Protegido por Habeas Data

Llevo 10:40 a.m.

Bogotá D.C., 4 de Diciembre de 2013

0 4 DIC 2013

D-10049
ok

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Reparto

Ref. Acción de inconstitucionalidad Art. 89 de la Ley 1676 de 2013

El suscrito, Protegido por Habeas Data, ciudadano colombiano, mayor de edad y con domicilio en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. Protegido por Habeas Data de Bogotá, acudo respetuosamente ante su Despacho para interponer **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra del Artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, en los términos que siguen a continuación.

I. NORMA DEMANDADA

La presente acción se interpone en contra del Artículo 89 de la Ley 1676 de 2013, cuyo texto, según fue publicado en el Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013, transcribo a continuación:

> *"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."*

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

Artículos 26, 58, 333 y 334 de la Constitución Política por el establecimiento de una restricción manifiestamente irrazonablea la actividad económica, conforme demostraré adelante en esta demanda.

III. TRAMITE DE LEY APLICABLE

Aun cuando la presente demanda se impetra por vicios sustanciales de la norma demandada, me permito indicar en todo caso que el trámite de ley aplicable a la norma era el de una ley ordinaria.

Protegido por Habeas Data

IV. MOTIVOS DE LA VIOLACION

En este aparte se demostrará que el Legislador impuso una restricción excesiva y manifiestamente irrazonable a la actividad de factoring realizada con mandatos específicos de inversión, que limita desproporcionada e ilegítimamente la libertad económica, por todo lo cual es inconstitucional.

4.1. Antecedentes de la regulación

Para discernir los excesos inconstitucionales de la regulación contenida en la norma demandada, es preciso ilustrar el contexto de la reglamentación vigente entre nosotros respecto al servicio de financiamiento denominado factoring, el cual permite apreciar que la norma demandada es contraria al consenso técnico existente universalmente en la actualidad respecto a la exigencia de márgenes de solvencia a entidades que prestan servicios de financiamiento con recursos de terceros.

Después de un arduo trabajo técnico y de concertación con todos los actores de la industria de factoring, liderado ponderada y sensatamente por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y la Superintendencia de Sociedades, se expidió el Decreto 2669 de 21 de diciembre de 2012, "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 5° del Decreto 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones", norma que constituye un hito en el desarrollo normativo del tema en Colombia y que resolvió con tino diversos problemas que vacíos regulatorios previos habían generado.

En estricto acuerdo con los desarrollos doctrinarios previos, el Decreto 2669 de 2012, define la actividad de factoring en los siguientes términos:

> *"**Artículo 2°. 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.*
>
> *(...)*
>
> 4. *Contrato de factoring: Es el acuerdo de voluntades mediante el cual se instrumentan las operaciones de factoring definidas en este decreto."*

Protegido por Habeas Data

La actividad de factoring constituye un servicio de financiamiento, como se advierte por el connotado doctrinante Sergio Rodríguez Azuero:

> *Por lo demás, es indiscutible que, desde el punto de vista de la técnica financiera, el factoring introduce un elemento novedoso y fundamental en la medida en que el crédito no se otorga en función de la capacidad de pago del cliente del banco sino de la calidad y capacidad de pago de los deudores-finales de este último, lo que lleva a otorgarlo sin consideración alguna a la primera circunstancia. Y por esto resulta por muchos aspectos revolucionario porque un pequeño producto, que de suyo, no tendría una gran capacidad de pago ni, por ende, de endeudamiento, pero que se dedica a fabricar un excelente producto y encuentra amplios mercados de compradores, va a obtener automáticamente y por esa vía, una real expansión en su capacidad de acceso a recursos del sistema financiero, sin que, de suyo, haya fortalecido todavía su propio patrimonio ni su capacidad de individual de endeudamiento.*
>
> *Por lo expuesto hemos sostenido que la aparición del factoring constituye un segundo nivel de servicio de crédito, luego del descuento, para facilitar a los clientes la movilización de activos financieros y, en particular, de su cartera....*[1]

Al ser un servicio de financiamiento, por lo regular se le cataloga como un contrato bancario antecedente a una operación activa de crédito. Empero, su prestación no está limitada a las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, sino que nuestra legislación autoriza su realización a otras sociedades, hoy con vocación de vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades conforme resulta de los arts. 11 de la Ley 35 y 8ª de la Ley 1231.

Ahora bien, a las sociedades que prestan el servicio de factoring que no tienen la condición de establecimientos bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, les está vedada la captación masiva y habitual de recursos del público, por expresa disposición del num. 2º del art. 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993 y sus reformas, en lo sucesivo EOSF): *"2. Operaciones prohibidas. Las compañías de compra de cartera (factoring) no podrán realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público."*

De manera que la actividad de factoring es unservicio de financiamiento que prestan establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera (quienes lo hacen legítimamente con recursos captados del público) y sociedades comerciales con vocación de ser vigiladas por la Superintendencia de Sociedades (con otros recursos que no provienen de la captación masiva de ahorro).

En ese orden de ideas, cabe anotar que el art. 12 del Decreto 2669 de 2012, respetando la doctrina desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia y en concordancia con el Decreto 1981 de 1981, reglamentario del tipo penal contenido en el art. 316 del Código Penal modificado por el art. 1º de la Ley 1357, reglamentó los recursos con los cuales un factor puede realizar la actividad de factoring en los siguientes términos:

[1] Rodríguez Azuero, Sergio (2002), Contratos bancarios y su significación en América Latina, Bogotá: Legis, p. 660-661.

Protegido por Habeas Data

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. 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.

A su turno, el art. 13 num. 3º ídem expresamente reitera que la actividad no puede realizarse con base en captación masiva y habitual, como ya lo preveía el num. 2º del art. 108 del EOSF.

De esta manera, la actividad empresarial de factoring constituye una forma de financiamiento, sobre todo de los pequeños y medianos empresarios, cuya prestación no es exclusiva prerrogativa de los establecimientos bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera. Estos últimos la realizan con recursos captados del público, mientras que las sociedades prestadoras de servicios de factoring que no tienen la condición de entidades financieras realizan el negocio ora con sus propios recursos, ora con crédito bancario, ora con recursos provenientes de mandatos específicos de inversión o de ventas de cartera a fondeadores autorizados del mercado de capitales.

En el orden de ideas expuesto, es inequívoco en la normatividad vigente que la realización de actividades de factoring con recursos de terceros provenientes de mandatos específicos de inversión no comporta una captación masiva y habitual de recursos del público, aunque evidentemente se trata de una operación de financiamiento empresarial realizada con recursos de terceros.

4.2. La grosera irrazonabilidad técnica de la norma demandada

A efectos de establecer la irrazonabilidad manifiesta de la restricción a la libertad económica contenida en la norma demandada, importa insistir en la condición de actividad de financiamiento que se predica del factoring, puesto que las exigencias de solvencia a los empresarios que prestan servicios de financiamiento con recursos de terceros se distinguen por unas peculiaridades técnicas, respecto a las cuales existe hoy consenso en el mundo, las cuales fueron ignoradas por el Legislador Colombiano. Y es justamente esa grave ignorancia del consenso técnico universal hoy existente en la materia, lo que determina la irrazonabilidad manifiesta y consecuente inconstitucionalidad de la norma demandada.

Para evidenciar la grosera irrazonabilidad técnica que vengo de pregonar, cabe destacar que la norma demandada exigió que todas las entidades y comerciantes que desarrollen la actividad de factoring por cuenta de terceros, esto es los factores que se financian con *"recursos provenientes de terceros con ocasión de mandatos específicos de inversión"*, recibiendo órdenes de compra (mandatos) mediante los cuales los propietarios de recursos identifican en forma clara, precisa e inequívoca la factura o título que han de adquirirse con los recursos que entregan al factor, cumplan con una relación de solvencia consistente en

mantener un patrimonio equivalente a 10 veces el monto de las operaciones de mandato que pretende desarrollar. Esto significa que para realizar operaciones de factoring que asciendan a un monto de $10 es forzoso mantener un patrimonio de $100.

Resulta que en todo el mundo en la actualidad la regulación de la solvencia de los empresarios que realizan actividades de financiamiento con recursos de terceros es exactamente al contrario, esto es que se exija que el patrimonio sea un porcentaje de las operaciones realizadas, ponderadas técnicamente para establecer el nivel de riesgo. Para utilizar la misma relación del Legislador Colombiano, pero técnicamente, éste habría debido exigir que para realizar operaciones de factoring cuyo valor ponderado de riesgo fuera de $100 se acreditara un patrimonio de $10. **Es decir que el Legislador Colombiano innovó en el derecho comparado, para hacer exactamente lo contrario de lo que recomienda unánimemente el estado de la disciplina de la regulación financiera hoy en el mundo.**

Es que la relación de solvencia cuando se trata de entidades que prestan servicios de financiamiento con recursos que provienen de terceros, consiste en la regulación prudencial que exige un coeficiente de fondos propios del propietario de la empresa, disponibles para absorber las pérdidas que aquella genere de manera tal que el riesgo de que los terceros que han confiado sus recursos al empresario los pierdan se reduzca al mínimo; para estimar los fondos propios requeridos por el coeficiente, se estima el valor de los activos u operaciones en riesgo, de tal manera que los fondos propios deben ser iguales o superiores a un porcentaje determinado de aquellos activos u operaciones en riesgo.[2]

A este respecto existe en la actualidad un consenso técnico entre los académicos, expertos y reguladores del mundo entero, del cual se sustrajo sin razón alguna el Legislador Colombiano al expedir la norma aquí demandada.

Sobre el particular resulta asaz ilustrativa la exposición que uno de los más distinguidos tratadistas de derecho bancario en Colombia, Néstor Humberto Martínez Neira, realiza en su libro "Cátedra de Derecho Bancario Colombiano" sobre el concepto de margen de solvencia. Las palabras deMartínez, pese a emitirse con referencia a las entidades bancarias, resultan predicables *mutatis mutandis* del factoring financiado con mandatos específicos de inversión, en la medida en que éste constituye una operación activa de crédito en la cual los recursos los proporciona un tercero distinto al empresario factor.

Dice así el Prof. Martínez:

> *"2) Capital adecuado*
>
> *"Las reglas de solvencia enseñan que durante el funcionamiento de los bancos, debe existir igualmente una relación mínima entre el patrimonio de los accionistas y las operaciones que adelantan las respectivas instituciones. Así concebidas, se trata de reglas de capital dinámicas, yoda*

[2] El Diccionario Financiero QFINANCE lo define como *"a business's liquid assets that exceed the amount required to meet its liabilities"* (Los activos líquidos de un negocio que exceden la cantidad requerida para honrar sus obligaciones – traducción del suscrito). Ver:http://www.qfinance.com/dictionary/solvency-margin. recuperado el 3 de noviembre de 2012 a las 8:00 a.m.

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data

vez que en la medida en que crecen las entidades, sus accionistas deben ofrecer a terceros una mayor garantía patrimonial.

"En la literatura financiera se conocen fundamentalmente tres clases de reglas sobre capital adecuado. Unas en función de los pasivos, otras que consideran el monto del activo sin consideración a su riesgo implícito y, finalmente, aquellas que siguen las recomendaciones del acuerdo de Basilea.[3]

El autor, enseguida repasa las dos primeras tipologías de reglas, dejando en claro que están hoy desuetas y expone el modelo de relación de solvencia universalmente adoptado hoy para las empresas que prestan servicios de financiamiento apalancadas en recursos de terceros, en estos términos:

"Activos de riesgo/capital: Podría decirse que hoy en día existe un consenso entre los reguladores bancarias acerca de la metodología para definir el capital adecuado, en función de los activos de riesgo de cada institución financiera. Se dice que la razón esencial y primaria del patrimonio, es la de absorber los efectos provocados en la estructura financiera de las empresas por las pérdidas que puedan sobrevenir ante un deterioro en la calidad de sus activos. Por manera que cuanto mayor sea el grado de exposición de los activos, mayor debe ser el nivel de protección patrimonial que debe ofrecer un establecimiento de crédito. No se estima el patrimonio como fuente de pago de los pasivos del público; aquel se encuentra afecto, en consecuencia, a la absorción de los riesgos propios del negocio, para que los mismos no sean trasladados al público en general, a manera de pérdida de sus ahorros.

"Bajo este entendido, la confianza del público en el sistema financiero podrá ser mayor, en la medida en que se comprenda que una apropia relación entre el patrimonio y los activos, conlleva una mayor seguridad de los depósitos y demás pasivos, precisamente porque la suficiencia de activos sanos hará que éstos representen una fuente suficiente de recursos para atender las obligaciones contraídas por la entidad bancaria.

"Esta modalidad de regulación tiene origen en las normas de capital adecuado acordadas por el Comité de Basilea, integrado por los supervisores bancarios del Grupo de los Diez, en julio de 1998, cuyo mandato ha sido de recibo mundial. *De acuerdo con dicha recomendación, desde principios de 1993 la relación entre los activos ponderados por riesgo y el capital bancario debe ser cuando menos del 8%."*[4](Negrilla y subrayas no son del original).

La afirmación sobre la universalidad de dicho enfoque no constituye un exceso retórico del autor mencionado. Para no fatigar a la Corte con una lista inacabable de referencias, voy a citar una fuente ampliamente reconocida en el ámbito técnico, a saber la Oficina Nacional de Investigaciones Económicas de los Estados Unidos, la cual en la introducción al Reporte de la Conferencia de 2006, manifiesta:

"El dramático progreso en la tecnología de ingeniería financiera ha implicado la creciente inefectividad de la regulación que de modo simplista

[3] Martínez Neira, Néstor Humberto (2000). "Cátedra de Derecho Bancario Colombiano", Bogotá: Legis, p. 406.
[4] Ibídem, p. 408-409.

define el capital requerido en función de posiciones específicas de riesgo. Como se examina en el marco del documento de Alter y Gale, es muy probable que dicha regulación conduzca a mayor en vez de menor riesgo sistémico. Igualmente, pone a los reguladores constantemente a recuperar el rezago sobre el mercado. Como resultado, la regulación ha evolucionado de manera que los requerimientos de capital dependen de la estimación del riesgo globalmente tomado por la institución con preferencia sobre el riesgo de las posiciones tomadas por ésta...."[5](Subrayado es mío).

De manera que, se reitera, el contexto técnico universal de la regulación prudencial contemporánea de los servicios financieros, consiste en exigir que el patrimonio del empresario sea una fracción decimal, expresada porcentualmente, del valor en riesgo del conjunto de operaciones de financiamiento que la empresa realice.

Nótese, por cierto, que el conjunto de las exigencias de solvencia hoy vigentes en la regulación Colombiana para empresarios que prestan servicios de financiamiento teniendo como fuente recursos de propiedad de terceros distintos a la empresa que presta el servicio, son concordantes con el enfoque que se viene de exponer. Así lo demuestran los arts. 2.1.1.1.1., 2.1.1.1.2., 2.5.3.1.1. y siguientes, 2.6.1.1.1. y 2.9.1.1.1. del Decreto Reglamentario 2555 de 2010, en los cuales se consagran las exigencias de solvencia para, en su orden, los establecimientos de crédito, las sociedades fiduciarias que administran patrimonios autónomos a cargo de la administración de reservas y garantía de obligaciones del Sistema de Seguridad Social, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía y los comisionistas de bolsa.

Como puede constatarse con la simple lectura de las normas mencionadas, en todos los casos se exige que el patrimonio técnico sea un porcentaje del valor en riesgo ponderado de las operaciones del respectivo empresario, que en la actualidad es del 9%.

La exposición precedente no pretende el despropósito de constreñir la libertad de configuración legislativa subordinándola a un decreto reglamentario que, además, es inaplicable a los factores que realizan operaciones de factoring por cuenta de terceros recibiendo mandatos específicos de inversión. Se trata de resaltar cómo en la norma demandada, en forma groseramente irrazonable, el Legislador Colombiano reguló el margen de solvencia de los factores que realizan factoring a partir de mandatos específicos de inversión, apartándose del contexto técnico universal.

De modo que, valga la comparación, mutatis mutandis, el Legislador Colombiano ha venido en inaplicar la ley de la gravedad. De ese tamaño es el exabrupto técnico en el que incurre la norma demandada, la cual deviene en inconstitucional porque no puede limitarse en forma arbitrariamente caprichosa la libertad económica sin vulnerar la Constitución, cuyo telos se radica

[5] Grey, Mark y Stulz, Rene – ed. (2006). The Risk of Financial Institutions. NCER Report 2006". Chicago y Londres: Chicago University Press, p. 19. La traducción es mía, sobre el siguiente texto original: *"The dramatic progress in financial engineering technology has made regulation that simplistically specifies required capital for specific positions increasingly ineffective. As discuss in the context of the Alter and Gale paper, it may well that such regulation leads to more rather than to less systemic risk. It also faces the regulators to constantly play catch up. As a result, regulation has evolved so that capital requirements depend on measures of the overall risk taken by an institution rather than on positions taken by an institution...."*

Protegido por Habeas Data

precisamente en la protección y realización de los derechos, lo que constriñe la libertad de configuración del Legislador impidiéndole la derogatoria de la ley de la gravedad, o para nuestro caso, apartarse del contexto técnico universal sobre la regulación prudencial de la solvencia de las empresas que prestan servicios de financiamiento de factoring con recursos de terceros que les han impartido mandatos específicos de inversión.

Para verlo más claro: De acuerdo con el estándar hoy adoptado por la regulación prudencial financiera Colombiana alineada con el estado del arte técnico mundial, a los empresarios que prestan servicios de financiamiento en la economía con recursos que provienen de terceros, se les exige en general fondos propios o patrimonio que sea del orden del 9% del valor de las operaciones ponderadas por su riesgo de pérdida, es decir que se requieren $9 de capital para realizar operaciones cuyo valor ponderado de riesgo sea de $100. Pero a los factores se les exigen $100 de capital para realizar operaciones totales de factoring por $10. ¡Monumental e inconstitucional desatino!

Y no se trata en esta demanda de plegarse a la moda de la admiración infundada por lo foráneo, como que resulta igualmente peligroso el orgullo vernáculo por la originalidad carente de fundamento científico. Es que, como arriba se expone con referencias a literatura especializada, la racionalidad del margen de solvencia para los servicios de financiamiento con recursos de terceros es simple y poderosa: se trata de estimar un valor en riesgo de pérdida bajo condiciones de estrés, para exigir al empresario que sitúe patrimonio de sus propios recursos por un monto equivalente a dicho valor en riesgo de pérdida; de esta manera, si la pérdida llegare a concretarse viene a ser absorbida por los fondos propios del empresario, preservando los recursos que ha recibido de terceros para el desarrollo de su actividad empresarial.

Por otra parte, dado que las sociedades de factoring son de objeto exclusivo según la regulación vigente (art. 1º Decreto 2669 de 2012), la irrazonabilidad de la prohibición comporta la imposibilidad material de desarrollar la empresa y, por lo tanto, la desaparición en Colombia de la actividad económica de factoring financiado con mandatos específicos de inversión, porque si de cada $100 de patrimonio el factor sólo va a poder emplear $10 en su objeto social, no habrá empresario que mantenga esta actividad económica, puesto que la norma demandada condena a la ociosidad -- y por ende a la destrucción de valor - $90 de cada $100 pesos de patrimonio.

De manera que, la restricción a la libertad de empresa así anotada, resulta inconstitucional, en la medida en que resulta desproporcionada e irrazonable para el tipo de actividad que se incluyó.

4.3. De cómo la grosera irrazonabilidad técnica comporta la inconstitucionalidad de la norma demandada

a) De la posibilidad de limitación de la actividad económica: criterios aplicables según la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido decantando los lineamientos que debe tener una restricción a la libertad de empresa para ser admisible bajo la Constitución colombiana.

Protegido por Habeas Data

La línea jurisprudencial de la Corte ha sido pacífica en reconocer que la libertad de empresa puede ser sujeta a restricciones por mandato mismo de la Constitución, como quiera que el Estado tiene el deber de intervenir en la actividad económica, no sólo con el objeto de restringir esa actividad a efectos de tutelar otros intereses constitucionales superiores, sino igualmente para estimular la actividad económica en sectores que se requieren proteger o incentivar para el desarrollo económico:

> *"Según la Constitución Política la empresa - base del desarrollo -, tiene una función social que implica obligaciones. Pero, asimismo, corresponde al Estado, estimular el desarrollo empresarial e impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica. De la ley surgen, en consecuencia, tanto restricciones como estímulos a la libertad de empresa. Siempre que se respete el núcleo esencial de la libertad de empresa, debe reconocerse un amplio poder configurativo de esta libertad atribuido a la ley.*
>
> *"Concretamente la función social, asociada a la empresa, es fuente de un sinnúmero de intervenciones legítimas del Estado que se instrumentalizan a través de la ley. Entre otros criterios relevantes que en este sentido pueden tomarse en cuenta, se mencionan los siguientes: la actividad de la empresa; su estructura organizativa; el mercado en el que se inserta; el tipo de financiamiento al cual apela; el producto o servicio que presta; la importancia de su resultado económico etc. Los anteriores factores pueden determinar variadas formas de inspección, control, regulación y existencia de estímulos e incentivos.*
>
> *"Sobre este último punto es importante advertir que el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas - créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc. -, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica. Cabe concluir que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con vistas a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general".*[6](Subrayado mío)

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha decantado el principio según el cual ese tipo de restricciones no pueden ser ilimitadas, sino que como manifestación de la protección –igualmente- de intereses superiores, debe respetar unos criterios básicos para que las mismas se ajusten a la Constitución:

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 1996.

> *"Si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares. Es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental."*[7](Subrayado mío)

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha mencionado 5 estándares básicos a los que las normas que limitan la libertad económica deben sujetarse:

> *"(...) si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía;iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad."*[8](Subrayado mío)

Para efectos de esta demanda, vale la pena volver sobre la exigencia de no limitación del núcleo esencial de la libertad de empresa, y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Cuando se habla de la no vulneración del núcleo esencial de la libertad de empresa, se entiende que las restricciones a dicha libertad no deben conllevar la imposibilidad del desarrollo de la empresa.

Esa misma limitación, hace que las medidas de restricción deban ser razonables, esto es, que se justifique la inclusión de una restricción como expresión de la tutela de intereses constitucionales superiores, de manera que no se traduzca en arbitrariedad

En palabras de la Corte Constitucional, dichos principios han sido estudiado de la siguiente manera:

> *"[L]as limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa - en el lenguaje de la CP "la actividad económica y la iniciativa privada" - y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333).*

[7] Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1997.
[8] Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2002

> *La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que "las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica" (CP art. 150-21).*[9] (Subrayado mío)

Por otra parte, la restricción debe ser proporcional. Esto es, que al ponderar los intereses superiores que se pretenden proteger, en un plano de igualdad de quienes desarrollan la actividad económica, la restricción no resulte excesiva frente al beneficio obtenido por la misma. Sobre el particular ha manifestado esa Corte:

> *"No obstante, el artículo acusado, en los apartes concretamente demandados, no supera un examen de proporcionalidad de la medida adoptada. La proporcionalidad o ponderación de una norma que introduce límites a derechos constitucionales consiste en que el sacrificio que produce en los mencionados derechos, en aras de la obtención de un fin legítimo, no sea superior al beneficio conseguido. Este paso del escrutinio que debe adelantar el juez constitucional se orienta entonces a "evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional."* (Subrayado mío)

b) De la inconstitucionalidad de la restricción a la libre empresa en la norma demandada

i. La medida no resulta razonable

Como se mencionó anteriormente, todas las medidas regulatorias adoptadas hasta antes de la expedición de la norma demandada, pretendieron regular la actividad de factoring desde la órbita de la prevención de las actividades de captación masiva y habitual de los dineros del público.

Teniendo como referencia ese marco normativo e intereses que se pretendían proteger, la norma demandada yerra al pretender introducir restricciones a las actividades de factoring, que no tienen la virtualidad de proteger el interés buscado.

En efecto, el art. 89 del articulado aprobado por el Congreso, establece la relación de solvencia única y exclusivamente respecto de los factores que se financian con *"recursos provenientes de terceros con ocasión de mandatos específicos de inversión"*, esto es recibiendo órdenes de compra (mandatos) mediante los cuales los propietarios de recursos identifican en forma clara, precisa e inequívoca la factura o título que han de adquirirse con los recursos que entregan al factor.

Nótese que en esta situación, quien define el título o activo en el cual se invierte es el mandante y no el factor, lo que por sí mismo escapa ya a los eventos en

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-352 de 2009

virtud de los cuales puede predicarse exista captación habitual y masiva de dineros del público de acuerdo con el Artículo 1 numeral 2° del Decreto 1981 de 1988, que enseña que se configura el mencionado tipo penal cuando quiera que una persona "(...)*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***(...)". (Destacado mío)

En efecto, téngase en cuenta que el factor, por expresa disposición del art. 12 num. 3° ya citado, debe adquirir la factura o activo por cuenta del inversionista, como quiera que le está vedado hacerlo por cuenta propia. Esto explica porqué es un imposible jurídico en esta situación la configuración de la captación masiva y habitual, como acertadamente lo reconoció el Gobierno Nacional al expedir el decreto que nos ocupa.

Nótese que la norma terminó entonces creando una restricción a una actividad perfectamente legal, la cual sólo podía restringirse válidamente para proteger los dineros del público evitando su captación masiva y habitual, pero sin reparar en el hecho de que por definición, como se demostró, esa actividad no podría constituir una captación masiva y habitual dada la misma definicion de lo que implica ese tipo penal.

Así las cosas, la restricción de lo que no debía restringirse resulta absurda.

Peoraún, como quiera que el objetivo de la ley era facilitar los medios para el acceso al crédito y a la financiación de las actividades económicas, la restricción resulta en un contrasentido al espíritu de la ley.

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[10].

Ahora bien, la relación de solvencia así requerida por la norma demandada, lo que hace es impedir que distintos actores económicos (distintos a las instituciones financieras, a las que resulta privilegiando inexplicablemente) puedan participar en la actividad de factoring, ya que no tienen la capacidad económica para cubrir dicha relación de solvencia, por demás innecesaria como quiera que no existe riesgo de captación de dineros, ni riesgo de pérdida de recursos del mandante, en la medida que no se depositan nunca en manos del mandatario como una operación pasiva de crédito, sino que se entregan para un fin exclusivo siendo siempre de propiedad del mandante.

Así las cosas, la norma termina limitando al mercado al acceso a un instrumento de financiación, en clara contradicción del objetivo de la ley misma, y borrando los avances normativos de la Ley 1231 de 2008 que juiciosamente había incentivado la actividad.

ii. La medida resulta desproporcionada

[10]A propósito puede consultarse la versión digital de la revista "Semana Económica" de la Asobancaria No. 664 de 2012, en donde se reconocen las bondades del factoring como mecanismo para desarrollo empresarial. http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/752056.PDF

Protegido por Habeas Data

Sentado lo anterior, importa resaltar que la relación de solvencia exigida es absolutamente antitécnica y conduce derechamente al cierre de los factores que obran al amparo del num. 3º del art. 12 del Decreto 2669 de 2012.

Siguiendo los desarrollos conceptuales del Comité de Basilea, incluyendo las recomendaciones conocidas como "Basilea III", la regulación contemporánea exige que el propietario del negocio aporte, a través de un conjunto de cuentas que en conjunto conforman el llamado "patrimonio adecuado", que no pueden exceder de un cierto porcentaje de los activos ponderados por nivel de riesgo (para los establecimientos de crédito); o del valor en riesgo de pérdida determinado por metodologías de reconocido valor técnico (en Colombia el caso de las sociedades fiduciarias que administran recursos pensionales y, en general, de la seguridad social y las comisionistas de bolsa).

En ese marco conceptual, a mayor riesgo de pérdida, mayores recursos debe aportar el dueño de la empresa para un mismo volumen de recursos administrados. De manera que la racionalidad del margen de solvencia es simple y poderosa: se trata de estimar un valor en riesgo de pérdida bajo condiciones de estrés, para exigir al empresario que sitúe patrimonio de sus propios recursos por un monto equivalente a dicho valor en riesgo de pérdida.

Así, salta a la vista que es un imposible conceptual que el patrimonio o capital exigido sea superior a los recursos administrados. En otras palabras, es un imposible fáctico que un factor que administre recursos totales por $10 mediante mandatos específicos de inversión tenga un riesgo de pérdida que pueda alcanzar $100. Sin embargo, eso es lo que hace la norma demandada: Exige que se coloquen fondos propios del empresario por $100, para poder realizar mandatos específicos de inversión hasta por $10.

De manera que la norma es patentemente absurda al no consultar las condiciones propias del negocio de factoring y mucho menos para el evento que de manera incorrecta pretende regular, lo que no la hace inocua sino en cambio muy dañina.

En efecto, dados los costos financieros asociados a la ociosidad del capital, es irracional para un empresario que legalmente está constreñido por un objeto único (art. 1º del Decreto 2669 de 2013), mantener el 90% de su capital inactivo, al no poder emplearlo en su negocio. Este costo de concretarse mediante la expedición de la ley, obligaría a los factores que obtienen recursos por la vía de mandatos específicos de inversión a cerrar sus empresas, o en el mejor de los casos a dedicarlas a otra actividad, sacrificando una fuente de financiación barata, competitiva y ágil para los pequeños y medianos empresarios, que son las virtudes más relevantes del negocio de factoring que consideró el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 2669 de 2012 y que era el real objeto pretendido por el Proyecto de Ley 200 de 2012 Senado que se desfiguró en la norma demandada.

La Corte Constitucional ha analizado eventos en los que las restricciones incluidas a la libertad económica resultan desproporcionadas, teniendo como fundamento el hecho que la restricción no consulta la realidad de la empresa que se pretende limitar, genera más perjuicios que los beneficios que puede crear; no contempla un plano de igualdad en la imposición de la restricción, o priva a los empresarios de participar en una actividad económica lícita en beneficio de un restringido grupo de personas cuyo beneficio no está justificado.

Protegido por Habeas Data

Sobre el particular manifestó esa Corporación:

> *"Por su parte, el medio previsto en la norma demandada establece una obligación en cabeza de todas las empresas pertenecientes al sector industrial sin ninguna consideración respecto a las características específicas del tipo de industria al que pertenece (manufacturero, textil, metalúrgica, minerales no metálicos como el cemento, química y derivados del petróleo, etc.), el tamaño (grandes, medianas, pequeñas y microempresas), el capital, la localización, el grado de afectación del medio ambiente, la situación económica que enfrente un determinado sector o el compromiso previo con la protección del bien que se busca proteger plasmado en acciones concretas y efectivas.*
>
> *"Desde esta perspectiva, las implicaciones y efectos de la obligación contenidos en la norma demandada variarán significativamente entre las empresas catalogadas como grandes, medianas o microempresas. Por ejemplo, mientras la creación de tal departamento en una gran empresa, en principio, se podría adelantar rápida y apropiadamente porque los recursos físicos, económicos y humanos que se requieren se pueden solventar con cierta facilidad; en una microempresa, con una capacidad adquisitiva restringida, el cumplimiento de tal obligación puede generar su quiebra.*
>
> *"Resulta evidente que el artículo 8 demandado no considera las diferencias entre empresas, por ejemplo, no distingue entre las que cuentan con sistemas de administración y operación avanzados y pueden obtener líneas de crédito y préstamos por sumas importantes a través de instituciones financieras nacionales o internacionales con relativa facilidad, y aquellas en las que los asuntos relacionados con la administración, producción y ventas son elementales y reducidos, y tienen un acceso limitado al sector financiero; así como tampoco lo hace respecto de las que poseen áreas o departamentos convenientemente estructurados con funciones, sistemas y procedimientos estandarizados que efectivamente protegen el medio ambiente, y las que cuentan con sistemas de fabricación prácticamente artesanales.*
>
> *"Se tiene en consecuencia una disposición en la que tanto el medio elegido por el legislador como el fin que pretende alcanzar son compatibles con la Constitución, que además, en principio es adecuada para lograr el fin propuesto, es decir, que es razonable, pero que genera una carga desproporcionada a ciertas empresas, particularmente a las pequeñas empresas y a las microempresas que, por una parte, produciría la vulneración del derecho a la libre empresa, y por otra, impediría la realización de los objetivos trazados en la Ley 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004, expedida para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas, teniendo en cuenta que la estructura empresarial colombiana está conformada principalmente por este tipo de empresas, que constituyen en la actualidad una de las principales fuentes de empleo.*
>
> *"Todo esto, sin desconocer que debe resaltarse la responsabilidad social que compete a todas las empresas, en la protección del medio ambiente. La circunstancia de su tamaño, no exonera a ninguna empresa dedicada a la actividad industrial del cumplimiento de las normas ambientales, por ende las pequeñas empresas que con su actividad puedan impactar el*

entorno natural quedan sujetas al deber de solicitar las licencias que haya a lugar y a los controles correspondientes."[11] (Subrayas mías)

En posterior pronunciamiento, y en la misma línea interpretativa, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

"Sin embargo, la obligatoriedad de tales planes bienales de salud respecto de las empresas privadas no resulta conforme con la Carta y menos aun la sanción que por incumplimiento de la prohibición de invertir por fuera de ellos se les impone, que consiste en su exclusión del sistema, todo lo cual resulta desproporcionado. En efecto, parece claro que la norma acusada elimina el esquema de libre competencia que el resto de las leyes que regulan el servicio público de salud mantienen, pues, como se dijo, en lo sucesivo las empresas privadas que prestan servicios de salud sólo podrán invertir en aquellos proyectos y servicios de control especial de oferta que les sean autorizados en los planes bienales. Como el Ministerio de Salud puede incluir sin límites todos aquellos proyectos y servicios cuya oferta estime conveniente regular, en la práctica en relación con ellos no regirá un esquema de libre iniciativa privada, pues las entidades particulares tendrán que ofrecer exclusivamente lo que se les indique, so pena de quedar excluidas del sistema de seguridad social, lo cual en últimas equivale a excluirlas de la actividad y del mercado de estos servicios.

"13. Esta desproporción en la medida de intervención, a juicio de la Corte pervierte la finalidad constitucional de racionalizar la oferta de servicios de salud perseguida por el legislador. Ciertamente, dentro de la axiología constitucional la libertad de empresa y de competencia se reconocen, como se dijo, por razones de interés general pues se las estima motor del desarrollo. En el presente caso, se presenta un ejemplo claro de cómo la eliminación de estas garantías y del esquema de mercado libre, trunca la posibilidad social de acceder a mejores ofertas de bienes y servicios. Al impedir la oferta libre de servicios, la ley produce un estancamiento de la ampliación de las redes en lo referente a infraestructura, equipos y servicios, y en la mejora de su calidad, con grave detrimento del interés general y de la garantía de la satisfacción de necesidades básicas y de derechos fundamentales. Lo anterior por cuanto aunque se ajusta a la Carta la planificación de la oferta de servicios públicos y su control y vigilancia a efectos de lograr la atención de las necesidades de la población en todos los niveles, el exceso de la reglamentación anula los beneficios del modelo legal vigente, con grave deterioro del interés colectivo.

"14. Pero además de que por las razones anotadas la medida de intervención adoptada por el legislador resulta desproporcionada al comprometer el núcleo esencial de la libertad de empresa y competencia, los apartes acusados del artículo 65 de la Ley 715 de 2001 implican el otorgamiento de un trato diferente a las empresas privadas frente a las públicas, que desequilibra la igualdad de condiciones normativas en las que cada una acude al mercado, en un asunto en el que no cabría establecer esa distinción. En efecto, al tenor de la disposición, si las empresas públicas realizan inversiones por fuera del plan bienal, la consecuencia es que no podrán financiar con recursos del Sistema General de Participaciones (léase con el situado fiscal o las participaciones municipales en las rentas nacionales) el costo de la inversión o el de

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 2009.

operación y funcionamiento de los nuevos servicios. Sin embargo, tales inversiones o servicios acometidos por fuera de los planes bienales, sí podrían ser financiados con otros recursos distintos, como los propios de los departamentos, distritos o municipios, y otros de las respectivas empresas públicas. En cambio, para las empresas o instituciones privadas que realicen inversiones por fuera del plan bienal, la consecuencia es mucho más drástica pues la norma indica que "no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud". Como de manera general estas empresas privadas, sean EPS y IPS, que participan en el sistema general de seguridad social en salud administran recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema, o son contratados con ellos, y este es propiamente su objeto social, la sanción es mucho más drástica que la que se impone a las empresas públicas, pues equivale a sacarlas del mercado, lo que no sucede con las estatales. De esta manera, indirectamente la norma propiciaría la consolidación de una posición dominante de las empresas públicas frente a las privadas, al concederles la oportunidad de ofrecer servicios por fuera de los planes bienales, siempre y cuando no se financiaran con recursos del sistema de participaciones en las rentas nacionales. En cambio las privadas no podría financiar con ningún tipo de recursos proyectos o servicios extraños a tales planes, sin quedar excluidas del sistema." [12](Subrayas mías)

Teniendo en cuenta los parámetros así señalados del juicio de proporcionalidad, que son *mutatis mutandis* aplicables al caso concreto, una restricción a la libertad de empresa como la señalada en la norma demandada no soporta un análisis sobre la proporcionalidad de la medida, como quiera que:

- La eliminación de la capacidad de la mayoría de los factores de desarrollar esa modalidad de factoring no se refleja en un real beneficio tangible al mercado, ya que no existía necesidad de restricción de la actividad;

- La medida, en cambio, genera un real perjuicio al mercado, al impedir que se desarrolle esa modalidad de factoring negándole a su vez a muchos empresarios la posibilidad de obtener financiación distinta al crédito;

- La medida no consulta el mercado del factoring, al crear restricciones innecesarias a una actividad que no requería una restricción como la impuesta, y pareciendo privilegiar sólo a un pequeño grupo de factores que tengan el músculo económico para pagar la excesiva relación de solvencia requerida en desmedro de los demás participantes del mercado, sin una justificación real.

V. PRUEBAS

Aun cuando no es requisito de las demandas de inconstitucionalidad la petición de pruebas, en la medida en que se aborda una materia técnica altamente especializada, resulta de interés sugerir respetuosamente a la Corporación la práctica de pruebas, particularmente la solicitud de conceptos a los más reconocidos programas académicos de especialización en derecho financiero y finanzas, tales como los existentes en las Universidades Nacional de Colombia,

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 2012

Protegido por Habeas Data

Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de los Andes y Javeriana, sobre la *ratio legis* y la conceptualización científica del margen de solvencia a las entidades que prestan servicios de financiamiento empleando recursos de terceros, de cara a su aplicación en la norma demandada.

VI. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Al tratarse de una demanda contra una norma contenida en una Ley de la República, la Corte Constitucional es competente para conocer del presente proceso de acuerdo con lo establecido en el Artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política.

VII. NOTIFICACIONES

Para todos los efectos, el suscrito recibirá notificaciones en la Secretaría de la Honorable Corte Constitucional, o en la siguiente dirección:

Protegido por Habeas Data

De los honorables Magistrados, respetuosamente,

Protegido por Habeas Data