doctrina de infracción al principio de consecutividad por elusión del debate o votación, al señalar que este vicio de trámite sólo se configura en los casos en que: (i) se constate omisión “voluntaria y consciente” de debatir y votar un tema, o de trasladar la responsabilidad de decidir a una instancia posterior del trámite; (ii) cuando la conducta omisiva objeto de controversia no se ajusta a lo previsto en el Reglamento del Congreso y con ella (iii) se vulnere el valor sustantivo que se asegura con el principio de consecutividad, cual es la garantía de que toda iniciativa tenga la posibilidad de ser considerada en todas las etapas del trámite legislativo.

En las sentencias C-332 de 2005[51] y C-040 de 2010[52], la Corte advirtió sobre las particulares exigencias que incorpora el análisis de los principios de consecutividad e identidad flexible cuando se aplican al control de actos legislativos y estimó que no fueron atendidas en el trámite de las normas objeto de control en cada caso, por lo que declaró su inexecutabilidad. No obstante, en la primera de estas decisiones, precisó que no en todos los eventos la propuesta de suprimir un contenido implica que haya lugar a una elusión de debate y votación. A este respecto, en la sentencia C-332 de 2005 la Corte consideró que no se configura esta modalidad de infracción constitucional cuando en uno de los debates se aprueba una proposición que suprime varios artículos puestos a consideración de la respectiva célula legislativa, siempre que tal decisión implique “(i) tomar materialmente una decisión, (ii) la cual consiste en decidir ‘no reformar un punto específico’. Además, del contexto se deduce que la proposición supresiva no buscaba en este caso impedir o evitar una decisión sobre el tema; al contrario, como se dijo, con su actuación la Comisión adoptó la decisión de ‘no reformar’.”

19. En definitiva, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales indicados, para afirmar una infracción del principio de consecutividad en los eventos en que se excluye de votación un contenido sometido a consideración de una célula legislativa, que posteriormente es reincorporado y aprobado en el texto definitivo, es preciso constatar que ello obedeció a una omisión “voluntaria y consciente”, con la que se buscaba evadir o trasladar la responsabilidad de decidir a una instancia posterior del trámite; asimismo, que no existe ninguna norma en la Constitución o en la Ley 5ª de 1992 que autoricen tal proceder. Dicho examen deberá tener en cuenta los elementos del contexto particular en que tuvo lugar la aprobación de la norma acusada, para efectos de establecer si, en efecto, se comprometió la garantía sustantiva que busca protegerse con la exigencia establecida en el artículo 157 superior, esto es, garantizar la debida formación de la voluntad democrática de las cámaras y las condiciones que aseguran a los integrantes de cada célula legislativa la posibilidad de participar con voz y con voto en el trámite de aprobación de las leyes.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala examinará el trámite que condujo a aprobar la norma objeto de controversia, para efectos de establecer si en él se observaron los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia.

El procedimiento de formación de la Ley 1676 de 2013 y de su artículo 89

20. La iniciativa que a la postre se convirtió en la Ley 1676 de 2013[53] fue presentada por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo e inició su trámite como proyecto de ley 200 de 2012 Senado.[54] Su objetivo, según se expresa en el artículo 1º del proyecto (que coincide con el artículo 1º de la ley vigente), consiste en “incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas”.

21. Según se explica en la exposición de motivos, con esta iniciativa se pretendía dar respuesta a las dificultades de acceso al crédito que afrontan los individuos y empresarios que no son dueños de bienes inmuebles, para lo cual se buscaba actualizar y ajustar a los estándares internacionales la normatividad en materia de garantías mobiliarias. En virtud del cambio normativo propuesto se esperaba que “(m)ediante esquemas más ágiles y flexibles como los que se proponen en este proyecto de ley, las personas y compañías en general, pero en especial, las pequeñas y medianas empresas, podrán respaldar sus créditos con sus inventarios o sus cuentas por cobrar. Así las cosas, los empresarios recurrirán menos al crédito informal al tiempo que los bancos verán disminuido el riesgo al conceder dichos créditos”. [55] Pero a la vez que facilitar el acceso al crédito a través de la ampliación del abanico de garantías mobiliarias disponibles, con este proyecto también se buscaba “garantizar los derechos de los acreedores [...] facilitando el ‘enforcement’, a través de una reforma estructural del régimen de garantías mobiliarias en Colombia”. [56]

Así, aunque el articulado inicial del proyecto de ley no contenía una regulación específica en materia de factoring, era claro que entre los mecanismos para alcanzar los propósitos que lo animaban se contemplaba la previsión de mecanismos que facilitaran a los pequeños empresarios el acceso a crédito con respaldo en sus cuentas por cobrar, garantizando a la vez los derechos de quienes invirtieran recursos destinados a financiar este tipo de operaciones comerciales.

22. Este propósito estuvo presente en el transcurso de los debates parlamentarios. Así, en la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera del Senado[57] los ponentes[58] incluyeron cuatro artículos, agrupados en el Título X. Sobre la actividad del Factoring, en los que se proponían normas relacionadas con: (i) la aceptación y libre circulación de facturas (arts. 86 y 87); (ii) medidas para prevenir el lavado de activos en las empresas que presten servicios de compra de cartera al descuento (art. 88, par. 1º a 7º); (iii) el tratamiento tributario de los rendimientos de las operaciones de factoring (art. 88, par. 8º) y (iv) la modificación del artículo 8º de la Ley 9º de 1991, para efectos de incluir a las empresas de factoring vigiladas por la Superintendencia de Sociedades como intermediarios del mercado cambiario (art. 89).

Entre las medidas propuestas para prevenir el lavado de activos en el desarrollo de esta actividad, en el artículo 88 del proyecto puesto a consideración de la Comisión Tercera del Senado se incluyó, en los parágrafos 2º a 6º, el establecimiento de montos mínimos de capital para las sociedades comerciales que tengan por objeto social la actividad de factoring.[59]

Primer debate del Proyecto de Ley 200 de 2012 Senado - Comisión Tercera del Senado

23. Durante el primer debate de esta iniciativa en la Comisión Tercera del Senado[60] la discusión se concentró exclusivamente en torno a las normas adicionadas por los ponentes para regular la actividad del factoring, para lo cual se contó con la participación del Superintendente de Sociedades y se estableció audiencia pública para escuchar al doctor Eduardo Rincón Herrera, Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Factoring.[61]

24. Iniciada la sesión, un Senador[62] intervino para cuestionar la relación de estas normas con la materia del proyecto de ley y, en particular, para objetar la exigencia de los montos mínimos de capital a las empresas de factoring.[63]

26. Posteriormente intervino otro de los integrantes de la Comisión Tercera[65] para cuestionar, por excesiva, la exigencia de capital mínimo incluida en el parágrafo 2º del artículo 88, sometido a discusión en el primer debate.

27. A continuación, otro Senador[66] intervino en defensa de la exigencia de capital mínimo destinado a brindar seguridad a los inversores, en los siguientes términos:

28. Tras esta intervención, se lee y aprueba la proposición con la que termina el informe de ponencia y, seguidamente, se abre la votación del articulado. En ese momento interviene uno de los ponentes[67], por cuya iniciativa se incluyeron las disposiciones relativas al factoring, para precisar los contenidos que serán sometidos a votación:

“Son 89 artículos, entonces el artículo 88, que es el que habla de prevención de lavado de activos, lo vamos a excluir donde están, el parágrafo, el 2, el 3, el 4, el 5 y el 6 que son los que hablan de patrimonios mínimos de las compañías de Factoring. O sea que es aprobar todo el articulado excluyendo los parágrafos 2, 3 4, 5 y 6 del artículo 88, señor Presidente.” (subrayas añadidas)[68]

29. En este punto, toma la palabra otro de los integrantes de la Comisión Tercera[69] para solicitarle al Superintendente de Sociedades, presente en la sesión, que aclare si la aprobación del artículo 89 del proyecto discutido, donde se somete a las empresas de factoring a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, implica mantener por otra vía la exigencia de capitales mínimos para dichas empresas.

En respuesta a esta inquietud, el Superintendente de Sociedades precisó:

“Senador creo que su inquietud es muy importante y la voy a aclarar.

Hay dos tipos de entidades que hacen Factoring, aquellas que son entidades adscritas o vinculadas a empresas o a empresas del sector financiero, por ejemplo bancos, esas están vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el caso acá la ya extinta Superintendencia de Valores, esas tienen los requisitos que tienen las entidades vigiladas por ello, es decir, patrimonios mínimos porque hay captación, cuando no hay captación, cuando simplemente es la actividad del descuento de facturas, esas empresas están vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, ahí no se requieren patrimonios mínimos y no se va a requerir patrimonios mínimos, es la vigilancia actual que hay, entonces su inquietud es muy válida, no se va a generar o no se genera mediante esta disposición de

ninguna forma un requisito de patrimonio mínimo de ninguna naturaleza, para las entidades que están en la Superintendencia de Sociedades; entre otras cosas, porque todo lo que queremos hacer acá o lo que se ha querido hacer con estas normas y con las normas que también están trabajadas mediante una Comisión, es que el Factoring se pueda facilitar, es muy importante.”

30. Hecha esta aclaración, se sometió y fue aprobado por votación ordinaria todo el bloque del articulado, salvo los párrafos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 88, esto es, precisamente los contenidos que se ocupaban de establecer la exigencia de montos mínimos de capital para las empresas de factoring. Al finalizar la votación, uno de los senadores solicitó de manera expresa una aclaración sobre este punto.[70]

31. En definitiva, durante el primer debate ante la Comisión Tercera del Senado la discusión se concentró precisamente en los asuntos relativos a la regulación del factoring y, en particular, la exigencia de montos mínimos de capital. Como resultado de la misma, todos los artículos pertenecientes al Título X. Sobre la actividad del Factoring, esto es, los artículos 86 a 89 quedaron incluidos en el proyecto y pasaron a segundo debate ante la Plenaria del Senado, a excepción de los párrafos 2º a 6º del artículo 88, referidos a los montos mínimos de capital exigibles a los factores, que no fueron votados y quedó constancia expresa de que, para ese momento del trámite, el querer de los integrantes de la Comisión era no condicionar la actividad de factoring a la imposición de márgenes de solvencia obligatoria.[71]

Segundo Debate del Proyecto de Ley 200 de 2012 – Plenaria del Senado

32. En la ponencia para segundo debate, publicada en la Gaceta del Congreso No. 320 de 2012, se informó sobre los cambios introducidos a la misma, señalando que “se excluyeron los párrafos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 88, en atención a las inquietudes presentadas frente a la exigencia de capitales mínimos para las empresas que tengan actividad de factoring”. [72]

33. Según consta en la certificación aportada por el Secretario General del Senado de la República[73] y en las Actas respectivas, el segundo debate de este proyecto se adelantó en tres sesiones: en la Plenaria del 22 de agosto de 2012 se aprobó la proposición positiva con que termina el informe de ponencia. Se abrió el segundo debate, como resultado del cual se nombró una subcomisión y se suspendió la discusión de este proyecto para dar paso a otros asuntos.[74] En la Plenaria del 28 de agosto de 2012 fueron aprobados los artículos 1 a 50 con modificaciones mediante votación ordinaria y se anunció que la discusión continuaría en la siguiente sesión.[75] Luego de dos sesiones en las que no se llevó a cabo el debate, pero se dio continuidad a la cadena de anuncios, finalmente, el resto del articulado (51 a 91) y el título del proyecto fueron discutidos y aprobados por votación ordinaria en la sesión Plenaria del 11 de septiembre de 2012.

El texto finalmente aprobado en segundo debate mantuvo sin modificaciones los artículos 86 a 89, relativos al factoring, tal y como habían sido aprobados en primer debate en la Comisión Tercera del Senado.[76]

Tercer debate Proyecto de Ley 200 de 2012 Senado, 143 de 2012 Cámara – Comisión

Tercera de la Cámara de Representantes

34. El texto propuesto para el tercer debate, surtido ante la Comisión Tercera de la Cámara,[77] mantuvo en los mismos términos los artículos 86 a 89, relativos a la actividad del factoring. Sin embargo, al final del título correspondiente los ponentes incluyeron el siguiente artículo:

Artículo 90. Solvencia obligatoria para las empresas de factoring. Las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera podrán realizar contratos de 'mandatos específicos' con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente a cinco veces el capital pagado que tenga registrado la sociedad. Para los mandatos de 'libre inversión' deberán sujetarse a los límites consagrados en el numeral 2 del artículo 1° Decreto número 1981 de 1988. (subrayas añadidas).

35. En el informe de ponencia se justificó la adición de este artículo por la necesidad de garantizar la confianza de quienes invierten en operaciones de factoring. [78] En la sesión del 5 de diciembre de 2012 el conjunto del articulado propuesto, incluyendo el artículo 90, fue votado en bloque y aprobado mediante votación ordinaria.[79]

Cuarto debate del Proyecto de Ley 200 de 2012 Senado, 143 de 2012 Cámara - Plenaria de la Cámara de Representantes

36. En el texto sometido a consideración de la Plenaria de la Cámara de Representantes para el cuarto debate, se mantiene el artículo 90 en los mismos términos en que fuera adicionado y aprobado por la Comisión Tercera de esta Corporación. [80]

Secretario, doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano, informa:

Tiene los siguientes artículos, 92 artículos de los cuales 87 no tienen modificación ni proposición alguna y 5 artículos tienen modificaciones y proposiciones, señor Presidente.

[...]

Tienen proposiciones los siguientes artículos: artículo 3º, el 5º el 61, 89 y 90

A continuación, se dio lectura a los artículos con proposiciones, entre los cuales se encontraban la eliminación del artículo 89[82] y la modificación del artículo 90, este último relativo a la solvencia obligatoria para las empresas de factoring.[83]

Seguidamente intervinieron dos Representantes[84] para expresar puntos de vista opuestos sobre el proyecto. Entre los argumentos expuestos, se planteó la preocupación porque la flexibilización de las reglas para la operación de negocios de compra de cartera pudiera favorecer la especulación financiera. Concluidas las intervenciones, se abrió el registro para la votación en bloque del articulado, incluyendo las proposiciones efectuadas, que fue aprobado, mediante votación nominal y pública, por 89 votos a favor y 4 en contra, mientras que el título y la pregunta lo fueron por 82 votos a favor y 4 en contra.

38. En definitiva, en el cuarto debate se aprobaron todos los artículos del proyecto relacionados con la regulación del factoring, a excepción del artículo 89, que fue eliminado.

Entre los contenidos aprobados se incluyó la modificación propuesta al artículo 90, cuyo texto final reza:

Artículo 90. Solvencia obligatoria para las empresas de factoring. Las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera podrán realizar contratos de 'mandatos específicos' con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente a 10% del patrimonio que tenga registrada la sociedad. Para los mandatos de 'libre inversión' deberán sujetarse a los límites consagrados en el numeral 2 del artículo 1 Decreto 1981 de 1988.[85] (subrayas añadidas)

Trámite de Conciliación

39. Para superar las discrepancias entre los textos finales aprobados en el Senado y en la Cámara de Representantes, se conformaron comisiones accidentales que prepararon un informe de conciliación, conforme a lo dispuesto en el artículo 161 de la Carta. En el mismo, se constataron las diferencias en los contenidos aprobados por ambas cámaras en relación con el título correspondiente a la regulación de la actividad de factoring, las cuales versaron en torno a los artículos 89, aprobado en Senado y suprimido en Cámara, y 90 que no estaba incluido en el texto finalmente aprobado por la plenaria del Senado pero sí en el que culminó su trámite en la Cámara de Representantes. [86]

Para zanjar las diferencias se propuso acoger el texto final aprobado por la Cámara de Representantes, que incluía el mencionado artículo sobre solvencia obligatoria para empresas de factoring, que tras el cambio en la numeración pasó a ser el artículo 89.[87]

40. El texto conciliado fue aprobado mediante votación ordinaria por el Senado[88] y por la Cámara de Representantes[89] en sesiones plenarias que tuvieron lugar en la misma fecha, el 11 de junio de 2013.

La observancia de los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia en la aprobación de la norma demandada

41. Tanto la demandante en el expediente D-10050 como el Ministerio Público sostienen que en la aprobación del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 se infringieron los principios de consecutividad e identidad flexible, en tanto su contenido normativo no fue discutido ni aprobado durante los dos primeros debates en comisión y plenaria del Senado, sino que tan sólo fue considerado en los debates tercero y cuarto, ante la comisión y plenaria de la Cámara de Representantes, razón por la cual no podía ser incluido en el texto conciliado. La Vista Fiscal precisa además que, si bien en el primer debate en la Comisión Tercera del Senado se debatió una propuesta orientada a establecer un capital mínimo para las empresas dedicadas al factoring, la misma fue retirada antes de ser sometida a votación, lo que le lleva a concluir que, en realidad, dicho tema nunca estuvo presente en las deliberaciones surtidas en el Senado.

42. Sin embargo, una vez revisado y constatado lo ocurrido, la Sala concluye que no existió infracción de los principios de consecutividad e identidad flexible en el trámite que condujo a la aprobación del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, por las siguientes razones:

42.1. En primer lugar, el tema específico al que se refiere la norma demandada, esto es, el establecimiento de un margen de solvencia obligatoria para las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring, guarda una evidente relación de conexidad teleológica con la materia general del proyecto que devino en la Ley 1676 de 2013. Desde su exposición de motivos y en el transcurso de los debates se evidenció que un objetivo central del proyecto era ampliar el elenco de las garantías mobiliarias disponibles, con el propósito de facilitar el acceso al crédito a las personas y, en particular, a los pequeños empresarios, que requerían de este medio de financiación pero no disponían de garantías suficientes para respaldar sus préstamos y, por tal razón, se veían en la necesidad de acudir a sistemas informales de crédito. Entre los bienes susceptibles de servir como garantías se consideró desde el comienzo la posibilidad de respaldar los créditos con las cuentas por cobrar, esto es, con las operaciones de factoring o compra de cartera al descuento. Pero, al tiempo que se pretendía facilitar el acceso al crédito se buscaba igualmente garantizar los derechos de los acreedores y evitar que la flexibilización del sistema de garantías pudiera favorecer fenómenos especulativos. En este orden de ideas, la inclusión de medidas orientadas a regular la actividad del factoring y, en particular, a respaldar la inversión de quienes fondean con sus recursos dichas operaciones, que constituye el tema específico del que se ocupa la norma demandada, constituye uno de los medios dispuestos por el legislador para regular la materia general objeto del proyecto y para alcanzar los propósitos en materia de promoción del crédito y cualificación del sistema de garantías mobiliarias perseguidos con dicha regulación.

42.2. En segundo lugar, como quedó establecido, la interpretación conjunta de los principios de consecutividad e identidad flexible lleva a concluir que el artículo 157 de la Constitución no exige que el contenido normativo aprobado en los cuatro debates haya sido idéntico, sino que lo decidido a lo largo de los cuatro debates corresponda al mismo tema. También ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal que la exigencia de unidad temática debe ser interpretada con una razonable amplitud, de tal suerte que resulte compatible con el reconocimiento de la libertad de configuración con la que cuenta el órgano legislativo para introducir en el curso de un proyecto de ley las variaciones que resulten de la confrontación de las distintas posturas que sobre un asunto hayan sido planteadas a lo largo de los debates surtidos en las distintas células legislativas.

En este punto, es preciso establecer lo que ha de entenderse por el tema objeto de regulación en la norma demandada. Una primera posibilidad hermenéutica sería interpretar, en un sentido amplio, que el contenido objeto de controversia se inscribe dentro del establecimiento de controles a la actividad de factoring. Bajo esta comprensión no habría lugar a dudas sobre la continuidad que tuvo este tema durante los cuatro debates parlamentarios. En el texto sometido a consideración de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes se incluyó, por iniciativa de los ponentes, un conjunto de medidas tendientes a favorecer y sujetar a control las operaciones de factoring (artículos 86 a 89 del proyecto); entre estas, regulaciones orientadas a prevenir su utilización como un mecanismo de lavado de activos (art. 88). La mayoría de estas disposiciones se mantuvieron en los textos sometidos a consideración de las comisiones y plenaria de Senado y Cámara. Los únicos cambios versaron sobre: (i) la eliminación de la norma que incluía a las empresas de factoring dentro de los intermediarios del mercado de cambios y (ii) la inclusión de montos mínimos de capital para dichas empresas. Esos cambios no

afectaron el tema, que siguió siendo el establecimiento de controles a la actividad de factoring. Así las cosas, la aprobación en tercer y cuarto debate en la Cámara de Representantes de un artículo que establecía de nuevo dichos márgenes de solvencia, los cuales ya habían sido planteados desde el primer debate en la Comisión Tercera del Senado, en modo alguno representaba un asunto ajeno a la discusión que se había adelantado en esta última Corporación. En conclusión, desde esta perspectiva hermenéutica, no existió infracción de los principios de consecutividad e identidad flexible.

42.3. Sin embargo, una segunda posibilidad interpretativa es la que plantea el Procurador, quien propone entender que el tema del que se ocupa la norma acusada no es, en general, la regulación del factoring, sino específicamente el establecimiento de márgenes de solvencia obligatoria para algunas de las sociedades que se dedican a esta actividad. Para la Sala Plena, aun si se adopta esta interpretación más restrictiva del asunto objeto de regulación, tampoco en esta hipótesis cabría afirmar la infracción de los principios de consecutividad e identidad flexible.

Si bien asiste razón a la demandante y a la Vista Fiscal cuando señalan que existió una discrepancia entre los textos finalmente aprobados por el Senado y la Cámara de Representantes, en tanto este último tenía un contenido normativo – correspondiente al entonces identificado como artículo 90 del proyecto – que no estaba presente en el texto final aprobado por el Senado, no puede afirmarse en cambio que dicho artículo se refiriera a un “asunto nuevo” que no haya estado presente desde el comienzo de las deliberaciones parlamentaria. No se trató de un asunto nuevo, por cuanto el tema de los montos mínimos de capital exigidos a las sociedades operadoras de factoring constituyó el centro de la discusión en el primer debate ante la Comisión Tercera del Senado, donde además la inclusión de esta medida fue expresamente controvertida por varios Senadores integrantes de la Comisión Tercera y de una intervención del Senador ponente orientada a justificar su inclusión. Aunque a la postre los parágrafos 2º a 6º del artículo 88 que se ocupaban específicamente de regular el tema fueron retirados por el ponente del articulado sometido a votación, para atender así a las observaciones de los Senadores intervinientes, entre otras consideraciones.[90]

Así las cosas, no podría concluirse, como lo propone el señor Procurador, que por el hecho de que la propuesta de adicionar al proyecto estos contenidos normativos fue retirada antes de ser sometidos a votación, de allí se sigue que el tema específico sobre el que versaban fue eliminado del primer debate y, con ello, del resto del trámite legislativo surtido en el Senado. Lo que demuestra el acta de la sesión es justamente lo contrario: que el único tema del proyecto que suscitó la deliberación fue, en general, la regulación del factoring y, en particular, la exigencia de montos mínimos de capital. No fue pues la ausencia de deliberación sino, precisamente, la controversia explícita sobre este asunto, lo que determinó que los parágrafos 2º a 6º del artículo 88 del proyecto, donde inicialmente se regulaba este tema específico, fueran retirados de la votación.

43. En este punto de la argumentación es preciso examinar si, como lo sugiere la Vista Fiscal[91], el hecho de que las disposiciones que establecían el monto obligatorio de capitalización para las empresas de factoring no hayan sido sometidas a votación en la

Comisión Tercera del Senado, queda comprendido dentro de los supuestos en los que, según la jurisprudencia constitucional, se configura una infracción al principio de consecutividad por elusión de debate o votación. La Sala estima que la respuesta a esta cuestión es negativa, por las siguientes razones:

43.1. Como quedó expuesto, para que la no votación de un artículo o de una proposición configure una vulneración del principio de consecutividad, es preciso que tal proceder claramente responda a una conducta elusiva, voluntaria y consciente, con la que se busca evadir o trasladar para una instancia posterior del debate la responsabilidad de discutir y decidir.[92]

Nada de esto ocurre en el presente caso. Fue precisamente el tema de la imposición de mínimos de capital a las sociedades dedicadas en exclusiva al negocio del factoring el que constituyó el centro de la deliberación que tuvo lugar durante el primer debate en la Comisión Tercera del Senado.[93] Tras la intervención del ponente, en la que justifica su propuesta de adicionar el proyecto original con las disposiciones que establecen estos montos mínimos pero, no obstante, plantea su retiro para efectos de facilitar el trámite del proyecto de ley, en lugar de cesar la discusión sobre el asunto ocurre justamente lo contrario: continúa una ronda de intervenciones de tres senadores y el Superintendente de Sociedades, que estaba presente en la sesión, las cuales versan precisamente sobre este asunto. Más aún, luego de efectuada la votación ordinaria y en bloque del articulado, un senador interviene para constatar que los párrafos 2º a 6º del artículo 88, que incorporaban el requisito de capitales mínimos para los factores, no estaban dentro de los contenidos aprobados y, por ende, no habían pasado a la siguiente etapa del trámite legislativo.[94] Inclusive, para mayor precisión, el senador solicita que de manera expresa se aclare: “en este momento si la ley alcanza el periplo legislativo, los 4 debates, quiere decir que cualquier empresa de Factoring, con cualquier capital puede operar, ¿sí o no?”, a lo cual el Superintendente de Sociedades precisa que así es y, a continuación, el ponente aclara que, según lo aprobado, podrá operar siempre y cuando esté vigilada por la Superintendencia de Sociedades. Sólo tras esta precisión se pasa al siguiente punto de la agenda legislativa.

Lo anterior permite a la Sala concluir que, en lugar de eludir o trasladar a otra instancia la responsabilidad de decidir sobre este asunto, durante el primer debate fue manifiesto el querer de los integrantes de la Comisión Tercera del Senado de regular el tema relativo a la imposición de montos mínimos de capitalización a las sociedades de factoring vigiladas por la Superintendencia de Sociedades. Lo que ocurrió fue que, a raíz de la exclusión de los párrafos 2º a 6º del artículo 88 del proyecto, del conjunto del articulado sometido a votación, el sentido de la decisión adoptada en ese entonces difirió del que posteriormente fue aprobado por la Cámara de Representantes e incluido en el artículo 89 del texto final conciliado. Mientras en un primer momento el querer de los integrantes de la Comisión Tercera del Senado fue no sujetar el funcionamiento de las operaciones de factoring adelantadas por este tipo de sociedades a la exigencia de márgenes de solvencia obligatoria, la decisión final que las plenarias de ambas corporaciones adoptaron sobre este tema, al aprobar el informe de conciliación fue, justamente, la contraria.

43.2. En segundo lugar, la exclusión de las disposiciones referidas a los montos mínimos de

capital para las empresas de factoring del conjunto de los artículos sometidos a votación no constituyó una conducta irregular, sino amparada por el artículo 111 de la Ley 5ª de 1992, que faculta el retiro de las mociones y proposiciones en los siguientes términos: “(e)l autor de una moción o propuesta podrá retirarla en cualquier momento, pero antes de ser sometida a votación o ser objeto de modificaciones”.

En este caso, el proyecto original sometido a consideración del Congreso no incluía regulación alguna sobre el tema del factoring ni, por tanto, sobre la exigencia de montos de capitalización obligatoria. La propuesta de adicionar tales contenidos y, en particular, los párrafos 2º a 6º del artículo 88, fue planteada en el informe de ponencia para primer debate ante la Comisión Tercera del Senado por el mismo senador que durante la sesión decidió retirarla antes de que se introdujeran modificaciones o la misma fuera sometida a votación. Se trató, por tanto, de una conducta permitida de manera expresa por el reglamento del Congreso, lo cual marca una diferencia relevante con casos anteriores en los que la Corte determinó la existencia de una conducta elusiva, en eventos en los cuales la exclusión de votación de contenidos normativos no sólo respondía a una voluntad de trasladar a etapas posteriores del debate la responsabilidad de decidir sobre un asunto, sino que además tal proceder carecía de todo respaldo normativo.[95]

43.3. De otro lado, la decisión adoptada por la Comisión Primera del Senado no implicó que el tema al que se refiere la norma demandada haya estado ausente de la deliberación que tuvo lugar en la Plenaria del Senado. Ello por cuanto en el informe de ponencia para segundo debate, cumpliendo con lo previsto en el artículo 160, inciso 2º, de la Constitución y el 175 del Reglamento del Congreso, se informó que los párrafos 2º a 6º del artículo 88 habían sido excluidos del articulado, “en atención a las inquietudes presentadas frente a la exigencia de capitales mínimos para las empresas que tengan actividad de factoring”. [96]

La Plenaria del Senado tuvo así oportunidad de conocer la decisión adoptada por la Comisión Primera respecto de estos contenidos normativos, con lo cual se garantizó la consecutividad en el tratamiento del tema, lo que no habría ocurrido, por ejemplo, si en el informe de ponencia se hubiera omitido toda consideración al respecto. En cambio, la inclusión del tema permitió que el mismo estuviera presente en las deliberaciones de la Plenaria del Senado a través de dos vías: mediante la aprobación de la proposición con la que terminó el informe de ponencia para segundo debate[97], así como por el hecho de que durante la discusión en Plenaria no se formuló ninguna proposición dirigida a modificar el sentido de la regulación que, en punto a la exigencia de capitales mínimos para las empresas de factoring, había sido adoptada por la Comisión Primera del Senado. Lo anterior permite concluir que, así no se registrara una deliberación expresa, el tema objeto de controversia fue sometido a consideración de la Plenaria de esta corporación y que el sentido de la decisión adoptada en este caso consistió en mantener, por la vía de la ausencia de regulación, la no exigencia de márgenes de solvencia obligatoria para dichas empresas.

44. En ese orden de ideas, al no existir ruptura del principio de consecutividad, en tanto el tema específico objeto de controversia estuvo presente en los cuatro debates reglamentarios, aunque las decisiones adoptadas por cada corporación respecto del mismo

fueron contrapuestas - en el Senado se mantuvo la no imposición de montos mínimos de capital, mientras que en la Cámara se decidió lo contrario -, cabe concluir que las comisiones de conciliación actuaron dentro de los límites de su competencia al proponer la inclusión en el texto final del artículo aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes. Por lo anterior, no prospera el cargo por vicios de trámite planteado en la demanda D-10050 y, por tanto, procede entrar en el estudio de la acusación de fondo objeto de este juicio de constitucionalidad.

Análisis del cargo de fondo planteado en la demanda D-10049

45. La respuesta al segundo de los problemas jurídicos requiere establecer si el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, al imponer un margen de solvencia obligatoria a las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring a través del establecimiento de un tope al monto de los mandatos específicos de inversión que aquellas pueden contratar, desconoce los límites constitucionales que deben observar las normas que restringen la libertad económica y, en consecuencia, vulnera los artículos 26, 58, 333 y 334 de la Constitución.

Para tal efecto, (i) se reiterará la jurisprudencia sobre los límites constitucionales a la libertad económica, con el fin de precisar el alcance del parámetro de control que habrá de emplearse en este caso; (ii) se examinará el marco regulatorio de la actividad de factoring, a partir del estudio de la normatividad vigente y de la interpretación efectuada por la jurisprudencia de esta Corporación; (iii) se analizará el contenido de la norma acusada para, finalmente, (iv) establecer si el mismo desborda los límites que debe respetar el legislador cuando establece restricciones a la libertad económica.

Límites constitucionales a la libertad económica

46. El artículo 333 de la Constitución Política dispone que “[l]a actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.”

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha definido desde sus inicios la libertad económica como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio.[98] La libertad económica comprende, a su vez, las nociones de libertad de empresa y libertad de competencia.

47. La libertad de empresa es la facultad que tienen los asociados de ejercer sin interferencias injustificadas cualquier actividad económica lícita y, en concepto de la Corte, “se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico

patrimonial y laboral”.[99]

La libertad de competencia, por su parte, surge “cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita”.[100]

48. Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad económica no es absoluta, y que tanto la libertad de empresa como de competencia tienen límites y responsabilidades, emanadas directamente de la Carta Política.[101] Así por ejemplo, se ha sostenido, entre otros, que el ejercicio de la libertad de empresa no puede interferir irrazonablemente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos;[102] el orden y/o el interés público;[103] y el ambiente o el patrimonio cultural de la nación.[104] Y que la libertad de competencia debe ejercerse dentro de un marco de prevalencia del bien común, el interés público y la protección de los usuarios.[105]

Esta gama de restricciones tiene como objeto armonizar las garantías de la iniciativa privada con los demás propósitos y finalidades de la Carta, que a su vez protegen los intereses públicos e individuales de los ciudadanos. Teniendo presente, además, que a los empresarios se les asegura el acceso a los mercados en condiciones de igualdad, no solo para que obtengan utilidades, sino también a fin de que satisfagan las necesidades de toda la población en el consumo de bienes y servicios. Por lo que la dinámica mercantil tiene involucrado un claro interés general, y el Estado debe intervenir para promover el desarrollo económico y social con equidad.

49. Ahora bien, la imposición de esos límites no puede ser arbitraria, sino que, por el contrario, debe seguir una serie de condicionamientos que garanticen el contenido mínimo del derecho a la libertad económica. Los requisitos para que la intervención sea constitucional y no desborde las garantías superiores son: (i) que los aspectos elementales de la intervención sean determinados por el Legislador, en tanto el artículo 333 superior dispone expresamente que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”; (ii) que no anule los contenidos esenciales de la libertad económica, y (iii) que responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[106]

50. En suma, la libertad económica faculta a los ciudadanos para que desarrollen de acuerdo a sus preferencias actividades lícitas tendientes a incrementar su patrimonio, en un contexto de libre competencia. Sin embargo, la libertad económica no es una garantía absoluta, para que el funcionamiento de la misma responda al interés general y a los derechos fundamentales de los demás ciudadanos, el Legislador puede imponer límites razonables y proporcionados a su ejercicio, sin que se anulen los contenidos esenciales de la misma.

Caracterización del contrato de factoring

51. En decisiones anteriores relativas al tema, la jurisprudencia constitucional ha definido el contrato de factoring como el pacto mediante el cual una persona (factorado o cliente) le

traslada a un tercero (factor) el manejo de su cartera (administración y/o cobro), recibiendo anticipadamente el dinero correspondiente a esas operaciones.[107] Con fundamento en los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera ha sostenido que es:

“[E]l negocio jurídico que se instrumenta a través de la compraventa de cartera entre una persona natural o jurídica (en adelante cliente) y una empresa de factoring (en adelante factor), la cual se compromete a suministrarle liquidez a la primera, vía financiación. Dicho contrato comporta la prestación de un conjunto de servicios por parte del factor, tales como la administración y el posterior cobro de los títulos a él transferidos una vez cumplido el plazo.”[108]

Las finalidades económicas del factoring, según la jurisprudencia de esta Corporación son: “(i) la posibilidad de brindar liquidez a un comerciante frente a los problemas que se generan por las ventas a mediano y largo plazo;[109] (ii) la especialización de las empresas excluyendo actividades de cobro, gestión y realización de créditos que dificultan el giro ordinario de los negocios; y (iii) la promoción de sectores económicos que difícilmente podrían acceder al sistema financiero para obtener liquidez[110].”[111]

52. Aunque en sus comienzos se caracterizaba como un contrato atípico, el factoring ha sido objeto de una creciente regulación en Colombia. En principio a través de la Ley 1231 de 2008[112], en la que a propósito de las transformaciones de la factura como título valor se establecieron algunos requisitos para las personas naturales o jurídicas dedicadas a la prestación de servicios de compra de cartera al descuento.[113] Posteriormente, los Decretos 3327 de 2009[114] y 2669 de 2012[115], incluyeron un conjunto de normas que determinan el alcance de este negocio jurídico, a la vez que especifican las obligaciones que se asumen por quienes actúan en calidad de factor. En particular, este último establece el marco regulatorio aplicable a las sociedades comerciales no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria y tengan como objeto social exclusivo la actividad de factoring. A ellas se suma la Ley 1676 de 2013[116], cuyo Título IX (artículos 86 a 89) tiene por objeto regular la actividad del factoring, modificando algunas de las disposiciones de la Ley 1231 de 2008, y dentro del cual se inserta la norma demandada.

53. De acuerdo al marco normativo vigente se tiene que en el contrato intervienen dos partes: (i) el factorado o cliente, que es la persona natural o jurídica que se compromete a pagar una comisión por la cobranza de su cartera, o cede la titularidad de la misma a un precio acordado; y (ii) el factor o empresa de factoring, que se compromete a gestionar el cobro de la cartera del cliente a cambio de una comisión, o compra la misma a un precio acordado.

El factorado o cliente puede ser cualquier persona natural o jurídica que en su contabilidad posea cuentas por cobrar, como, por ejemplo, facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, y esté dispuesto a ceder la administración de las mismas o su titularidad, a cambio de un precio, con el fin de obtener liquidez inmediata y trasladar el riesgo del impago o demora en la cancelación.

Sin embargo, como tuvo ocasión de analizar la Corte en las sentencias C-1021 de 2012[117]

y C-766 de 2013[118], el factor o empresa de factoring, en cambio, no puede ser cualquier persona natural o jurídica. Según la normatividad vigente, en Colombia pueden adelantar operaciones de factoring: (i) las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, las cooperativas financieras, los establecimientos bancarios, sometidos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; (ii) las cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria; (iii) las sociedades comerciales cuyo objeto contemple la realización de operaciones de factoring, con la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades; y (iv) las empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio.

El marco que regula el ejercicio de esta actividad no es común para todas las categorías de factores antes enunciadas, pues además de estar contenido en normatividades dispersas, presenta diferencias significativas según se trate de entidades que, además de factoring, desarrollan otro tipo de actividades financieras que implican la captación masiva y habitual de dineros del público, razón por la cual están sometidas a la vigilancia administrativa, ya sea de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de Economía solidaria; tal es el caso de las entidades pertenecientes a las categorías (i) y (ii), respectivamente. De otro lado se encuentran los factores pertenecientes a la categoría (iii), esto es, las sociedades comerciales sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y (iv) las empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio, las cuales no están sujetas a vigilancia administrativa. Como se explica a continuación, entre estas dos últimas categorías de factores existen diferencias relevantes dependiendo de si dichas entidades se dedican de manera exclusiva al factoring o desarrollen además otro tipo de actividades.

Así, por ejemplo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013, la condición mínima que habilita para ejercer el factoring en Colombia es tratarse de una empresa legalmente organizada como persona jurídica e inscrita en la Cámara de Comercio. En ese orden de ideas, quien cumpla con tal condición podrá operar como factor; sin embargo, las condiciones para el ejercicio de dicha actividad no serán las mismas a las que debe sujetarse una empresa que se constituya como sociedad comercial cuyo objeto social consista exclusivamente en realizar operaciones de factoring. Mientras esta última está sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y a los montos de solvencia previstos en la norma demandada, las demás empresas autorizadas para hacer factoring pero que no se dediquen en exclusiva a esta actividad, en principio no quedarían sujetas a este régimen de controles.[119]

Estas diferencias pueden apreciarse en el siguiente cuadro, donde se sintetiza la normatividad y las condiciones a la que se sujeta el ejercicio del factoring para cada una de las categorías de sujetos habilitadas para desarrollar dicha actividad:

Tipos de factores

Entidades incluidas en la categoría y normas que autorizan hacer factoring

Montos de solvencia obligatoria

(i) Entidades sector financiero (establecimientos de crédito) sometidas a vigilancia Superintendencia Financiera

Establecimientos Bancarios: Art. 7.1. literales j y ñ Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - EOSF, en adelante) [120]

Corporaciones Financieras: Art. 12 literal h. EOSF. [121]

Compañías de Financiamiento: Art. 24 literal h EOSF.[122]

Cooperativas Financieras: Art. 27.4 EOST [123], Art. 47.9 Ley 454 de 1998[124]

Ver además las disposiciones del Decreto 2555 de 2010[125] en relación con cada una de estas entidades.

Arts. 80 a 85 EOSF, modificados por la Ley 795 de 2003. [126]

Art. 2.1.3.1.1.2. Decreto 2555 de 2010.[127]

Art. 2.1.1.4.1. del Decreto 1771 de 2012.[128]

Art. 2 Decreto 904 de 2013.[129]

Decreto 1648 de 2014.[130]

Art. 42 Ley 454 de 1998. [131]

(ii) Entidades del sector cooperativo vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria

Cooperativas de ahorro y crédito: Art. 41 y 49.6 Ley 454 de 1998[132]

Secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales: art. 2 Decreto 790 de 2003 y art. y 49.6 Ley 454 de 1998.

Art. 39 Ley 454 de 1998: Constitución y mantenimiento del Fondo de Liquidez por parte de las cooperativas de ahorro y crédito. [133]

Art. 42. Inciso 2º Ley 454 de 1998: Aportes sociales mínimos para las cooperativas de ahorro y crédito.[134]

Art. 2 del Decreto 790 de 2003 [135]

(iii) Sociedades comerciales vigiladas por Superintendencia de Sociedades

Decreto 2669 de 2012[136], regula la actividad de las sociedades no sujetas a la vigilancia de las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria y que tengan como objeto exclusivo la actividad de factoring.

El Decreto 4350 de 2006[137] dispone que estarán sujetas a vigilancia de la Superintendencia de Sociedades:

Las que al 31 de diciembre de 2006 registren activos por 30.000 S.M.L.M. [138]

Los factores constituidos como sociedades comerciales que tengan por objeto exclusivo social la actividad de factoring. [139]

Las sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring y hayan efectuado contratos de mandato específicos con terceras personas para la adquisición de facturas. [140]

■ Art. 89 Ley 1676 de 2013: impone a las sociedades cuyo objeto exclusivo sea el factoring montos de solvencia obligatoria para la realización de mandatos específicos de inversión y montos máximos para los mandatos de libre inversión.

(iv) Empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en Cámara de Comercio

Art. 8º Ley 1231 de 2008, modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013. [141]

No están sometidas a vigilancia administrativa

54. En relación con las sociedades comerciales dedicadas de manera exclusiva al factoring, el artículo 2º del Decreto 2669 de 2012 contiene una regulación detallada de las operaciones que están habilitadas para llevar a cabo, y el artículo 12 del mismo cuerpo normativo señala sus fuentes de financiación.[142] De acuerdo a lo previsto en el numeral 3º de esta última disposición, entre los recursos a los que pueden acudir las sociedades comerciales dedicadas en exclusiva al factoring para financiar sus operaciones se encuentran los provenientes de los “mandatos específicos de inversión” suscritos con terceros, operación que constituye justamente el objeto de regulación de la norma acusada.

Contenido y alcance del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013

55. Como quedó establecido en el examen de los antecedentes de la norma demandada, ésta se inserta en el capítulo IX de la Ley 1676 de 2013, destinado a regular la actividad del factoring.

Aunque, según se analizó en el numeral 53 de esta providencia, dicha actividad comercial puede ser realizada por un amplio número de actores económicos, la norma acusada no comprende a todos los agentes autorizados para desempeñar actividades de factoring, sino que tiene como destinatarias exclusivas a las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera. Es decir, excluye a aquellas cuyo objeto social comprenda, además del factoring, otro tipo de actividades comerciales o financieras, con lo cual no sería aplicable, entre otras, a las entidades financieras, cooperativas, sociedades comerciales y demás personas jurídicas que, aunque legalmente facultadas para realizar factoring, no se dediquen en exclusiva a dicha actividad.

56. El contenido de la regulación consiste en el establecimiento de límites no a la actividad de factoring en general que estas desempeñan, sino a una de las operaciones a las que pueden acudir los factores para financiar sus actividades, cual es la suscripción de mandatos de inversión. Para tal efecto, el artículo 89 distingue entre mandatos específicos y mandatos de libre inversión.

Aunque la norma no se ocupa de definir la diferencia, se ha entendido que en los mandatos específicos es el propio inversionista (mandante) quien determina los bienes en los que deben invertirse los recursos y, por tanto, conserva un mayor margen de control sobre las operaciones; en los mandatos de libre inversión, en cambio, se deja en manos del mandatario la decisión final sobre el manejo de los recursos que se le confían. En ese orden de ideas, mientras estos últimos, cuando superan cierto margen, pueden quedar comprendidos como modalidades de captación masiva y habitual de dineros del público, ello no ocurre con los mandatos específicos de inversión. Precisamente la diferencia entre los mandatos específicos y los mandatos generales de inversión adquiere relevancia en este contexto, toda vez que conforme al artículo 1º del Decreto 1981 de 1988[143] se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva o habitual, entre otros eventos:

“[...] 2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Los mandatos específicos de inversión representan entonces una forma de captación de recursos que, en tanto otorgan al mandante el control sobre el destino final de su inversión, no queda comprendida como una modalidad de captación masiva y habitual de dineros del público conforme al parámetro establecido en la disposición citada. Por tal razón, ha sido utilizada como una modalidad contractual a la que acuden actores económicos no facultados para efectuar captación masiva y habitual de dineros del público.

57. El artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 establece límites para ambos tipos de mandatos. En relación con los mandatos específicos, la norma demandada circunscribe aún más su objeto para referirse en particular a los “mandatos específicos con terceras personas para la

adquisición de facturas”. Respecto de estos, se establece un límite al monto máximo de dichas operaciones, que no podrá exceder el 10% del patrimonio que tenga registrado la sociedad.

Respecto de los mandatos de libre inversión, la norma remite a lo establecido en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, disposición que se ocupa de definir cuándo se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público de forma masiva y habitual.[144] Interpretado este contenido normativo a la luz de la prohibición de realizar, bajo la modalidad de factoring, este tipo de captaciones[145], se tiene entonces que el monto máximo de los mandatos de libre inversión que pueden suscribir los factores no podrá superar lo previsto en aquella disposición.

58. El artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 fue reglamentado por el Decreto 1219 de 2014, cuyos artículos 3 y 4 se ocupan de precisar el alcance de los límites de solvencia obligatoria previstos en la norma acusada. Aunque las disposiciones reglamentarias no forman parte de este juicio de constitucionalidad, son relevantes en este análisis para efectos de determinar el sentido que se ha dado a los contenidos legales objeto de controversia.

Así, en relación con los mandatos específicos de inversión, el artículo 3º de la citada reglamentación modifica el numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2669 de 2012, para en adelante establecer que las sociedades dedicadas en exclusiva a actividades de factoring podrán financiar sus operaciones “con los recursos provenientes de mandatos específicos con terceras personas para la adquisición de facturas por un monto equivalente al 10% que tenga registrado la sociedad en el estado financiero del periodo intermedio del último día calendario del mes inmediatamente anterior”.

Por su parte, el artículo 4º del Decreto 1219 de 2014 reitera lo dispuesto en la norma acusada, al señalar que “los factores constituidos como sociedades comerciales vigilados por la Superintendencia de Sociedades, estarán sujetos a los límites establecidos en el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988. El desconocimiento de estos límites los harán destinatarios de las sanciones penales y actuaciones administrativas a que haya lugar”.

Análisis de la constitucionalidad material de la norma acusada

59. Aun cuando el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 establece límites no sólo a los mandatos específicos de inversión para la adquisición de facturas, sino que también consagra, vía remisión a otras disposiciones, límites a los mandatos de libre inversión, la acusación formulada por el actor de la demanda D-10049 se dirige en exclusiva contra el monto máximo fijado para los mandatos específicos de inversión, regulación que el actor censura en dos direcciones: de un lado, cuestionando la existencia del monto de solvencia requerido para suscribir dichos mandatos específicos, lo que a juicio del demandante carece de justificación, por cuanto este tipo de operaciones no involucran la captación masiva y habitual de dineros del público; de otro lado, al establecer como destinatarias de dicha exigencia a las sociedades que se dedican en exclusiva al factoring, lo que a su juicio representa una limitación irrazonable y desproporcionada de las libertades de empresa y competencia de estos actores económicos, al imponer condiciones que pueden llevar a la desaparición de la actividad comercial que estos desarrollan y situarles en desventaja

respecto de las condiciones exigidas a otras entidades que realizan operaciones de factoring.

En ese orden de ideas, la Sala deberá examinar si el legislador excedió el margen de configuración del que válidamente dispone para establecer límites a la libertad económica, por un lado, (i) al fijar el 10% del patrimonio registrado como monto máximo de los mandatos específicos para la adquisición de facturas y, por otro, (ii) al establecer como destinatarios de este límite a las sociedades dedicadas de manera exclusiva a las actividades de factoring.

60. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, las restricciones a la libertad económica, de la que forman parte las libertades de empresa y competencia, resultan admisibles siempre y cuando los aspectos centrales de la restricción estén determinados en la ley y el límite impuesto responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo tal que no se anulen los contenidos esenciales de la libertad económica, tal y como se expuso en el numeral 49 de las consideraciones de esta sentencia. Respecto al primer requisito, esto es, la legalidad de la restricción a la libertad económica, las limitaciones a la libertad económica censuradas por el accionante han sido ambas fijadas por una norma legal, el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, que fue expedido por el Congreso en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 150 de la Carta Política, con lo cual se trata de una norma contenida en una fuente con jerarquía de ley. Queda entonces por examinar la razonabilidad y proporcionalidad de las dos decisiones legislativas objeto de controversia.

61. En relación con el establecimiento del 10% del patrimonio como límite máximo de los mandatos específicos para la adquisición de facturas que puede suscribir una sociedad que desarrolle actividades de factoring, la Sala encuentra que esta medida cumple con el requisito de razonabilidad, en tanto no responde al capricho de legislador sino que, a través de ella, se procura el logro de una finalidad constitucionalmente legítima. Como pudo establecerse al examinar los antecedentes de la norma demandada, y según lo destacan la mayoría de intervinientes, la fijación de unos márgenes de solvencia obligatoria destinados a respaldar la suscripción de mandatos específicos de inversión responde al doble propósito de: (i) reducir el riesgo de los inversores que, a través de este tipo de operaciones, suministran recursos destinados a financiar actividades de factoring y, a la vez, (ii) a través del establecimiento de controles, prevenir que este tipo de operaciones sea utilizada como instrumento para el lavado de activos.

En relación con lo primero, el demandante sugiere que el establecimiento de márgenes de solvencia destinados a reducir el riesgo de este tipo de operaciones sólo resulta razonable tratándose de mandatos de libre inversión, en tanto sólo estos últimos pueden llegar a constituir modalidades de captación masiva y habitual de dineros del público. A juicio de esta Sala, si bien puede admitirse que existen diferencias relevantes entre ambos tipos de operaciones, de ello no se infiere que resulte irrazonable que el legislador, dentro del margen de libre configuración que le asiste para intervenir en la economía y teniendo en cuenta experiencias recientes ocurridas en el mercado, dicte medidas orientadas a limitar los riesgos que las sociedades de factoring pueden llegar a asumir con los recursos de inversión que reciben de terceros. Precisamente la viabilidad financiera de las operaciones de factoring, a través de las cuales se cumplen finalidades constitucionalmente valiosas

como la de proveer liquidez a sectores económicos, como los pequeños y medianos empresarios, que encuentran mayores dificultades para obtener financiación, depende de que se establezcan reglas de precaución que favorezcan la confianza de quienes invierten sus recursos en mandatos específicos que constituyen una de las fuentes de financiación de los factores.

Además de perseguir finalidades constitucionalmente legítimas, el establecimiento de márgenes de solvencia obligatoria constituye una medida idónea para contribuir al logro de los propósitos antes mencionados. Al limitar el monto de los mandatos específicos para la adquisición de facturas a un 10% del patrimonio registrado por la sociedad se asegura que el capital restante estará destinado a respaldar los riesgos de dicha inversión y, en caso de que las obligaciones soportadas por aquellos títulos valores no lleguen a ser satisfechas, los factores puedan responder con su patrimonio ante los inversores que destinaron sus recursos a la adquisición de facturas de difícil cobro. Asimismo, a través del establecimiento de márgenes de solvencia obligatoria, se previene la constitución de sociedades sin suficiente respaldo patrimonial que, a través de la realización de actividades de factoring, puedan ser empleadas para el lavado de activos.

Finalmente, el establecimiento de tales márgenes de solvencia no priva a los destinatarios de la norma de la posibilidad de suscribir mandatos específicos de inversión, sino que sólo establece un límite razonable al monto de dichas operaciones. En todo caso, estas entidades podrán acudir a los demás mecanismos de financiación establecidos en el artículo 12 del Decreto 2669 de 2012 y ejercer las operaciones de factoring y conexas enunciadas en el artículo 2º de esta misma regulación.[146] Así las cosas, no es cierto, como lo afirma el demandante, que el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 impongan un límite que condene a la desaparición la actividad de factoring que llevan a cabo las sociedades comerciales. En ese orden de ideas, la Sala encuentra que la existencia de montos mínimos de solvencia para la suscripción de mandatos específicos de inversión no impone una restricción desproporcionada de la libertad económica de las sociedades sometidas al límite previsto en la norma acusada.

62. Ahora bien, la segunda cuestión planteada se refiere a la decisión legislativa de establecer como destinatarias del límite previsto en la norma demandada a las sociedades dedicadas de manera exclusiva a las actividades de factoring. A este respecto, el demandante sostiene que la medida resulta desproporcionada en relación con el tratamiento dispensado a las demás entidades que realizan operaciones de factoring, en particular a las entidades financieras, que no se encontrarían sujetas al límite previsto en la norma acusada. Desde esta perspectiva, corresponde a la Sala examinar si esta medida comporta una diferencia de trato respecto de otros actores del mercado autorizados a realizar actividades de factoring y a financiar tal actividad a través de la suscripción de mandatos específicos de inversión; de encontrarse tal diferencia de trato, se deberá establecer si la misma resulta razonable y proporcionada.

Para evaluar este argumento se debe tener en cuenta que, según se analizó en el numeral 53 de esta providencia, en Colombia están autorizadas a realizar operaciones de factoring: (i) las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, las cooperativas financieras, los establecimientos bancarios, que estarán sometidos a la

inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; (ii) las cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria; (iii) las sociedades comerciales cuyo objeto contemple la realización de operaciones de factoring, con la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades; y (iv) las demás empresas legalmente constituidas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio.

62.1. En relación con las entidades financieras pertenecientes al primer grupo debe tenerse en cuenta que las mismas están sometidas, no sólo a los márgenes de solvencia establecidos en los artículos 80 a 85 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en los Decretos 2555 de 2010, 1771 de 2012, 904 de 2013 y 1648 de 2014, antes citados, sino además a los controles ejercidos por la Superintendencia Financiera. Lo propio ocurre con los factores sometidos a la vigilancia de la Superintendencia de Economía Solidaria, sujetos a las exigencias previstas en la Ley 454 de 1998 y en el Decreto 790 de 2003, a los que antes se hizo alusión. Así pues, en relación con estas entidades, existen regulaciones específicas destinadas a limitar el riesgo que asumen en desarrollo de su actividad de captación de recursos del público.

Precisamente la norma demandada vino a suplir la ausencia de controles a los márgenes de riesgo que se permite asumir a las sociedades comerciales que, sin estar sujetas a los controles específicos que rigen para las entidades pertenecientes a los grupos (i) y (ii) de la clasificación anterior, sí financian sus actividades de factoring a través de la captación de recursos de terceros bajo la modalidad de mandatos específicos de inversión. La respuesta del legislador se dirigió entonces a establecer condiciones de solvencia para las sociedades comerciales que, no estando sometidas al régimen de controles propio de las entidades financieras y del sector cooperativo, tienen como objeto exclusivo la realización de factoring, las cuales quedan comprendidas dentro de la categoría (iii) de factores a la que antes se hizo alusión. Así pues, la fijación de topes a estas últimas para la suscripción de mandatos específicos de inversión destinados a la adquisición de facturas no impone una restricción de la libertad económica ni una diferencia de trato desproporcionada, cuando se examina esta medida en relación con los controles que rigen para las entidades financieras y cooperativas, a través de los cuales se busca asegurar que el riesgo que asumen al invertir el dinero de terceros en operaciones de factoring esté debidamente respaldado. De otro lado, tiene sentido que la norma demandada no contemple entre sus destinatarias a las entidades pertenecientes a las categorías (i) y (ii) de factores, por cuanto la suscripción de mandatos específicos de inversión, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12, numeral 3º, del Decreto 2669 de 2012, constituye una modalidad de financiación de la actividad de factoring que llevan a cabo las sociedades no sujetas a la vigilancia de las Superintendencias Financieras y de Economía Solidaria y no autorizadas para efectuar captación masiva y habitual de dineros del público.

62.2. Sin embargo, en tanto los márgenes de solvencia previstos en la norma acusada sólo se imponen a las sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring, esto es, a una parte de las pertenecientes a la categoría (iii), de ello se deriva una diferencia de trato respecto de otro tipo de entidades, como son las sociedades comerciales con objeto mixto o múltiple, que se dedican a actividades de factoring aunque no de manera exclusiva,

al igual que los factores pertenecientes al grupo (iv), es decir, las empresas constituidas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio. Así las cosas, mientras una sociedad que contemple como objeto único el factoring sólo está autorizada para suscribir mandatos específicos de inversión hasta por el 10% de su capital, tal restricción no operaría respecto de sociedades que se dediquen a otras actividades además del factoring o respecto de otra persona jurídica legalmente organizada e inscrita en la Cámara de Comercio.

Tal diferencia de trato se configuraría allí donde las empresas que hacen del factoring su única actividad, suscriban mandatos específicos de inversión para la adquisición de facturas como forma de financiar sus operaciones de factoring. Esta modalidad de financiación no está reservada a estas sociedades, sino también a quienes, además de ésta, realizan actividades mixtas o múltiples. Ello por cuanto, si bien el artículo 12 numeral 3 del Decreto 2669 de 2012 caracteriza a estos mandatos específicos de inversión como una forma de financiación, esta actividad constituye a su vez una operación de factoring. De acuerdo a la definición contenida en el artículo 2.2 del citado decreto, una operación de factoring es “aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos”. Entretanto, los artículos 2.5 y 2.6 del decreto en mención distinguen entre el factoring sin recurso, aquella operación en la cual el factor asume el riesgo de la cobranza de los créditos que adquiere[147], y el factoring con recurso, en la cual el factor no asume el riesgo de la cobranza y el cedente o endosante responden ante los posteriores adquirentes.[148] En ese orden de ideas, la suscripción de un mandato específico de inversión constituye: (i) una modalidad de mandato con representación, en la cual el mandante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones nacidos del mandato conferido al factor para la adquisición de unos determinados títulos representativos de una obligación crediticia[149]; (ii) una operación de factoring con recurso y, a la vez, (iii) una forma de financiación de dicha actividad comercial.

Así las cosas, la suscripción de mandatos específicos de inversión, en tanto no configura una forma de captación masiva y habitual de dineros del público, es una modalidad de negocio jurídico susceptible de ser celebrada por los sujetos habilitados para realizar contratos de mandato con representación y, de manera específica, por quienes se encuentren habilitados para realizar operaciones de factoring. Tal conclusión se respalda además, teniendo en cuenta el carácter atípico que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han reconocido al contrato de factoring, el cual, como fue analizado en el numeral 52 de esta providencia, sólo en los últimos años ha sido objeto de una creciente y dispersa regulación, lo que deja abierta la posibilidad de que algunas de las actividades comprendidas dentro de esta modalidad contractual no hayan sido reguladas específicamente y se desarrollen al amparo de la libertad general de contratación.

Por lo tanto, no cabría entender que se trata de una modalidad contractual reservada para las sociedades que se dedican en exclusiva a actividades de factoring, por el sólo hecho de

que esté consagrada como una forma de financiación de dicha actividad en una normatividad, el Decreto 2669 de 2012, cuyo campo de aplicación, según lo expresa su artículo 1º, se circunscribe a las sociedades no vigiladas por las Superintendencia Financiera o de Economía Solidaria y que tengan el factoring como actividad exclusiva. Tal interpretación, por lo demás, llevaría a consecuencias absurdas, como entender, por ejemplo, que las prohibiciones contempladas en el artículo 13 del mismo decreto[150] no regirían para este tipo de factores, sino sólo a las sociedades que tengan el factoring como su único objeto; incluso llevaría a considerar que las previsiones contenidas en su artículo 2º, relativas a la definición del contrato de factoring, sus modalidades y las operaciones que el mismo comprende, no serían aplicables a las sociedades y empresas que, además de factoring, desarrollan actividades mixtas.

En ese orden de ideas, como quiera que también este tipo de factores podrían llegar a suscribir mandatos específicos de inversión, en tal evento dichas operaciones no estarían sometidas al límite previsto en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013. Bajo esta perspectiva, llegaría entonces a configurarse una diferencia de trato entre las sociedades cuyo objeto exclusivo sea el factoring y aquellas personas jurídicas que además realizan otro tipo de actividades.

La Sala no encuentra una finalidad constitucionalmente legítima que ampare esta diferencia de trato, por cuanto también las sociedades de objeto mixto o múltiple, y las demás personas jurídicas autorizadas para operar como factores, en principio podrían acudir a los mandatos específicos de inversión para la compra de facturas como fuente de financiación de sus actividades de factoring. En ese orden de ideas, las razones que llevaron al legislador a establecer topes a la suscripción de este tipo de mandatos, para efectos de asegurar una reserva patrimonial que reduzca el riesgo de los inversores y evitar que a través de ellos se realicen operaciones de lavado de activos, también valen para el caso en que tales mandatos específicos de inversión son suscritos por sociedades comerciales que no se dedican en exclusiva a actividades de factoring, así como para otras empresas inscritas ante la Cámara de Comercio y autorizadas a realizar operaciones de factoring en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1231 de 2008 (modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013). Más aún, la diferencia de trato prevista en la norma demandada compromete el logro de los fines constitucionales que llevaron al legislador a imponer esta medida, en tanto las sociedades comerciales que hoy se dedican al factoring como actividad exclusiva, podrían fácilmente eludir su cumplimiento a través de una ampliación de su objeto social.

63. En definitiva, la Corte concluye que, en sí misma considerada, la fijación de un tope a la suscripción de mandatos específicos de inversión destinados a la adquisición de facturas no es inconstitucional; no lo es tampoco el hecho de que tal límite no opere para las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de Economía Solidaria que realizan actividad de factoring, dado que para ellas el legislador ha dispuesto normas y controles específicos. Lo que sí resulta inconstitucional es que la norma demandada sólo contemple como destinatarias a las sociedades que se dedican en exclusiva a actividades de factoring y, en cambio, excluya a

otro tipo de sociedades y personas jurídicas cuyo objeto social sea mixto o múltiple que, sin estar sometidas a la vigilancia y control de las entidades antes mencionadas, realizan actividades de factoring y, eventualmente, las financian a través de la suscripción de mandatos específicos de inversión para la adquisición de facturas.

Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “exclusiva” y executable el resto del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, en relación con los cargos examinados, en el entendido que el límite para la suscripción de mandatos específicos de inversión destinados a la adquisición de facturas rige para todas las sociedades y personas jurídicas autorizadas para realizar actividades de factoring y no sometidas a la vigilancia administrativa de la Superintendencia Financiera o de Economía Solidaria.

Conclusiones

64. En relación con el cargo por vicios de forma planteado en la demanda D-10050, la Sala concluye que no existió infracción de los principios de consecutividad e identidad flexible en el trámite que condujo a la aprobación del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, por cuanto:

64.1. El tema específico al que se refiere la norma demandada - el establecimiento de un margen de solvencia obligatoria para las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring - guarda una evidente relación de conexidad teleológica con la materia general del proyecto que devino en la Ley 1676 de 2013, lo que implica la existencia de unidad de materia.

64.2. Asimismo, dicha temática estuvo presente en el transcurso de los cuatro debates reglamentarios que surtió el proyecto de ley. Si bien es cierto que existió una discrepancia entre los textos finalmente aprobados por el Senado y la Cámara de Representantes, no puede afirmarse que el artículo introducido en el tercer debate en la Comisión Tercera de esta Corporación, que a la postre se convirtió en la norma demandada, se refiriera a un “asunto nuevo”, toda vez que el tema de los montos mínimos de capital exigidos a las sociedades operadoras de factoring constituyó el centro de la discusión que tuvo lugar en la sesión de la Comisión Tercera del Senado en la que se impartió el primer debate al proyecto de ley en cuestión.

64.3. El tratamiento del tema en la Comisión Tercera del Senado no queda cobijado por los supuestos en los que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, se configura una infracción al principio de consecutividad por elusión de debate o votación, por cuanto la exclusión de los párrafos 2º a 6º del artículo 88 del proyecto del contenido del articulado sometido a votación en primer debate no respondió a una conducta elusiva, con la que se tratara de evadir o trasladar para una instancia posterior del debate la responsabilidad de discutir y decidir respecto de esta temática. Al contrario, con ella se manifestó el querer de los integrantes de la Comisión Tercera del Senado de no sujetar el funcionamiento de las operaciones de factoring a la exigencia de márgenes de solvencia obligatoria. En segundo lugar, dicha exclusión estuvo amparada por artículo 111 de la Ley 5ª de 1992, que faculta al autor de una proposición a retirarla antes de ser objeto de modificaciones o sometida a votación. Finalmente, la decisión adoptada por dicha Comisión no determinó que el tema al que se refiere la norma demandada hubiese estado ausente de la deliberación que tuvo

lugar en la Plenaria del Senado, pues a través del informe de ponencia ésta tuvo la ocasión de conocer la decisión adoptada por la Comisión Primera respecto de dichos contenidos normativos, con lo cual se garantizó la consecutividad en el tratamiento del tema.

64.4. En ese orden de ideas, al no existir ruptura del principio de consecutividad, en tanto el tema específico objeto de controversia estuvo presente en los cuatro debates reglamentarios, aunque las decisiones adoptadas por cada corporación respecto del mismo fueron contrapuestas, las comisiones de conciliación sin duda actuaron dentro de los límites de su competencia al proponer la inclusión en el texto final del artículo aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes.

65. En lo que respecta a la acusación sustantiva formulada en la demanda D-10049, el análisis de la Corte se enmarcó en el cargo propuesto por el demandante, es decir, determinar si el legislador desconoció los límites constitucionales a las normas que restringen la libertad económica al establecer el 10% del patrimonio registrado como monto máximo de los mandatos específicos para la adquisición de facturas que pueden suscribir las sociedades dedicadas de manera exclusiva a actividades de factoring.

Para dar respuesta a esta cuestión, la Sala procedió a examinar por separado si el legislador excedió el margen de configuración del que válidamente dispone para establecer límites a la libertad económica, por un lado, (i) al fijar el 10% del patrimonio registrado como monto máximo de los mandatos específicos para la adquisición de facturas y, por otro, (ii) al establecer como destinatarios de este límite sólo a las sociedades dedicadas de manera exclusiva a las actividades de factoring que, entre otras fuentes, financian sus actividades a través de la suscripción de mandatos específicos de inversión.

65.1. En relación con el establecimiento del 10% del patrimonio como límite máximo de los mandatos específicos para la adquisición de facturas que puede suscribir una sociedad que desarrolle actividades de factoring, la Corte concluyó que la medida es razonable y proporcionada. Encontró que la medida es razonable, por cuanto a través de ella se persiguen finalidades constitucionalmente legítimas, como son: (i) reducir el riesgo de los inversores que, a través de este tipo de operaciones, suministran recursos destinados a financiar actividades de factoring y, a la vez, (ii) a través del establecimiento de controles, prevenir que este tipo de operaciones sea utilizada como instrumento para el lavado de activos. La medida, además, constituye un instrumento idóneo para contribuir al logro de dichos propósitos y no representa una restricción desproporcionada de la libertad de empresa y competencia, en tanto no priva por completo a las sociedades destinatarias de esta regulación de la posibilidad de suscribir mandatos específicos de inversión, sino que sólo establece un límite razonable al monto de dichas operaciones.

65.2. Asimismo, consideró que la norma no establece una diferencia de trato injustificada en relación con las entidades financieras y del sector cooperativo, sometidas a la vigilancia de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, por cuanto dichas entidades también están sujetas a controles específicos destinados a garantizar los fines que persigue la norma enjuiciada. Antes bien, la medida prevista en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 vino a suplir la ausencia de controles a los márgenes de riesgo que se permite asumir a las sociedades comerciales que, sin estar sujetas a los controles específicos que rigen

para las entidades sometidas a la vigilancia de las mencionadas entidades, financian sus actividades de factoring a través de mandatos específicos de inversión.

65.3. Lo que sí resulta inconstitucional es que la norma demandada sólo contemple como destinatarias a las sociedades que se dedican en exclusiva a actividades de factoring y, en cambio, excluya a otro tipo de sociedades y personas jurídicas que, sin estar sometidas a la vigilancia y control de las entidades antes mencionadas, realizan actividades de factoring y, eventualmente, las financian a través de la suscripción de mandatos específicos de inversión para la adquisición de facturas. La Sala concluyó que no existe una finalidad constitucionalmente legítima que ampare esta diferencia de trato y advirtió además que tal asimetría compromete el logro de los fines constitucionales que llevaron al legislador a imponer esta medida.

66. Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “exclusiva” y executable el resto del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, en relación con los cargos examinados, en el entendido que el límite para la suscripción de mandatos específicos de inversión destinados a la adquisición de facturas rige para todas las sociedades y empresas legalmente constituidas e inscritas ante la Cámara de Comercio, autorizadas para realizar actividades de factoring y no sometidas a la vigilancia administrativa de la Superintendencia Financiera o de Economía Solidaria.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **INEXECUIBLE** la expresión “exclusiva” contenida en el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, ‘Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias’, y **EXECUIBLE**, por los cargos examinados, el contenido restante de esta disposición, en el entendido que el límite para la suscripción de mandatos específicos de inversión destinados a la adquisición de facturas rige para todas las sociedades y demás empresas legalmente constituidas e inscritas ante la Cámara de Comercio, autorizadas para realizar actividades de factoring y no sometidas a la vigilancia administrativa de la Superintendencia Financiera o de Economía Solidaria.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Folios 32 a 57, cuaderno principal.

[2] “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías inmobiliarias”.

[3] Señala que el numeral 2º del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), contiene una prohibición expresa en tal sentido: “2. Operaciones prohibidas. Las compañías de compra de cartera (factoring) no podrán realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público”.

[4] Esta afirmación la ejemplifica diciendo que “para realizar operaciones de factoring que asciendan a un monto de \$10 es forzoso mantener un patrimonio de \$100”.

[5] Lo cual significa que, empleando la misma relación prevista en la norma demandada, se “habría debido exigir que para realizar operaciones de factoring cuyo valor ponderado de

riesgo fuera de \$100 se acreditara un patrimonio de \$10”

[6] Folios 20 a 22, cuaderno principal.

[7] El escrito presentado por el abogado Camilo Alfonso Herrera Urrego, apoderado especial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, obra a folios 124 a 129, cuaderno principal.

[8] Suscrito por el abogado David Ricardo Sotomonte Mujica. (Folios 84 a 93, cuaderno principal).

[9] “Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5° del Decreto número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones”.

[10] “Por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones”

[11] “Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones”.

[12] “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”.

[13] “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”.

[14] Folios 94 a 123, cuaderno principal.

[15] Folios 152 a 170, cuaderno principal.

[16] Folio 158, cuaderno principal. (Cursivas en el original).

[17] En sustento de esta afirmación, el Ministerio Público cita la sentencia C-754 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

[18] En apoyo de esta tesis, el Procurador cita la sentencia C-370 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[19] MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En ella la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 617 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda.

[20] “Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5° del Decreto número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones”.

[21] Tal disposición en su versión inicial establecía que: “Para ejercer la actividad de factoring, el factor se financiará de la siguiente manera: [...] 3. Con los recursos provenientes de terceros con ocasión de mandatos específicos de inversión. En todo caso, los factores

no podrán utilizar estos recursos para realizar por cuenta propia, operaciones de factoring; [...]”. Sin embargo, la misma fue modificada por el artículo 3º del Decreto 1219 del 2 de julio de 2014 (“por el cual se reglamenta el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 y se modifican los Decretos 4350 de 2006 y 2669 de 2012”) para incorporar de manera expresa el límite al monto de los mandatos específicos de inversión establecido en la norma acusada, que tal decreto se ocupa de reglamentar. La versión hoy vigente del numeral 3º del artículo 12 Decreto 2669 de 2012 establece que el factor se financiará: “[...] 3. Con los recursos provenientes de mandatos específicos con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente al 10% del patrimonio que tenga registrado la sociedad en el estado financiero de periodo intermedio del último día calendario del mes inmediatamente anterior. En todo caso los factores no podrán utilizar estos recursos para realizar por cuenta propia operaciones de factoring”.

[22] Constitución Política, Artículo 157: “Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: (1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. (2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras. (3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. (4) Haber obtenido la sanción del Gobierno”.

[23] El artículo 178 de la Ley 5ª de 1992 dispone: “Modificaciones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 160, inciso 2o., de la Constitución Política, cuando a un proyecto de ley le sean introducidas modificaciones, adiciones o supresiones durante el debate en Plenaria, éstas podrán resolverse sin que el proyecto deba regresar a la respectiva Comisión Permanente. Sin embargo, cuando se observaren serias discrepancias con la iniciativa aprobada en Comisión, o se presentaren razones de conveniencia, podrá determinarse que regrese el proyecto a la misma Comisión para su reexamen definitivo. Si éste persistiere en su posición, resolverá la Corporación en pleno. Las enmiendas que se presenten estarán sometidas a las condiciones indicadas para el primer debate, en los artículos 160 y siguientes, con las excepciones de los artículos 179 a 181”. Igualmente el Artículo 179 de la misma ley establece. “Enmienda total o parcial. Si el pleno aprobare una enmienda a la totalidad de las que propongan un texto alternativo, se dará traslado del mismo a la Comisión correspondiente para que sea acogido en primer debate. Si ésta lo rechazare, se archivará el proyecto. Si en cambio, fuere una enmienda al articulado, que no implica cambio sustancial, continuará su trámite constitucional”.

[24] El artículo 161 de la Constitución, modificado por el artículo 9 del Acto Legislativo 01 de 2003, establece: “Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría. // Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto.

[25] Excepciones referidas a la posibilidad de surtir debates en sesión conjunta, conforme a

lo dispuesto en el artículo 169 del Reglamento del Congreso.

[26] En la sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte explicó que el principio de identidad "(...) adquiere en la Constitución de 1991 una connotación distinta a la que tenía en el régimen constitucional anterior, (...) si en la Carta de 1886 se exigía que el texto aprobado en cada uno de los debates fuera exactamente el mismo, por lo cual cualquier modificación aún menor implicaba repetir todo el trámite, hoy en día se ha abandonado el principio de identidad rígido, para permitir que las comisiones y las plenarias de las cámaras puedan introducir modificaciones al proyecto (C.P. Art. 1609, y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara no obliguen a repetir todo el trámite, sino que las comisiones accidentales preparen un texto unificado que supere las diferencias, texto que es entonces sometido a la aprobación de las plenarias".

[27] Sentencia C-025 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Tal criterio ha sido reiterado y desarrollado, entre otras, en las sentencias C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-1147 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Eduardo Montealegre Lynett; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil), C-307 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa, Alfredo Beltrán Sierra; S.V. Jaime Araujo Rentería; S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; S.P.V. Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett y Marco Gerardo Monroy Cabra), C-178 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Araujo Rentería. AV. Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla), C-273 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa) y C-911 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa).

[28] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[30] Sentencia C-1092 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis; SPV. Jaime Araujo Rentería, AV. Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte resolvió, entre otras cosas, declarar exequible el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cargo analizado en la parte motiva de la sentencia.

[31] Sentencia C-920 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil). La Corte declara la inexecutable de una disposición introducida en el último debate, que constituía un asunto nuevo, sin relación con la materia debatida hasta ese momento.

[32] Sentencia C-198 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis).

[33] Sentencia C-614 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Para la Corte, "[c]omo resultado del debate, en cualquiera de sus etapas, pueden presentarse modificaciones que afecten el contenido normativo de las disposiciones de un proyecto, o le incorporen regulaciones complementarias, con la condición de que no comporten cambios esenciales sobre lo que ha sido previamente aprobado". La Corte explicó que "cambios esenciales" significaban modificaciones a las disposiciones aprobadas que fueran "en tal medida significativas, que no permitan afirmar que se trata de modificaciones o adiciones a una iniciativa aprobada con anterioridad, sino que constituyan verdaderas propuestas nuevas, que no habrían recibido los debates reglamentarios y que no habrían sido consideradas en la primera vuelta".

[34] Corte Constitucional, sentencia C-273 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[35] Sentencia C-1152 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño, SV. Eduardo Montealegre Lynnett, SPV. Rodrigo Escobar Gil, AV. Manuel José Cepeda), en la cual se declararon inexecutable los artículos 113 y 114 de la Ley 788 de 2002, por infracción del principio de consecutividad.

[36] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[37] MP. María Victoria Calle Correa. En esta ocasión la Corte sostuvo que no existe vulneración de los citados principios constitucionales cuando en la Plenaria de la Corporación donde inicia su trámite un proyecto de ley se introduce un artículo nuevo - en ese caso relativo a la modificación de las zonas de exclusión minera - que no había sido discutido y aprobado en el primer debate en la comisión respectiva, por cuanto el asunto relativo a la explotación minera en un marco ambientalmente sano siempre estuvo presente, a lo largo de los cuatro debates reglamentarios.

[38] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En ella se declara executable el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, que había sido demandado por supuesta vulneración de los principios de identidad flexible y consecutividad, bajo el argumento que la competencia atribuida a la Aeronáutica Civil en la norma acusada no había estado presente en los tres primeros debates del proyecto de ley. La Sala desestimó el cargo por considerar que la inclusión de la norma acusada guardaba directa relación con el tema tratado en los debates anteriores, en relación con la centralización o no de esas facultades en materia de vigilancia, inspección y control de la libre competencia económica.

[39] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. se desestimó el cargo formulado contra el artículo 52 de la Ley 1430 de 2010[39], al que se acusaba de sólo haber sido discutido y aprobado en segundo debate de la Cámara y el Senado, sin haber sido estudiado por las Comisiones terceras de las mismas entidades en sus sesiones conjuntas.

[40] MP. María Victoria Calle Correa, SPV. Nilson Pinilla Pinilla. Este Tribunal concluyó que no existió vicio de trámite en relación con dos contenidos normativos que, si bien no estaban presentes en el texto aprobado en el Senado y sólo fueron introducidos durante el cuarto debate del proyecto ante la Plenaria de la Cámara de Representantes, guardaban una estrecha y necesaria conexidad con la materia de la que se ocupaba el proyecto, razón por la cual la comisión de conciliación no excedió su competencia al incluir los artículos cuestionados en el texto final sometido a la aprobación de ambas Cámaras.

[41] MP. Mauricio González Cuervo. Se desestimó el cargo propuesto contra el artículo 3 de la Ley 1539 de 2012 ("Por medio de la cual se implementa el certificado de aptitud psicofísica para el porte y tenencia de armas de fuego y se dictan normas otras disposiciones") tras concluir que, si bien algunos contenidos normativos del citado artículo no fueron objeto de consideración ni aprobación en tres de los cuatro debates reglamentarios, las divergencias se sometieron a la etapa de conciliación y los contenidos objeto de controversia guardaban relación con el tema del que se ocupa la ley.

[42] MP. Andrés Mutis Vanegas. AV. Mauricio González Cuervo. En esta sentencia se declaró

inexequible el artículo 15 de la Ley 1640 de 2013 (“Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013”). La norma acusada, que otorgaba facultades al Presidente de la República para modificar la planta de personal de la Contraloría, no fue incluida en el proyecto inicial, ni se discutió y aprobó en primer debate en sesión conjunta de las comisiones tercera y cuarta de Senado y Cámara, y sólo fue introducida en el segundo debate en las Plenarias. La Corte sostuvo que tal circunstancia, en sí misma, no supondría reparo constitucional alguno, pero que en este caso daba lugar a un vicio de trámite, por cuanto en el primer debate el tema estuvo por completo ausente de la discusión, que se enfocó en aspectos relativos a la modificación del Presupuesto General de la Nación. Así las cosas, la falta de conexidad material del precepto acusado con la materia general de la ley no sólo suponía una infracción del principio de unidad de materia, sino que generó como resultado una vulneración adicional de los principios de consecutividad y de identidad flexible.

[43] MP. Jaime Córdoba Triviño. SPV. Clara Inés Vargas Hernández, SPV. Alfredo Beltrán Sierra. La Corte declaró inexequibles los artículos 48 y 49 de la Ley 789 de 2002, tras constatar que: (i) en el primer debate, surtido en sesión conjunta de las Comisiones de Senado y Cámara, tales contenidos no fueron debatidos ni votados, pues en lugar de ello se postergó su consideración para el debate en Plenarias; (ii) en segundo debate fueron aprobados en una de las Plenarias, mientras que en la otra fueron retirados “para ser materia de discusión con más análisis en la comisión de conciliación”. Se estimó que hubo infracción del artículo 157 Superior, por cuanto las comisiones constitucionales y una de las Plenarias omitieron cumplir con su deber de discutir y votar los contenidos normativos puestos a su consideración, para trasladarlo a otras células legislativas.

[44] MP. Jaime Córdoba Triviño. AV. Jaime Araujo Rentería.

[45] MP. Alfredo Beltrán Sierra. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas, SV y AV. Manuel José Cepeda, SV. Eduardo Montealegre Lynett y Rodrigo Escobar Gil.

[46] MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Rodrigo Escobar Gil, AV. Eduardo Montealegre Lynett, SV. Manuel José Cepeda.

[47] MP. Jaime Córdoba Triviño, AV. Manuel José Cepeda, SV. Eduardo Montealegre, SPV. Rodrigo Escobar Gil).

[48] MP. Clara Inés Vargas, SV. Manuel José Cepeda y Álvaro Tafur Galvis, SV. Eduardo Montealegre.

[49] MP. Álvaro Tafur Galvis; SPV. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Rodrigo Uprimny Yepes; SPV. Álvaro Tafur Galvis; AV. Jaime Araujo Rentería.

[50] MP. Clara Inés Vargas, SPV. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño, AV. Jaime Araujo Rentería.

[51] MP. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería. AV. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Córdoba Triviño. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Humberto Sierra

Porto.

[52] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Mauricio González Cuervo. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Humberto Sierra Porto.

[53] “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”.

[54] El proyecto de ley y su correspondiente exposición de motivos fueron publicados en la Gaceta del Congreso No. 69 del 15 de marzo de 2012, pp. 4-24.

[55] Exposición de motivos, proyecto de ley 200 Senado. Gaceta del Congreso No. 69 del 15 de marzo de 2012, p. 17. (Subrayas añadidas).

[56] *Ibíd.*, p. 19.

[57] Publicada en la Gaceta del Congreso No. 288 del 30 de mayo de 2012

[58] Senadores Gabriel Zapata Correa y Germán Darío Hoyos Giraldo.

[59] Artículo 88. Modifíquese el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 8o. Prevención del lavado de activos. [...]Parágrafo 2o. Las sociedades comerciales que tengan por objeto social la actividad de factoring deberán tener un capital suscrito y pagado de quince mil salarios mínimos legales mensuales (15.000).

Parágrafo 3o. Dicho monto se acreditará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante certificación expedida por la institución financiera donde se hayan depositado los respectivos dineros.

Parágrafo 4o. El capital suscrito y pagado estará siempre representado en caja y/o en los títulos que contengan los derechos económicos pecuniarios ciertos de contenido crediticio a los que se refiere el artículo 2° del presente decreto y cuya fecha de vencimiento no sea superior a 90 días.

Parágrafo 5o. Los montos mínimos de capital se ajustarán anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el Índice de Precios al Consumidor que suministre el DANE. El valor resultante se aproximará al múltiplo en millones de pesos inmediatamente superior. El primer ajuste se realizará en enero de 2012 tomando como base la variación de precios al consumidor que certifique el DANE para el año 2012.

Parágrafo 6o. Los factores actuales tendrán un plazo máximo para acreditar el anterior monto mínimo de capital, incluidos los ajustes de que trata el parágrafo anterior, hasta el 31 de diciembre de 2013. Así mismo los factores actuales podrán fusionarse o transformarse con el fin de cumplir con el mencionado monto.

[60] Así consta en el Acta No. 20 del 6 de junio de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 538 de 2012, pp. 61-72.

[62] Mauricio Lizcano

[63] *Ibíd.*, pp. 65-66.

[64] Senador Gabriel Zapata Correa.

[65] Senador Germán Villegas Villegas.

[66] Senador Juan Mario Laserna.

[67] Senador Gabriel Zapata Correa.

[68] *Ibíd.*, p. 68.

[69] Senador Mauricio Lizcano. P. 68

[70] Así quedó registrado en el Acta No. 20 del 6 de junio de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 538 de 2012:

Honorable Senador Germán Villegas Villegas:

¿El artículo 88 ¿qué pasó?

Doctor Rafael Oyola Ordosgoitia, Secretario Comisión Tercera del Senado:

Fue excluido.

Honorable Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, Presidente Comisión Tercera de Senado:

Se excluyeron los párrafos señor Senador.

Honorable Senador Germán Villegas Villegas:

¿Y qué pasa con eso?

Honorable Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, Presidente Comisión Tercera de Senado:

Solamente se excluyeron los párrafos.

Honorable Senador Germán Villegas Villegas:

Qué pasa con esos párrafos, que son el meollo del tema, que es el capital suscrito y pagado, varios Senadores consideramos que es excesivo. El señor ponente dijo que había llegado a un acuerdo con el señor Director de la Asociación de empresas de Factoring. Entonces no sé si es que ese acuerdo lo vamos a incluir o se va a incluir para el segundo debate, yo recomendaría que fuera ahora mismo.

Listo, tiene la palabra el Senador Zapata.

Honorable Senador Gabriel Zapata Correa:

El acuerdo queda cumplido al excluir, quedó excluido del texto, Senador Villegas quedó excluido del texto, los párrafos que tenían pertinencia con los patrimonios mínimos para

las Compañías de Factoring, entonces excluyeron los artículos que hablaban, el artículo 88 es, prevención de lavado de activos y entonces los párrafos 2°, 3°, 4°, 5° y 6° fueron excluidos o sea que quedó el compromiso cumplido.

Honorable Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, Presidente Comisión Tercera de Senado:

Señor Senador quedan excluidos esos 5 párrafos, los demás quedan vivos.

Honorable Senador Germán Villegas Villegas:

En otras palabras Presidente perdónenme, en este momento si la ley alcanza el periplo legislativo, los 4 debates, quiere decir que cualquier empresa de Factoring, con cualquier capital puede operar, ¿sí o no?

Doctor Luis Guillermo Vélez, Correcto.

Honorable Senador Gabriel Zapata Correa:

Las vigiladas por la Supersociedades.

Honorable Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, Presidente Comisión Tercera de Senado:

Siguiente proyecto señor Secretario.

[71] Así se evidencia en el informe de ponencia y texto propuesto para segundo debate, publicados en la Gaceta del Congreso No. 320 del 6 de junio de 2012, pp. 47-48.

[72] Gaceta del Congreso No. 320 del 6 de junio de 2012, p. 16.

[73] Folios 1 a 3, cuaderno de pruebas No. 1.

[74] Así consta en el Acta No. 09 del 22 de agosto de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 794 del 9 de noviembre de 2012, pp. 16-22.

[75] Según Acta No. 10 del 28 de agosto de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 795 del 9 de noviembre de 2012, pp. 33-34.

[76] Gaceta del Congreso No. 617 del 18 de septiembre de 2012, pp. 16-17.

[77] Publicado en la Gaceta del Congreso No. 872 del 3 de diciembre de 2012, p. 23.

[78] En el informe de ponencia, suscrito por los Representantes Alejandro Carlos Chacón, Hernando José Padaui, Simón Gaviria Muñoz y Jair Arango Torres y publicado en la Gaceta del Congreso No. 872 del 3 de diciembre de 2012 (p.p. 7-8), se lee:

“Así mismo, se incluye un artículo nuevo - el 90 - en el Capítulo sobre Factoring, a través del cual, se busca que antecedentes como Proyectar Valores y Factor Group no se repitan.

La Sociedad Factor Group se fondea con recursos de inversionistas a través de unos ‘Contratos de Mandato de Inversión con destinación Específica’ - MIDE, y mediante

‘Contratos Marco para la Compraventa de Activos y derechos de contenido Económico al descuento’. Sin embargo, con ocasión de una visita realizada por la Superintendencia Financiera, se encontró una ‘Inexistencia de la Contraprestación de un bien en las operaciones celebradas entre Factor Group Colombia S. A. y los Inversionistas’, toda vez que las operaciones de compra de activos y derechos económicos al descuento, en la realidad económica, no contemplaban para los inversionistas que suscribieron los contratos, el suministro de bienes o servicios como contraprestación por la entrega de los recursos como lo manda el Decreto número 1981 de 1988, artículo 1º, numeral 1.

El problema del caso de Factor Group asciende aproximadamente a \$160.000.000.000, que fue la suma de los recursos invertidos por los inversionistas en las operaciones que la Superintendencia Financiera decretó como captación masiva y habitual de recursos del público mientras que el capital suscrito y pagado de Factor Group era solamente de \$2.000.000.000.

Es cierto que el fondeo con recursos del público se hace a través de un esquema permitido por la ley que se denomina ‘Mandatos Específicos’. Este esquema no se considera una conducta irregular de captación masiva y habitual de recursos del público siempre que el mandato sea específico. No pasa igual con la modalidad denominada ‘Mandato de libre administración’.

Para prevenir la anterior situación, se incluye un artículo nuevo que busca que las compañías de factoring que administren ‘mandatos específicos para la compra de facturas’ tengan una solvencia patrimonial que garantice en cierta medida los recursos que administra.”

[79] Ver Acta No. 14 del 5 de diciembre de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 124 del 21 de marzo de 2013, p.36.

[80] Publicado en la Gaceta del Congreso No. 918 del 11 de diciembre de 2012, pp. 5-20.

[81] Según consta en el Acta No. 204 del 14 de mayo de 2013, publicada en la Gaceta del Congreso No. 579 del 30 de julio de 2013.

[82] Que modificaba el literal a) del artículo 8 de la Ley 9 de 1991, regulatoria del régimen de cambios internacionales, para incluir a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Valores o empresas de factoring vigiladas por la Superintendencia de Sociedades como intermediarios del mercado cambiario.

[83] La proposición consistía en modificar el monto de solvencia obligatoria para los mandatos específicos de adquisición de facturas, que en el texto aprobado en la Comisión Tercera de la Cámara se refería “hasta un monto equivalente a cinco veces el capital pagado por la sociedad” y en la proposición, en cambio, al “10% del patrimonio que tenga registrada la sociedad”. Acta No. 204 del 14 de mayo de 2013, publicada en la Gaceta del Congreso No. 579 del 30 de julio de 2013.

[84] Representantes Wilson Neber Arias Castillo y Obed de Jesús Zuluaga Henao.

[85] El texto aprobado en cuarto debate fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 301

del 21 de mayo de 2013.

[86] Informe publicado en la Gaceta del Congreso No. 360 del 4 de junio de 2013.

[87] Artículo 89. Solvencia obligatoria para las empresas de factoring. Las sociedades cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera podrán realizar contratos de 'mandatos específicos' con terceras personas para la adquisición de facturas hasta por un monto equivalente al 10% del patrimonio que tenga registrado la sociedad. Para los mandatos de 'libre inversión' deberán sujetarse a los límites consagrados en el numeral 2 del artículo 1º Decreto número 1981 de 1988.

[88] Según Acta No. 65 del 11 de junio de 2013, publicada en la Gaceta del Congreso No. 600 del 9 de agosto de 2013.

[89] Según Acta No. 211 del 11 de junio de 2013, publicada en la Gaceta del Congreso No. 684 del 5 de septiembre de 2013.

[90] Ver numerales 23 a 31.

[91] Al citar como precedentes aplicables a este caso los establecidos en las sentencias C-754 de 2004, C-372 de 2004 y C-1056 de 2003.

[92] Como quedó establecido a partir de la sentencia C-208 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas, SPV. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño, AV. Jaime Araujo Rentería), donde a propósito de la norma en ese entonces revisada la Corte concluyó: "No puede por lo tanto afirmarse, que el Senado de la República, en primera vuelta, hubiere omitido voluntaria y conscientemente el tema del voto preferente, es decir, eludido el debate respectivo u omitido el ejercicio de sus competencias, pues [...], en ésta instancia legislativa si se debatieron los temas del proyecto relacionados con la conformación de las listas, la forma de elección de candidatos a Corporaciones Públicas y la asignación de curules, entre otros, adoptándose otro mecanismo diferente al del voto preferente, pues ésta era tan solo una de las varias opciones con que contaba el Congreso para los efectos de la reforma constitucional. [...] Se presentó de tal manera, en primera vuelta, una discrepancia que podía ser válidamente conciliada por la comisión accidental designada para el efecto, como así lo hizo, considerando que conciliaría los textos optando por el mecanismo de voto preferente, propuesta que así fue presentada a las Plenarios de ambas Cámaras, quienes le impartieron aprobación en segundo debate. [...] Así las cosas, puede concluir la Corte, que la Comisión de Conciliación no desbordó su competencia, pues al conciliar la discrepancia en el punto del voto preferente, ni siquiera propuso un texto nuevo, sino que tan solo se limitó a presentar como propuesta de conciliación un artículo exactamente igual al aprobado por la Cámara de Representantes [...]"

[93] Como se evidencia en el análisis efectuado en los numerales 23 a 31 de esta providencia.

[94] Ver Acta No. 20 del 6 de junio de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 538 de 2012.

[95] En los considerandos de la sentencia C-801 de 2003, con la que se inicia la doctrina de

la elusión de debate y votación, se plantea de manera expresa esta cuestión, al afirmar que: “(e)n cuanto a las proposiciones modificatorias o aditivas que se planteen en el curso del debate, así como las supresiones, deben igualmente ser objeto de discusión, debate y votación, salvo que el autor de la propuesta decida retirarla antes de ser sometida a votación o ser objeto de modificaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5ª de 1992. Es preciso que se adopte una decisión y no se eluda la misma respecto de un tema, so pena de que se propicie un vacío en el trámite legislativo que vulnere el principio de consecutividad”. (subrayas fuera de texto). Tampoco en los casos decididos en las sentencias C-839, C-1056, C-1147, C-1152 de 2003, C-372 y C-754 de 2004, se estaba frente a supuestos en los que los contenidos puestos a consideración cuya votación fue omitida hubieren sido retirados previamente por el autor de la proposición.

[96] Gaceta del Congreso No. 320 del 6 de junio de 2012, p. 16.

[97] Así consta en el Acta No. 09 del 22 de agosto de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 794 del 9 de noviembre de 2012, pp. 16-22.

[98] Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón). En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión amparó los derechos fundamentales de un comerciante de video juegos a quien las autoridades locales les estaban haciendo “exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica”, por lo que ordenó la inaplicación por inconstitucional del acto administrativo que contenía las restricciones. Respecto de la libertad de económica como derecho subjetivo pueden verse, también, las sentencias T-475 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-375 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-157 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[99] Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1992 (MP Carlos Gaviria Díaz). La Corte acogió una definición de libertad de empresa propuesta por Martin Bassols Coma en ‘Constitución y Sistema Económico’, Tecnos, 1988.

[100] Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[102] Sobre los derechos fundamentales como límites a la libertad de empresa pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-394 de 1999 (MP Martha Victoria Sáchica) y T-434 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo), respecto del derecho al trabajo y la libre asociación sindical como restricciones a la libertad del empresario en la estipulación de contratos y reglamentos internos de trabajo; T-073 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1118 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en relación al derecho a la igualdad como límite a la libertad de contratación de las aseguradoras; y T-592 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-763 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en lo relativo al derecho al habeas data y al debido proceso como restricciones a la libertad de contratación de las entidades bancarias.

[103] Ciertamente, la libertad de empresa puede limitarse en aras de proteger el orden público. Así lo reconoció la Corte, por ejemplo, en la sentencia C-492 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño), al declarar exequible una norma que le otorgaba a los comandantes de estación y subestación de policía la facultad de cerrar temporalmente establecimientos abiertos al público por cuestiones de orden social. Al respecto, sostuvo que “[l]os límites al

ejercicio de la libertad económica no pueden entenderse como un abuso del poder de policía sino como el cumplimiento del deber del Estado de garantizar la plena vigencia y efectividad de los derechos de las personas. En este punto, la definición de orden público como medio para el desarrollo pleno de los derechos humanos revela la importancia y necesidad del control de la actividad de los particulares.”

[104] En relación con el derecho al medio ambiente sano como un límite a la libertad de empresa, puede verse, entre otras, la sentencia T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara). La Sala Sexta de Revisión confirmó el amparo de los derechos fundamentales de un grupo de personas afectadas por la presunta contaminación producida con el transporte, cargue y descargue de carbón, realizado por una empresa privada. Allí se explicó que “existe para los particulares una especial responsabilidad en la preservación y protección del medio ambiente, cuando quiera que con el ejercicio de la libertad de empresa se atente contra su equilibrio; más aún, cuando de su posible lesión pueden derivarse amenazas a derechos de importante envergadura para las personas. Sobre el particular, la Corte ha sido enfática en señalar que la realización de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas, con el fin de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico sostenible, y con el control de las autoridades ambientales”.

[105] Véase la sentencia C-332 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz), mediante la cual la Corte declaró exequible una medida legislativa que prohibía a las entidades financieras trasladar a los usuarios el costo de los premios o seguros. En concepto de la Corte: “no es constitucionalmente de recibo, aducir el derecho a la propiedad privada, la libre iniciativa privada, la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica como si se tratase de barreras infranqueables que pudiesen impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden los intereses de los usuarios de los servicios financieros y aseguradores, pues, ciertamente, el que las empresas financieras y aseguradoras gocen de la posición dominante, puede propiciar desequilibrios que las autoridades deben precaver, en cumplimiento del deber de prevenir abusos que puedan afectarlos, de hacer efectiva la prevalencia del interés público, de salvaguardar los consumidores y de construir un orden justo.”

[106] En relación a estos criterios pueden verse, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-615 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-486 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), C-197 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-368 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-909 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y C-264 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo).

[107] Sentencia C-1021 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), en la cual se declararon inexecutable algunos apartes del artículo 38 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), que establecía una exención del Gravamen a los Movimientos Financieros a las operaciones de factoring realizadas por empresas vigiladas por la Superintendencia de Sociedades. La Corte encontró que la exclusión de tal beneficio para las operaciones realizadas por las demás entidades con el mismo objeto social principal, no sujetas al control de la referida superintendencia, no perseguía ningún fin constitucionalmente legítimo y en cambio sí vulneraba los principios de legalidad y equidad tributaria. También en la sentencia C-766 de 2013 (MP. Luis Guillermo Guerrero), en la que

se declaran inexequibles, por la misma razón de la anterior, algunos apartes del artículo 132 de la Ley 1607 de 2012, se examina la regulación de esta modalidad contractual en el derecho colombiano

[108] Superintendencia Financiera de Colombia, “Contrato de factoring y de descuento, diferencias”. Concepto 2012042354-002 del 22 de agosto de 2012.

[109] Al respecto se ha dicho que: “La operación básicamente consiste en que el empresario transfiere al factor la totalidad de los créditos que tiene en contra de terceros en razón de su actividad mercantil, como también los que vayan naciendo, y éste se encargará de la gestión de cobranza y contabilización de los créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos, como también anticipar al empresario el importe de los créditos transferidos”. MARRE VELASCO, Agustín, el contrato de factoring, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1995, p.26.

[110] En este sentido, en el Documento CONPES 3484 sobre la política nacional para la transformación productiva y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas, se dice que se recomienda “estudiar los cambios regulatorios necesarios para fomentar el uso del factoraje con el objeto de facilitar a las microempresas y las pymes la obtención de liquidez inmediata y mejorar su flujo de caja”, p. 28.

[111] Corte Constitucional, sentencia C-766 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[112] “Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones”.

[113] Las regulaciones específicas en materia de factoring se encuentran en el artículo 8º de dicha ley, que a su vez fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013.

[114] “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 y se dictan otras disposiciones”

[115] “Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5º del Decreto número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones.”

[116] “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.”

[117] MP Jorge Iván Palacio Palacio. Unánime.

[118] MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Unánime.

[119] Estas sociedades quedarían sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades sólo en tanto cumplan con alguna de las condiciones previstas en el Decreto 4350 de 2006 “Por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones”, pero no operaría respecto de ellas las causales establecidas en los literales f) y g) del artículo 5 del decreto en mención.

[120] Art. 7.1 EOSF: "Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes: [...] j. Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas; [...] Celebrar contratos de administración no fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación."

[121] Art. 12 lit. h EOSF: "Descontar, aceptar y negociar toda clase de títulos emitidos a favor de las empresas con plazo mayor de un (1) año, [...] No obstante, las corporaciones financieras podrán realizar operaciones de factoring con títulos cuyo plazo sea inferior a un (1) año [...]" (Negrilla fuera del texto)

[122] Art. 24 literal h EOSF: "h. Efectuar operaciones de compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos;" (Negrilla fuera del texto)

[123] Art. 27.4. EOSF: "Los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero podrán otorgar créditos o descontar la cartera de crédito concedida por las cooperativas de ahorro y crédito a efectos de cubrir la iliquidez transitoria que éstas puedan presentar, siempre y cuando las garantías que respalden los mencionados créditos sean reales [...]"

[124] Art. 47 Numeral 9 de la Ley 454 de 1998: "Las cooperativas financieras están autorizadas para adelantar únicamente las siguientes operaciones: 9. Efectuar operaciones de compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos"

[125] Decreto 2555 de 2010, "Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones".

[126] Art. 80 Num. 1 EOSF: "Los montos mínimos de capital que deberán acreditarse para solicitar la constitución de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria [...] (\$45.085.000.000) para los establecimientos bancarios, [...] (\$16.395.000.000.) para las corporaciones financieras, [...](\$11.613.000.000) para las compañías de financiamiento comercial, [...](\$3.417.000.000) para las sociedades fiduciaria, [...](\$6.831.000.000) para las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones, [...](\$3.417.000.000) para las sociedades administradoras de fondos de cesantía, [...](\$2.733.000.000) para las demás entidades financieras"

[127] Art. 2.1.3.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010: "El límite de concentración de riesgos [...] será equivalente al treinta por ciento (30%) del patrimonio técnico del respectivo establecimiento, excepto en el caso de las corporaciones financieras que será del treinta y cinco por ciento (35%) del patrimonio técnico. Para las operaciones de crédito realizadas en los términos del artículo 2.1.2.1.9 (operaciones de crédito cuyo pago se garantice con una carta de crédito standby) del presente decreto, el límite de concentración de riesgos será equivalente al cuarenta por ciento (40%) del patrimonio técnico del respectivo establecimiento de crédito." (Negrilla fuera del texto)

[128] Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con el cálculo de la

relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito. El Art. 2.1.1.4.1. señala: “Las entidades deberán cumplir con los niveles mínimos de las relaciones de solvencia en todo momento, [...] La Superintendencia Financiera de Colombia dictará las medidas necesarias para la correcta aplicación de lo dispuesto en este decreto y vigilará el cumplimiento de los niveles adecuados de patrimonio por parte de los establecimientos de crédito.”

[129] “Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relativo a la relación de solvencia de los establecimientos de crédito y se dictan otras disposiciones”. El artículo 2 modifica el 2.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, así: “Patrimonio Adecuado. Los establecimientos de crédito deberán cumplir las normas sobre niveles de patrimonio adecuado y las relaciones mínimas de solvencia contempladas en este Capítulo, con el fin de proteger la confianza del público en el sistema y asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad.”

[130] “Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los instrumentos que componen el patrimonio técnico de los establecimientos de crédito”

[132] Art. 49 Numeral 6 de la Ley 454 de 1998: “Las cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales están autorizadas para adelantar únicamente las siguientes operaciones: [...] 6. Efectuar operaciones de compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos”

[133] Art. 39 de la Ley 454 de 1998 párrafo 2º adicionado por el artículo 101 de la Ley 795 de 2003: “Las cooperativas de ahorro y crédito y las cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito, deberán constituir y mantener un fondo de liquidez [...]”

[134] Art. 42. Inc. 2º de la Ley 454 de 1998: “Las cooperativas de ahorro y crédito y las cooperativas multiactivas e integrales con secciones de ahorro y crédito, deberán acreditar y mantener un monto mínimo de aportes sociales pagados no inferior a quinientos millones de pesos (\$500 millones).”

[135] “Por medio del cual se dictan normas sobre la gestión y administración de riesgo de liquidez de las cooperativas de ahorro y crédito, las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas e integrales, los fondos de empleados y las asociaciones mutualistas.” El artículo 2º de este decreto dispone: “Las cooperativas de ahorro y crédito, las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas e integrales, los fondos de empleados y las asociaciones mutualistas deberán efectuar una gestión integral de la estructura de sus activos, pasivos y posiciones fuera de balance, estimando y controlando el grado de exposición al riesgo de liquidez [...]”.

[136] “Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales”.

[137] “Por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones”.

[138] Art. 1º del Decreto 4350 de 2006.

[139] Art. 5 literal f del Decreto 4350 de 2006 modificado por el artículo 7 del Decreto 2669 de 2012: “Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes, respecto de cada una de ellas: [...] f. Los factores constituidos como sociedades comerciales que tengan por objeto social exclusivo la actividad de factoring y que además, demuestren haber realizado operaciones de factoring en el año inmediatamente anterior, por valor igualo superior a treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (30.000 s.m.l.m. v.) al corte del ejercicio.”

[140] Art. 5 literal g del Decreto 4350 de 2006, adicionado por el artículo 1º del Decreto 1219 de 2014: “Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que además hayan realizado dentro del año calendario inmediatamente anterior contratos de mandato específicos con terceras personas para la adquisición de facturas, o que tengan contratos de mandato específicos vigentes al corte del ejercicio del año calendario inmediatamente anterior.”

[141] Art. 8 de la Ley 1231 de 2008 modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013: “[...] Solamente podrán prestar servicios de compra de cartera al descuento las instituciones financieras habilitadas para ello y las empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente.”

[142] Artículo 12. Recursos para la realización de operaciones de factoring. Para ejercer la actividad de factoring, el factor se financiará de la siguiente manera:

1. A través de recursos aportados por los accionistas o socios del factor;
2. Con créditos obtenidos en el sistema financiero;
3. Modificado por el art. 3, Decreto 1219 de 2014. Con los recursos provenientes de terceros con ocasión de mandatos específicos de inversión. En todo caso, los factores no podrán utilizar estos recursos para realizar por cuenta propia, operaciones de factoring;
4. Con los recursos provenientes de las ventas de cartera a fondeadores legalmente autorizados en el mercado de capitales.

[143] “Por el cual se reglamenta el decreto 2920 de 1982”.

[144] De acuerdo con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1981 de 1998: “[...] se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

“1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

“Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

“2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses

consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

“Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

“Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

“a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

“b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

“Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

“Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982”.

[145] Prevista en el artículo 108, numeral 2º del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que establece: “2. Operaciones Prohibidas. Las compañías de compra de cartera (factoring) no podrán realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público.”

[146] El artículo 2º del Decreto 2669 de 2012 señala las operaciones que están habilitadas para efectuar las sociedades dedicadas en exclusiva a actividades de factoring:

“Artículo 2º. Definiciones. Para los efectos de este decreto se adoptan las siguientes definiciones:

1. Actividad de factoring: Se entenderá por actividad de factoring la realización profesional y habitual de operaciones de factoring que podrá ser acompañada de las operaciones conexas a las que se refiere este decreto.

2. Operación de factoring: Aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés,

letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos.

3. Operaciones conexas: Son las operaciones complementarias a las operaciones de factoring, es decir, aquellas que el factor podrá incluir dentro de las prestaciones que ofrezca a su clientela. Se entienden como tales:

a) La administración de la cartera y el registro contable de los abonos y del pago de los títulos o de los créditos que no le pertenezcan al factor;

b) La cobranza de títulos o de créditos que no le pertenezcan al factor;

c) La asesoría en la contratación de los seguros necesarios para dispersar el riesgo de retorno de la cartera;

d) La custodia de títulos contentivos de créditos o de derechos que no le pertenezcan al factor, o

e) El otorgamiento de anticipos o avances con cargo a las operaciones de factoring, y;

f) El corretaje de factoring.

4. Contrato de factoring: Es el acuerdo de voluntades mediante el cual se instrumentan las operaciones de factoring definidas en este decreto. [...]”.

[148] “Artículo 2°. Definiciones. Para los efectos de este decreto se adoptan las siguientes definiciones: [...] 6. Factoring con recurso: Es la operación de factoring en la cual el factor no asume el riesgo de la cobranza de los créditos que se le transfieren y el cedente o el endosante, responden ante los posteriores adquirientes del título por la existencia y por el pago de las acreencias objeto de negociación.

[149] Como lo explica en su intervención el Director del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

[150] Artículo 13. Operaciones prohibidas. Los factores no podrán:

1. Celebrar contratos, negocios u operaciones para el descuento de flujos futuros ofreciendo bienes, beneficios o intereses indeterminados o que no constituyan una operación de factoring en los términos definidos en el presente decreto;

2. Ofrecer la asesoría o los servicios relacionados con la adquisición o enajenación de valores inscritos en el registro Nacional de Valores y Emisores, y;

3. Celebrar contratos de mutuo excediendo los límites establecidos en el Decreto número 1981 de 1988.