



LEGIS móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre



Procurador General

Concepto 5797

Bogotá, D.C., 10 de julio de 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013.

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

Magistrado Ponente: MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Expedientes D-10049 y D-10050 (acumulados)

Concepto 5797

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con las demandas que, en ejercicio de la acción pública establecida en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1°, Superiores, presentaron los ciudadanos José Miguel Calderón López (Expediente D-10049) y Andrea del Pilar Pisco Salazar (Expediente D-10050), contra la integridad del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, cuyo texto es el siguiente:

“LEY 1676 DE 2013

(agosto 20)

Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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”.

1. Planteamientos de la demanda

El ciudadano José Miguel Calderón López formuló demanda de inconstitucionalidad (Ex. D-10049) contra el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, aduciendo que éste transgrede los artículos 26, 58, 333 y 334 de la Constitución Política por cuanto entiende que la norma impone una *“restricción excesiva y manifiestamente irrazonable a la actividad de factoring realizada por mandatos específicos de inversión, que limita desproporcionada e ilegítimamente la libertad económica”*. Así mismo, acusa que la disposición demandada contradice el consenso técnico mundial relativo al respaldo financiero que ha de tener una empresa que efectúa negocios en nombre de terceros y que lo anterior tendría como resultado la anulación de la actividad empresarial del factoring.

De otra parte, el actor aduce que la Constitución Política acogió el *libre mercado* como principio constitucional, resultando así que la *economía de mercado* resulta un límite para la configuración legislativa. En consecuencia, señala que como la norma atacada transgrede dicho principio y anula una actividad empresarial, resulta contraria a la Carta Magna.

En la demanda también se explica que el factoring es un contrato comercial mediante el cual los pequeños empresarios pueden acceder a recursos o a créditos a través de la circulación de las facturas como título valor. Resalta que en el mundo el respaldo económico que han de tener las personas que efectúan préstamos con dinero de terceras personas suele ser de nueve a cien, nueve de capital propio para poder realizar acciones comerciales por un valor de cien. Y con base en esto aduce que la norma demandada invierte la proporción en forma antitécnica exigiendo un capital de 100 para poder realizar acciones por el valor de 10.

De otro lado, con fundamento en la jurisprudencia constitucional¹, señala el accionante que la Ley sí puede efectuar limitaciones a la libertad de empresa pero teniendo como límite el respeto al núcleo esencial del mismo en razón a que el Estado no puede ser indiferente al resultado empresarial. Igualmente, refiere que la Corte Constitucional² ha elaborado unos parámetros para determinar la legitimidad de las restricciones empresariales, siendo estos: (i) la reserva de Ley; (ii) el respeto al núcleo esencial de la libertad de empresa; y que la limitación (iii) obedezca a motivos adecuados suficientes, (iv) se adecuó al principio de solidaridad y (v) responda a criterios de razonabilidad.

De lo anterior, concluye el actor que la disposición demandada viola la Constitución por cuanto resulta desproporcionado que el Legislador exija al empresario un capital ocioso tan alto (100 a 10) para realizar operaciones de factoring. Lo anterior, por cuanto considera que es irracional que, para soportar un riesgo determinado, el empresario deba contar con un capital diez veces superior. En suma, señala que lo anterior evidencia que la norma no consulta la realidad del factoring haciendo que se torne en desproporcionada, y por lo tanto, que no implique un beneficio para el mercado del referido contrato.

Por su parte, en su demanda (ExpedienteD-10050) la ciudadana Andrea del Pilar Pisco Salazar acusa la misma disposición pero aduciendo vicios de trámite.

Específicamente, acusa la ciudadana que la formación del texto normativo acusado transgredió los artículos 157, 158 y 160 de la Constitución Política al desconocer los principios de consecutividad e identidad flexible.

¹ El actor menciona específicamente la sentencia C-254 de 1996 de la Corte Constitucional, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

² El accionante refiere la Sentencia C-615 de 2002 de la Corte Constitucional, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

En este sentido, señala que la norma demandada viola la Constitución porque no fue aprobada en cuatro debates ya que el referido texto solo fue introducido en el cuerpo normativo en el tercer debate del proyecto, sin haber sido discutido y aprobado en el Senado de la República.

También aduce que la referida normatividad sobre el factoring, añadida en el tercer debate, *“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”*. En tal sentido, denuncia que la disposición no sólo carece de cuatro debates, sino que implica una introducción o innovación que no podía efectuarse en el correspondiente *iter legislativo*.

2. Problema jurídico

De acuerdo con las demandas arriba resumidas el Jefe del Ministerio Público considera que en el presente proceso corresponde resolver dos problemas jurídicos. En primer lugar, habrá de establecerse si el proceso de formación legislativo del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 transgredió los principios de consecutividad e identidad flexible, en razón a que la disposición demandada fue presuntamente introducida en el tercer debate efectuado en la Cámara de Representantes, careciendo así de discusión y aprobación en el Senado de la República. Y únicamente en el caso de que se encuentre que el proceso de formación del artículo demandado se ajusta a la Constitución, se procederá a resolver, como segundo problema jurídico, si la norma en cuestión implica una vulneración a la libertad de empresa por suponer una restricción desproporcionada de la actividad del factoring.

3. Análisis constitucional

Como se explicará a continuación en forma detallada, esta Vista Fiscal estima que el artículo demandado es inconstitucional por vicios de trámite, en razón a 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. Por motivo de lo anterior, la disposición no podía ser adoptada por la comisión de conciliación como fórmula para resolver una diferencia entre los textos aprobados por ambas cámaras.

De conformidad con esto, el Jefe del Ministerio Público solicitará a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la disposición demandada por razones formales y se abstendrá de pronunciarse sobre las acusaciones relativas al fondo de la disposición.

3.1. Sobre la caducidad de la acción por vicios de trámite

En razón a que el reproche formulado en la demanda D-10050 corresponde a un vicio formal en el trámite de la Ley, es necesario que en forma oficiosa se estudie si ha operado o no la caducidad.

Al respecto, baste recordar que el numeral 3° del artículo 242 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “[l]as acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto” y que, al verificarse la fecha de publicación de la Ley demandada, se encuentra que ésta fue insertada en el diario número 48.888 del 20 de agosto de 2013.

De otra parte, como consta en el mismo expediente, la demanda fue radicada en la Corte Constitucional el día 06 de diciembre de 2013. Por lo que, contrastando las fechas referidas, se concluye que que la demanda

de la referencia efectivamente fue presentada oportunamente y que por ello es procedente efectuar un pronunciamiento sobre los cargos propuestos en contra del trámite del artículo demandado.

3.2. La disposición demandada y los principios constitucionales de la consecutividad y de identidad flexible

Los principios de identidad flexible y de consecutividad han sido inferidos por la Corte Constitucional de los artículos 157, 158, 160 y 161 de la Constitución Política, así: Sobre la relación con el principio de identidad flexible ha dicho la esa Corporación que:

*“Tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia, el principio de identidad flexible exige que el proyecto de ley se conserve siempre el mismo a lo largo del trámite legislativo, en cuanto a su materia **o núcleo temático**, razón por la cual las modificaciones o adiciones introducidas como artículos nuevos deben tener un vínculo razonable con el tema general del proyecto en curso, lo cual implica que (i) dichos cambios se refieran a **temas tratados y aprobados en el primer debate, y (ii) que éstos temas guarden estrecha relación con el contenido del proyecto**”³*
(subrayados por fuera del original)

Y en relación con la consecutividad, el Tribunal Constitucional ha manifestado que

“[L]os proyectos de ley deben surtir cuatro debates de manera sucesiva, tanto en comisiones como en plenarias. No obstante, la jurisprudencia ha sostenido que dicho principio está sujeto a las excepciones plasmadas en la Constitución y en la ley. De manera que las sesiones conjuntas de las comisiones homólogas de una y otra cámara, por ejemplo, para dar primer debate a un proyecto de ley, y la simultaneidad del segundo debate, conforme a lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 5ª de 1992, constituyen singularidades en el trámite legislativo”⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar que la consecutividad parecería ser un asunto de mecánica procedimental, la Corte Constitucional ha extraído del mismo tres exigencias materiales que debe cumplir el debate, las cuales son:

³ Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

*“(i) [L]a obligación de que tanto las comisiones como las plenarias deben estudiar y debatir todos los temas que ante ellas hayan sido propuestos durante el trámite legislativo; (ii) que no se posponga para una etapa posterior el debate de un determinado asunto planteado en comisión o en plenaria; y (iii) que la totalidad del articulado propuesto para primer o segundo debate, al igual que las proposiciones que lo modifiquen o adicionen, deben discutirse, debatirse, **aprobarse o improbarse** al interior de la instancia legislativa en la que son sometidas a consideración”⁵ (subrayado por fuera del original).*

Así las cosas, esta Jefatura concluye 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.

De otra parte, la Corte Constitucional también ha precisado que el trámite de la conciliación, previsto en el artículo 161 de la Constitución, se encuentra sometido a los referidos principios, ya que la competencia de la Comisión de Conciliación no es ilimitada y, por el contrario, ésta 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*. En este sentido, esa Corporación ha dicho que:

*“En los términos del artículo 161 C.P., las comisiones de conciliación tienen lugar cuando existen discrepancias entre los textos aprobados por las plenarias de cada cámara, caso en el que es necesario contar con un articulado unificado que solvante esas diferencias. La naturaleza de la discrepancia es la que fija el marco de referencia al informe de conciliación, habiéndose señalado que estas comisiones tienen vedado incorporar asuntos nuevos, esto es, que no hayan sido tratados por las plenarias, aunque pueden, en aras de armonizar tales discrepancias, incluso introducir nuevos textos o suprimir existentes, **en todo caso debe tratarse de materias que hayan tenido lugar durante el procedimiento legislativo previo, con el fin que la actividad de dichas comisiones sea compatible con los principios de consecutividad e identidad flexible**. Así, las discrepancias surgidas entre los textos que son aprobados en las plenarias de una y otra Cámara pueden ser conciliadas por las Comisiones accidentales de Medicación formalmente designadas, siempre que se hayan observado los*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-369 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

*principios de consecutividad e identidad. En el presente asunto, los límites no han sido transgredidos, en razón que el informe de conciliación decidió adoptar el texto aprobado por la plenaria del Senado que versa sobre materias que se mantuvieron presentes durante todo el trámite legislativo, además de expresar las razones que llevaron a adoptar esa decisión*⁶ (subrayado y negrillas por fuera del original).

Y con otras palabras,

*“[Que esta] Corporación ha reconocido que cuando una de las Cámaras inserta un artículo nuevo al proyecto dándole su aprobación, y el mismo es ignorado por completo por la otra Cámara, existe una discrepancia que puede ser conciliada por las comisiones accidentales de mediación. No obstante, de acuerdo con los criterios que han sido expuestos, es conveniente precisar que **esto solo es posible en los casos en que el tema objeto de la discrepancia ha sido considerado por las plenarios de las dos Corporaciones en cualquier sentido**”⁷ (subrayado y negrillas por fuera del original).*

A partir de todo lo anterior, esta Vista Fiscal infiere que el problema jurídico planteado en el asunto de la referencia debe a circunscribirse a 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.

Desde esta perspectiva, el Jefe del Ministerio Público considera que, en primer lugar, el tema tratado en el artículo demandado corresponde con *la obligación de poseer un capital mínimo para poder operar como factor*. Mientras que otros asuntos relacionados, como por ejemplo si la limitación se efectúa para todos los factores o para todos los contratos realizados efectivamente deben calificarse como asuntos conexos y por tanto, sin incidencia para la evaluación de los principios de identidad flexible o de consecutividad. Así, no se puede perder de vista tales principios no centran su vista en *los detalles aprobados en el debate*, que sí pueden ser objeto de modificaciones, sino en los tópicos sobre los que gira la discusión.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1147 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

En este sentido, esta Jefatura estima 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 pues, como se explicará a continuación, su existencia previa es meramente aparente, lo que significa que el mismo efectivamente sufre de un vicio de inconstitucionalidad.

3.2.1 De la inclusión del tema contenido en el artículo demandado

Visto el Proyecto de Ley que daría origen a la disposición demandada, presentado por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo⁸ puede constatar que éste *no contenía ningún artículo que se refiriera al factoring ni que regulara obligaciones de capital mínimo para los factores.*

Por el contrario, fueron, los Senadores Gabriel Zapata Correa y Germán Darío Hoyos Giraldo, ponentes designados para el primer debate en la Comisión Tercera del Senado de la República, quienes introdujeron un acápite que se refería a los mismos. Lo anterior, por cuanto consideraron que las facturas resultan ser un título valor, bien mueble y que sirven fungen como garantía para acceder al crédito, ya que, en palabras de los ponentes: *“las operaciones de factoring o descuento de cartera realizada por los Establecimientos de Créditos son operaciones activas de créditos, cuando en dichas operaciones se anticipe el valor de los títulos no vencidos. En consecuencia, estas operaciones deberán computar dentro del cupo individual de crédito de conformidad con los límites previstos en las normas vigentes”*⁹.

Así las cosas, en el acápite propuesto correspondiente al *“Título X SOBRE LA ACTIVIDAD DEL FACTORING”*, podían encontrarse dos temas

⁸ Proyecto de Ley publicado en la Gaceta del Congreso No. 69 de 2012.

⁹ Gaceta del Congreso de la República No. 288 de 2012.

propuestos. Por un lado, se determinaba cierta regulación particular sobre *el contrato de factoring* en sí mismo y, de otro, se incluía una una disposición que tenía por fin *obligar que los factores contaran con un capital mínimo propio*, asunto relacionado con la disposición demandada y que, como se advierte, no se refiere *al contrato de factoring en sí mismo*¹⁰.

En este sentido, en referido proyecto de artículo señalaba lo siguiente:

“Artículo 8º. [...]

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 2º 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.

Parágrafo 7º. El incumplimiento de las disposiciones contenidas en este artículo dará lugar a que el factor quede en causal de disolución.

Parágrafo 8º. Para el factoring, la compra y venta de cartera constituye la actividad productora de renta y, en consecuencia, los rendimientos financieros derivados de las operaciones de descuento, redescuento, o factoring, constituyen un ingreso gravable o gasto deducible y la cartera de dudoso o difícil recaudo es deducible de conformidad con las normas legales que le sean aplicables para tales efectos.

Artículo 89. Modifíquese el literal a) del artículo 8º de la Ley 9ª de 1991, el cual quedará así:

a) Que se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Valores o empresas de factoring que estén bajo la

¹⁰ Si bien es cierto el Ministerio Público estima que ambos son temas conexos, y por tanto podrían estar juntos en un mismo Proyecto de Ley sin que con esto se viole la *unidad de materia*, no se puede perder de vista que son suficientemente autónomos de cara a la *identidad flexible* referida al trámite.

*vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.*¹¹ (Subrayado por fuera del original)

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que en el debate parlamentario correspondiente al Primer debate en Senado de la República, recogido en el Acta No. 20 del 06 de Junio de la Comisión Tercera del Senado, publicada en la Gaceta del Congreso 538 de 2012, esa célula legislativa, después de debatir sobre *el capital mínimo para los factores*, determinó excluir el referido artículo de votación, tras el retiro que el ponente hiciera del mismo.

Como debate en torno a la disposición a esa propuesta puede leerse en la respectiva Acta lo siguiente:

“Honorable Senador Óscar Mauricio Lizcano Arango:

Solamente nos surgen dos dudas señor Presidente y compañeros. La primera es: Que a mí todavía no me queda muy claro y lo tengo que decir con toda honestidad, mi Senador Villegas, ¿por qué se trajo el tema de Factoring a este proyecto de ley? Yo siento que no hay unidad de materia, por lo menos, si legalmente se le puede buscar el esguince, diciendo que son garantías inmobiliarias, me parecería que el tema de Factoring debería de ir en otro proyecto de ley.

Además aun, por dos temas que sí me generan mucha y lo digo con toda sinceridad, mucha desconfianza y yo quisiera que el doctor Luis Guillermo lo aclarara, ya aclaro uno, que es lo que tiene que ver con el tema de los mínimos, pues que las empresas de Factoring deben tener, porque evidentemente este artículo sacaría del mercado una cantidad de empresas, y yo no sé cuál es el ánimo del Gobierno, gracias usted lo aclaró de descalificar un cantidad de Empresas de Factoring en el país, y que a través de una regulación se excluyan con un patrimonio mínimo, se excluyan una cantidad de Empresas de Factoring, me parece que no solamente es de mala presentación, sino que deja un manto de dudas sobre el proyecto que a bien usted ha aclarado y que yo creo que le da más transparencia.

[...]

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

Recopilemos entonces las inquietudes, el Senador Zapata tiene la palabra.

Honorable Senador Gabriel Zapata Correa [Senador Ponente]:

Presidente, yo diría que de una vez le hiciéramos tránsito de nuevo a leer de nuevo los proyectos, porque nos van a abrir la Sesión Plenaria del Congreso. Entonces simplemente lo siguiente:

¹¹ Gaceta del Congreso de la República No. 288 de 2012.

En el tema el proyecto como lo explicó muy bien el doctor Luis Guillermo, entonces vamos a abrir el debate, vamos a abrir el debate si es necesario, porque lo primero que se entiende, el Factoring como unas operaciones de mecanismos de recursos de capital y de crédito para la pequeñas y medianas empresas particularmente. Así la Ley 1231 que es de mi autoría, que es el que le da la vida al Factoring, encontramos una serie de dificultades, para poder ellos operar que la estamos incluyendo acá, en esto, porque es un mecanismo como lo establece el mismo objetivo del proyecto de ley, que está buscando es que haya acceso al crédito y a través de las Empresas de Factoring las micro, pequeñas y medianas empresas de este país pueden acceder a recursos de capital que es la venta de las facturas.

Con el tema de capital mínimo, eso nos surgió a nosotros la idea a raíz de lo que había ocurrido en los últimos, como lo expresaba el Superintendente, que conoce muy bien el caso de la última Compañía Factorrun y otra compañía Proyectar, donde Factorrun con 500 millones de capital, tiene que responder por 220.000 millones de pesos, es decir, la responsabilidad de nosotros como congresistas es en un momento dado, darle la garantía a aquellas personas que están depositándole la confianza en esas compañías como intermediarios de recursos de capital, o sea que lo que le queda a uno la inquietud es, hay no sé, una cantidad, no puedo precisar qué número, que en este momento colocaron sus recursos o los llevaron a estas compañías, y entonces están dos compañías en dificultades, Compañías de Factoring, y que a raíz de que nosotros investigamos qué capital tenían suscrito y pagado para responder por el acceso de lo que habían logrado allegar.

Esto, lo del Factoring no surge en el proyecto original, y con el Gobierno, con el doctor Luis Guillermo simplemente a él le comentamos que íbamos a introducir, primero unos artículos para darle operación segura al Factoring, y estamos de acuerdo, como lo han solicitado que excluyamos los artículos que están pidiendo los medios de capital, los excluimos, simplemente lo quiero dejar como debate a lo que siga hacia adelante y a la Plenaria del Senado, para poder que nosotros podamos entender, que era lo que se pretendía con lo del tema de capital mínimo”.

No obstante, surtido lo anterior, esta Jefatura destaca que en la misma Acta puede leerse lo siguiente:

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

Articulado. El señor ponente tiene la palabra, Senador Zapata.

Honorable Senador Gabriel Zapata Correa [Ponente del Proyecto]:

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 párrafo, 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 párrafos 2, 3 4, 5 y 6 del artículo 88, señor Presidente.

[...]

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

Entonces despejadas las dudas.

En consideración el bloque del articulado, excluyendo del artículo 88 en su párrafo. 2, 3, 4, 5 y 6.

Honorable Senador Germán Villegas Villegas:

El 89 sí lo vamos a votar.

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

Sí señor quedó despejada la duda con el señor Superintendente.

Entonces se someten a consideración, todo el bloque del articulado, excluyendo el artículo 88 con sus párrafo. 2, 3, 4, 5 y 6. Se abre la discusión, anuncio que va a cerrarse, queda cerrada, ¿la aprueba o no la aprueba la Comisión Tercera?

Doctor Rafael Oyola Ordosgoitia, Secretario Comisión Tercera del Senado:

Sí la aprueba señor Presidente, el articulado presentado con la exclusión de los del 88 y sus párrafos leídos¹².

Así las cosas, esta Vista Fiscal 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 considera que genera un interrogante sobre la existencia o inexistencia jurídica del *tema* de cara a los principios de consecutividad e identidad flexible al interior del primer debate legislativo.

Para resolver esta cuestión, conforme se ha dicho anteriormente, en atención al principio de consecutividad el Congreso posee la obligación de dar debate y de votar todos los temas y artículos que sean sometidos a su consideración y la omisión de tal deber implica una transgresión de un deber del Legislador con efectos en la *consecutividad* del Proyecto de Ley. Bajo esta perspectiva, se concluye que el artículo demandado posee un vicio de Constitucionalidad por la negación de la Comisión Tercera Constitucional del Senado a decidir sobre el mismo.

No obstante, el Jefe del Ministerio Público considera que, si bien el tema del artículo carece de consecutividad, también estima que en razón al artículo 111 de la Ley 5 de 1992 tal comportamiento no es ilegítimo en este caso, pues dicha norma prescribe que “[e]l autor de una moción o

¹² Acta No. 20 del 06 de Junio de la Comisión Tercera del Senado, publicada en la Gaceta del Congreso 538 de 2012.

propuesta podrá retirarla en cualquier momento, pero antes de ser sometida a votación o ser objeto de modificaciones". Aunque la jurisprudencia ha entendido que tal regla se aplica a las proposiciones y no a la ponencia del proyecto de Ley¹³, en el caso concreto se considera también aplicable análogamente, por cuanto el artículo en cuestión contenía una *adición* al Proyecto de Ley efectuada por el Ponente. Por lo anterior, aunque el retiro de la votación tiene sus efectos de cara al principio de consecutividad, al tratarse de un retiro efectuado por el autor de la iniciativa, en este caso el ponente, no se estima que la conducta hubiere sido indebida.

De otro lado, aunque la Corte Constitucional ha manifestado que el principio de consecutividad no tiene como requisito que un cierto tema *hubiere quedado contenido en un artículo concreto*¹⁴ para que se tenga como discutido al interior del trámite legislativo, el *retiro deliberado del tema* es un acto con consecuencias directas en torno a la consecutividad.

Así las cosas, la ausencia de un articulado concreto resulta ser un hecho jurídicamente diverso cuando se trata de la falta de concreción de un proposición a cuando existe el retiro de un tópico del debate. En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-754 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), citando la sentencias C-372 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) que a su vez cita Sentencia C-1056 de 2003 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), recordó que el análisis de consecutividad e identidad flexible debe hacerse *"con los textos discutidos y aprobados y no con textos que hayan sido retirados de la discusión"*¹⁵.

Por tal razón, esta Jefatura considera que el retiro de la proposición en comento tiene como consecuencia que la misma resulte inexistente y que, como la disposición retirada era la *única relativa al tema del capital mínimo obligatorio para los factores*, su exclusión de la votación implicó

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-754 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-754 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

también la *eliminación de dicho tema del primer debate legislativo*, lo que en último término significa que este asunto no existió en el resto del trámite legislativo.

De otra parte, se advierte que en el segundo debate, surtido en la Plenaria del Senado de la República, no existió debate alguno relativo al capital mínimo para los factores. Tal conducta, en concepto de esta Jefatura, es entendible al considerar que el tema fue eliminado del trámite en el Primer debate. En este sentido, una vez suprimido el concitado tópico la Plenaria del Senado discutió y votó las disposiciones relativas a la *regulación del contrato de factoring*. Así, en esa instancia el texto aprobado fue el siguiente:

“TÍTULO X SOBRE LA ACTIVIDAD DEL FACTORING

Artículo 86. *Modifíquese el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 1231 de 2008, el cual quedará así:*

La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.

Artículo 87. *Adiciónese el artículo 7° de la Ley 1231 de 2008, con los párrafos 1° y 2°, del siguiente tenor.*

Parágrafo 1°. *Toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia que será investigada y sancionada, de oficio o a solicitud de la parte afectada, por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.*

Parágrafo 2°. *Los administradores de las sociedades comerciales están obligados en la memoria de gestión anual, a dejar constancia de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores. El Revisor Fiscal en su dictamen anual deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de lo anterior, por parte de la administración.*

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

Artículo 8°. *Prevención de lavado de activos. Las empresas que presten servicios de compra de cartera al descuento deberán verificar la procedencia de los títulos que adquieran. En todo caso, el comprador o beneficiario del servicio queda exonerado de responsabilidad por la idoneidad de quienes actúen como factores.*

Quienes actúen como factores adoptarán medidas, metodologías y procedimientos orientados a evitar que las operaciones en que intervengan puedan ser utilizadas, directa o indirectamente, como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación; o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas; o para el lavado de activos y/o la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas; o para buscar el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades.

Deberá informarse a las autoridades competentes sobre cualquier operación sospechosa de lavado de activos o actividad delictiva. En todo caso, las empresas de factoring, deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

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.

Parágrafo 1°. *Para todos los efectos legales, se denomina factor a la persona jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre preposición, contenidas en el presente código.*

Parágrafo 2°. *El incumplimiento de las disposiciones contenidas en este artículo dará lugar a que el factor quede en causal de disolución.*

Parágrafo 3°. *Para el factoring, la compra y venta de cartera constituye la actividad productora de renta y, en consecuencia, los rendimientos financieros derivados de las operaciones de descuento, redescuento, o factoring, constituyen un ingreso gravable o gasto deducible y la cartera de dudoso o difícil recaudo es deducible de conformidad con las normas legales que le sean aplicables para tales efectos.*

Artículo 89. *Modifíquese el literal a) del artículo 8° de la Ley 9ª de 1991, el cual quedará así:*

a) Que se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Valores o empresas de factoring que estén bajo la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades”¹⁶.

Una vez pasado el asunto a la Cámara de Representantes, la Comisión Tercera Constitucional incluyó en la Ponencia una disposición que tenía por fin *exigir un capital mínimo a las personas que operaran como factores*. Así, como puede verificarse en la Gaceta 872 de 2012, los Ponentes¹⁷ añadieron el siguiente texto (que resultó aprobado¹⁸ en tal célula legislativa):

¹⁶ Texto aprobado en segundo debate por la Plenaria del Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso No 360 de 2013.

¹⁷ los ponentes de la iniciativa para primer tercer debate ante la Comisión Tercera Constitucional de la Cámara de Representantes correspondieron a los Honorables Representantes Alejandro Carlos Chacón Camargo, Simón Gaviria Muñoz, Jair Arango Torres, Hernando José Paduaí Álvarez, Eduardo Enrique Pérez Santos.

¹⁸ Texto aprobado publicado en la Gaceta del Congreso No. 918 de 2012.

“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”¹⁹

En la misma, que contiene la Ponencia para dar primer debate en la Cámara de Representantes se evidencian que los motivos por los cuales se añadió el referido artículo, fueron los siguientes:

“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 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 1°, 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”.

Por último, continuando con el trámite constitucional en la Plenaria de la Cámara el referido artículo sufrió modificaciones, hasta ser aprobado en los siguientes términos:

¹⁹ Gaceta del Congreso No. 872 de 2012.

“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”²⁰.

Por lo tanto, esta Jefatura destaca que, en razón a que las cámaras legislativas aprobaron Proyectos de Ley distintos, esto es, uno que imponía un capital mínimo a los factores y otro que no, ambas Corporaciones resolvieron someter a conciliación dichas diferencias, trámite en el cual resultó aprobado²¹ el texto propuesto por la Cámara de Representantes, es decir, *el que contenía el tema de la necesidad de un capital mínimo para algunas personas que operaban como factores.*

Sin perjuicio de esto último, en concepto de esta Vista Fiscal, dado que el *tema* correspondiente el 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.

En conclusión, haciendo uso de los términos utilizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la situación descrita implica que hubo una *“usurpación de una competencia que es exclusiva de las comisiones constitucionales permanentes y de las cámaras en pleno”*, lo cual desemboca en que su adopción efectivamente implica una violación a los principios de *consecutividad y de identidad flexible*, lo que debe llevar a que se declare

²⁰ Gaceta del Congreso No. 301 de 2013.

²¹ La aprobación de los informes de conciliación se encuentran en las Gacetas 684 de 2013, que contiene el Acta de Plenaria No. 211, del 11 de junio de 2013 de la Plenaria de la Cámara de Representantes; y en la Gaceta 600 de 2013, donde se encuentra publicada el Acta 65 de Plenaria del 11 de Junio de 2013 del Senado de la República.

inexequible la norma demandada por vicios de trámite. Y, en razón de esto último, el Jefe del Ministerio Público se abstendrá de efectuar el análisis correspondiente a los cargos de inconstitucionalidad por motivos de fondo.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, el Jefe del Ministerio Pública solicita a la Corte Constitucional que declare la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 porque su aprobación transgredió los principios de consecutividad e identidad flexible.

De los Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/DFFM