



Concepto Sala de Consulta C.E. 00080 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Oscar Dario Amaya Navas

Bogotá D.G., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00080-00

Número Único. 2295

Actor: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Referencia: Concurrencia de los socios para la normalización del pasivo pensional de una sociedad anónima en liquidación judicial

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la viabilidad de asumir la normalización del pasivo pensional en proporción a su participación como accionista en el Fondo Ganadero del Putumayo sin que medie decisión judicial previa en cuanto a la responsabilidad de los socios.

I. ANTECEDENTES

Según el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De acuerdo con la ley 363 de 1997, el Fondo Ganadero del Putumayo S.A. fue creado como una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional. Esta sociedad solicitó la apertura del trámite de liquidación judicial ante la Superintendencia de Sociedades por la imposibilidad de cumplir con las etapas del proceso de liquidación voluntaria en lo que respecta a la enajenación de activos, puesto que solo cuenta con dos bienes de su propiedad, empero uno se encuentra embargado y próximo a remate por parte de la DIAN y el otro es perseguido por obligaciones de orden laboral.

El mencionado Fondo cuenta con un capital suscrito y pagado de 7.537.131 acciones, las cuales están divididas así: i). Clase A con 5.953.710 acciones y un porcentaje de participación del 78.92% y; ii). Clase B con 1.583.421 y un porcentaje de participación del 21.08%, donde la mayoría de las acciones se encuentran suscritas por entidades estatales que pertenecen a la clase A y cuyo accionista es el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con un porcentaje de participación del 46,91 % de las acciones Tipo A. Se debe mencionar que el sector agrícola está representado por el Ministerio del ramo y el INCORA con un porcentaje total de participación accionaria del 61.53%.

2. Las acciones están compuestas así:

Ministerio de Agricultura:	2.793.479
INCORA en liquidación:	1.855.287
Departamento del Putumayo:	1.273.479
Municipio de Puerto Asís:	29.470
Municipio de Mocoa:	1.000
ICA:	1.000

3. De conformidad con lo previsto en los artículos 27 de la Ley 550 de 1999 y 47 de la Ley 1116 de 2008, se dio apertura al proceso, tal como quedó plasmado en el auto 405-008287 del 3 de julio de 2008. Posteriormente, el Juez del Concurso reconoció la graduación y calificación de los créditos a cargo del Fondo, los derechos de voto y aprobó el inventario valorado de los bienes en los términos de los proyectos presentados por el liquidador.

4. La Superintendencia de Sociedades señaló que los únicos bienes que posee la concursada son dos inmuebles denominados Finca Bella Vista por valor de \$130.790.430 y Finca Palermo por valor de \$569.580.800, para un total de \$700.371.230, activos que no son suficientes para el pago de la carga pensional.

5. Acorde con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1260 de 2000, el Ministerio de Trabajo interviene en el proceso liquidatorio, pues se requiere el concepto favorable de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios para la autorización de la conmutación pensional.

6. La citada Dirección del Ministerio de Trabajo en reiteradas ocasiones ha indicado que las entidades que tienen acciones en el Fondo Ganadero del Putumayo deben concurrir en la financiación de la normalización del pasivo pensional a cargo del Fondo en liquidación como paso previo y obligatorio para culminar el proceso liquidatorio. Además, señaló que el Ministerio de Agricultura, el Incora en liquidación y el departamento del Putumayo "en nuestro criterio serían entidades contratantes del Fondo Ganadero del Putumayo, de quienes eventualmente se podría predicar una responsabilidad subsidiaria en la liquidación del Fondo". Dicha posición tiene fundamento en "una eventualidad o posibilidad y no en un hecho jurídico declarado o cierto que determine la responsabilidad efectiva de los accionistas.", según manifiesta la entidad consultante.

7. Contrario a lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, a través de las Superintendencias Delegadas para Procedimientos Mercantiles y para Insolvencia, ha sostenido que el proceso liquidatorio del Fondo Ganadero del Putumayo se adelanta según lo previsto en la Ley 1116 de 2006, por lo que se debe agotar el correspondiente procedimiento judicial para que se declare la responsabilidad del socio en el pago del faltante del pasivo, trámite independiente al de insolvencia y que se lleva a cabo por el juez del concurso sin que se suspenda el de liquidación judicial.

8. Precisa que la Superintendencia de Sociedades planteó al Ministerio de Trabajo otras propuestas para la normalización del pasivo pensional, como la dación en pago y pago único; sin embargo, ese Ministerio no ha emitido el concepto favorable frente a dichas alternativas, pues considera como única opción la asunción de responsabilidad por los accionistas en la proporción de su participación.

9. Aduce que en el año 2007, el liquidador presentó el acuerdo de adjudicación de los bienes, teniendo en cuenta las condiciones económicas de la sociedad y lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 1116 de 2006, en especial lo relacionado al pago de los pensionados, el cual se considera gasto de administración y tiene prelación constitucional, además, solicitó la normalización del pasivo pensional a través de la dación en pago de los bienes, sin que haya sido autorizado por la Dirección encargada del Ministerio de Trabajo.

10. Posteriormente en el año 2014, la Superintendencia de Sociedades planteó la normalización pensional para los 2 únicos pensionados mediante dación en pago de un inmueble denominado "FINCA PALERMO" que ellos aceptarían; no obstante, tal propuesta también fue negada por el citado Ministerio, insistiendo en que la solución es la conmutación pensional con la participación de los accionistas.

11. Con el fin de solucionar el asunto, el Ministerio de Agricultura elevó una consulta a la Contraloría General de la República para evaluar el carácter vinculante del concepto del Ministerio de Trabajo, preguntando si "podría el Ministerio proceder a la normalización del pasivo pensional teniendo en cuenta las inquietudes que venía exponiendo el MADR y sin la existencia de sentencia judicial que así lo hubiere dispuesto".

12. Mediante oficio del 11 de enero de 2012, la Dirección Jurídica de la Contraloría General de la República dio respuesta a la consulta, indicando el carácter no vinculante del concepto del Ministerio de Trabajo y resaltó las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades. Concluyó que "no sobreviene lesión patrimonial al Estado en el evento planteado al ser producto de la intervención de una autoridad en ejercicio de funciones jurisdiccionales". Lo anterior, con fundamento en:

"... es impreciso sostener que aún no media orden judicial que imponga al Minagricultura el pago de la acreencia pensional a favor de la liquidación del Fondo Ganadero del Putumayo, ya que el requerimiento que formuló la Supersociedades nació en un ámbito jurisdiccional como es el proceso de liquidación judicial.

(. . .) No se engendra esa responsabilidad cuando el comportamiento que produce el daño padecido por el Estado deriva de una orden judicial. El criterio formulado por la autoridad excusa la acción llevada a cabo, hallando justificación la conducta del gestor fiscal.

Advirtamos que la mora del Min. Agricultura en cubrir la responsabilidad que le cabe según el pronunciamiento de la Super Sociedades sí podría hacer que sus funcionarios afronten responsabilidad fiscal, habida cuenta de que ese retraso elevaría la cantidad que adeuda."

13. La Superintendencia de Sociedades en comunicación del 4 de marzo de 2013, determinó que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debía atender el pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo en Liquidación Judicial, en proporción a su participación, pero previamente se debía llevar a cabo el levantamiento del velo corporativo.

14. Por su parte, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en cuanto al pronunciamiento sobre el previo levantamiento del velo corporativo, requirió información acerca de "si la Superintendencia de Sociedades, en su calidad de autoridad Administrativa y Juez concursal, ha determinado cual será el mecanismo idóneo para la normalización del pasivo pensional de la concursada" y, en el mismo escrito relacionó la comunicación del Liquidador del Fondo Ganadero del Putumayo de fecha 7 de julio de 2014, en la cual le solicitó asumir el pasivo pensional e indicó que su participación accionaria es del 61.5356% y el cálculo actuarial ejecutado con corte a 31 de diciembre de 2013 y aprobado por el Juez del concurso, asciende a la suma total de \$2.374.087.960,00.

15. El día 27 de agosto de 2014, la Superintendencia de Sociedades se pronunció al respecto así:

"... se invitó al Ministerio de Trabajo, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Gobernación del Putumayo, a constituir una mesa de trabajo con el ánimo de lograr determinar la ruta de acción que resulte en el avance del proceso de liquidación del citado fondo y permita el beneficio de todas las partes involucradas.

(. . .). Finalmente, es de anotar que el asunto de imponer responsabilidad a los accionistas fue efectuado directamente por el Despacho a su cargo, sin que esta Entidad hubiere participado en dicha decisión, y sin que mediara el levantamiento del velo corporativo como bien lo enuncia el Ministerio de Agricultura, por lo cual sin que exista acción previa, no puede este juez de insolvencia proceder de oficio a iniciar una actuación procesal de tal envergadura, máxime cuando no obran en el expediente pruebas que conlleven a adoptar la decisión enunciada."

16. De las comunicaciones realizadas entre la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Agricultura se concluyó que: "i) la viabilidad de la asunción del pasivo era un tema no definido, ii) que la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no ha emitido decisión final al respecto, y iii) que para exigir responsabilidad subsidiaria a los socios, y en particular al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se requeriría el previo levantamiento del velo corporativo."

17. A 31 de diciembre de 2014 el valor del pasivo pensional de la sociedad en liquidación es de \$2.485.927.055, en el que se encuentra incluido el total de bonos pensionales por \$2.049.612.267 y el total de la reserva matemática por pensión sanción de jubilación por \$436.314.788.

18. Por lo expuesto, el Ministerio de Agricultura señala que está interesado en definir el tema de la normalización del pasivo pensional para agilizar la liquidación del Fondo Ganadero del Putumayo y dar solución al asunto con el sustento legal para el caso, pues si procediera la asunción de las obligaciones de la sociedad sin que medie decisión de autoridad competente, por el hecho de ser socio mayoritario y por tratarse de altas sumas de dinero, se vería comprometida la responsabilidad de la Nación.

Con base en lo antes reseñado, SE PREGUNTA:

"1. ¿Puede la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, sin que medie decisión judicial previa de levantamiento del velo corporativo o cualquier otra acción judicial que decreta o atribuya en su contra responsabilidad en calidad de socio o contratante de la sociedad?"

2. ¿Puede la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, con fundamento exclusivamente en el concepto de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios del Ministerio de Trabajo, fundado en una eventualidad o posibilidad futura de responsabilidad?

3. En caso afirmativo, en cualquiera de los eventos a los que se refieren las preguntas antecedentes, ¿cuál sería el título de gasto presupuestal para efectos de asumir el pago del pasivo pensional mencionado?"

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) el proceso de liquidación judicial; ii) los mecanismos de normalización pensional; iii) la intervención del Ministerio de Trabajo y iv) el levantamiento del velo corporativo.

I. Del proceso de liquidación judicial

Con la expedición de la Ley 1116 de 2006 "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones", se reguló el régimen judicial de insolvencia, mediante el cual se establecieron dos procesos a saber: i) la reorganización y ii) la liquidación judicial.

A su vez, el artículo 6° de la citada Ley, radicó la competencia para conocer del proceso de insolvencia en la Superintendencia de Sociedades como Juez del concurso, en uso de facultades jurisdiccionales, conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, precisando que el proceso de insolvencia ante dicha entidad sería de única instancia.

En lo que concierne al proceso de liquidación judicial, que hace parte del régimen de insolvencia, se encuentra regulado a partir de los artículos 47 y siguientes, y tiene origen cuando: i) se incumple el acuerdo de reorganización o, ii) se configura alguna de las causales de liquidación inmediata previstas en el artículo 49 ibídem.

Obsérvese que si bien la Ley se refiere al proceso de liquidación judicial - artículo 47- y al proceso de liquidación judicial inmediata - artículo 49-, tal diferenciación que estriba en las causales previstas para una y otra liquidación, no obsta para que los demás aspectos se mantengan idénticos.

Este proceso es aplicable a las sociedades comerciales del sector real, empresas unipersonales, sucursales de sociedades extranjeras y personas naturales comerciantes que lo soliciten - Artículo 2°-.

El mencionado proceso inicia con una providencia de apertura - artículo 48- en la que se decide entre otros aspectos los siguientes: 1) Nombramiento del liquidador, quien ejerce la representación legal; 2) prohibición de que la sociedad pueda realizar operaciones en desarrollo de su objeto, excepto los actos jurídicos necesarios para la liquidación inmediata y los que busquen la adecuada preservación de los activos; 3) las medidas cautelares sobre los bienes del deudor y la orden de inscripción del proceso; 4) la fijación por un término de diez (10) días de un aviso que informe sobre el proceso de liquidación; 5) El plazo de veinte (20) días, contados a partir de la desfijación del aviso que informa sobre el proceso de liquidación, para que los acreedores presenten su crédito al liquidador. Vencido este plazo, el liquidador debe proceder a la liquidación de los bienes de la sociedad y a la distribución del producto de la liquidación entre los acreedores.

entre un (1) mes y tres (3) meses, deberá presentar ante el juez el proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto, para que el juez, dentro de los quince (15) días siguientes, emita auto que reconozca los mismos; 6) la orden de oficiar a los jueces que conozcan de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia; 7) la orden al liquidador para que elabore el inventario de los activos del deudor dentro de un plazo máximo de treinta (30) días a partir de su posesión, así como el avalúo de los bienes por expertos designados.

El proceso de liquidación concluye cuando: a) se encuentre ejecutoriada la providencia de adjudicación, y b) por la celebración de un acuerdo de reorganización.

De acuerdo con el anterior recuento, corresponde ahora precisar la naturaleza de la competencia que le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades para adelantar el proceso de liquidación judicial, siendo necesario puntualizar que dicha atribución es de naturaleza jurisdiccional, en tanto que la propia Ley 1116 de 2006, claramente le asignó la función de Juez del Concurso. Así, las actuaciones que adelanta lo son en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política, y sus pronunciamientos constituyen providencias judiciales.

Sobre la naturaleza jurídica del proceso de liquidación judicial que adelanta la Superintendencia de Sociedades, la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos ha expresado:

"Ahora bien, valga aclarar que el proceso de liquidación judicial, como su nombre lo indica, es un proceso jurisdiccional del que conoce la Superintendencia de Sociedades en uso de la facultad consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política, por lo que sus pronunciamientos constituyen providencias judiciales, las cuales deben estar supeditadas a los mandatos de la Ley General del Proceso.

*Por tal razón, la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso en Colombia, debe asegurarse que las actuaciones surtidas en el marco de dicho proceso, cumplan con los requisitos de la normativa aplicable"*¹

Y en reciente oportunidad puntualizó²

"Para dirigir el proceso de liquidación judicial, el legislador [13], revistió de autoridad jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades, en consecuencia, sus actuaciones están regidas de conformidad con el Código General del Proceso y la normativa especial correspondiente.

Del proceso de liquidación judicial existen dos clasificaciones según las causas que den origen a su iniciación, por lo cual se les denomina proceso de liquidación judicial y proceso de liquidación judicial inmediata, temática ampliamente explicada por la jurisprudencia de esta Corporación resaltando siempre la relevancia constitucional que tienen el pago de los créditos de tipo laboral y la protección a la seguridad social en el curso de este tipo de proceso."

De igual modo, según lo previsto en la Ley 1116 de 2006, el proceso de liquidación judicial tiene por finalidad la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor, en otros términos, busca la liquidación de sus activos para el pago de las obligaciones y la devolución de los remanentes si es del caso, al igual que produce la extinción de la persona jurídica del mundo jurídico.

II. NORMALIZACIÓN DEL PASIVO PENSIONAL EN EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

En situaciones de crisis empresarial las normas en materia concursal han propendido por la protección de los derechos de los trabajadores y pensionados, protección que comprende no solo a los titulares de los derechos de las pensiones a cargo de la empresa, sino de las expectativas pensionales de los trabajadores activos.

En desarrollo de esta protección se estableció que las obligaciones pensionales serían pagadas con preferencia sobre todas las demás originadas en gastos de administración, tal como se puede colegir de la previsión contenida en el artículo 71 de la referida Ley 1116 de 2006, que dice:

"ARTÍCULO 71. OBLIGACIONES POSTERIORES AL INICIO DEL PROCESO DE INSOLVENCIA. Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales v contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes v después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 v el parágrafo 2o del artículo 34 de esta ley." (Subrayas fuera de texto)

Ahora, en aquellos eventos en que la empresa deba atender el pago de pasivos pensionales a su cargo, entendiendo por estos la deuda que tiene en su condición de empleador en tanto es la encargada del reconocimiento de obligaciones pensionales en favor de sus trabajadores o extrabajadores, el deber de cumplir con tales obligaciones es insoslayable.

El pasivo pensional está compuesto por tres elementos a saber: i) los bonos pensionales, ii) el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y, iii) las cuotas partes de bonos y de pensiones³.

Respecto de los bonos pensionales, el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los definió como los aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Por otra parte, las reservas matemáticas de pensiones han sido entendidas como el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública.

Y las "cuotas partes" de los bonos pensionales son aquellas fracciones que las entidades pagadoras de pensiones deben pagar proporcionalmente a sus ex afiliados con el fin de contribuir a la entidad emisora del bono pensional.

El desarrollo legal de la anterior figura está previsto en el artículo 120 de la Ley 100 de 1993 que establece:

"ARTÍCULO 120. CONTRIBUCIONES A LOS BONOS PENSIONALES. Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente.

El factor de la cuota parte será igual al tiempo aportado o servido en cada entidad, dividido por el tiempo total de cotizaciones y servicios reconocido para el cálculo del bono."

En aquellos eventos en que la empresa entra en un acuerdo de reestructuración es obligación asegurar la normalización del pasivo pensional,

La normalización pensional se desarrolla a través de una serie de mecanismos mediante los cuales el empresario-deudor adopta medidas jurídicas, económicas y contables, para garantizar el pago oportuno del pasivo pensional a su cargo.

Sobre la normalización del pasivo pensional conviene acudir en primer término a lo normado en la Ley 550 de 1999 "Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley", que en su artículo 41 introdujo la noción de "normalización de pasivos pensionales", para aquellos empleadores que celebraran acuerdos de reestructuración, o voluntariamente quienes decidieran acogerse a dichos mecanismos, como una manera de regularizar el pago de tales obligaciones. La norma en comento dispuso:

"ARTICULO 41. NORMALIZACION DE LOS PASIVOS PENSIONALES. Los acuerdos de reestructuración en que el empleador deba atender o prever el pago de pasivos pensionales, deben incluir las cláusulas sobre normalización de pasivos pensionales de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, a la cual deben ajustarse también los actos y contratos que se celebren y ejecuten con base en tales cláusulas.

Para tal fin, se acudirá a mecanismos tales como la constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado, conciliación, negociación y pago de pasivos, conmutación pensional total o parcial y constitución de patrimonios autónomos. Estos mecanismos podrán aplicarse en todos los casos en que se proceda a la normalización del pasivo pensional, aún cuando ésta no haga parte de un acuerdo de reestructuración.

PARAGRAFO 1. La Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control de la empresa que se encuentre en proceso de reestructuración, autorizará el mecanismo que elija la empresa para la normalización de su pasivo pensional en concordancia con la competencia que tiene el Ministerio de Trabajo para ello. Los acuerdos de reestructuración que se celebren sin la correspondiente autorización, carecerán de eficacia jurídica.

Cuando se trate de entidades públicas del orden nacional o de entidades públicas del nivel territorial, cuando estas últimas no están sujetas a la inspección, vigilancia o control de una Superintendencia, se requerirá adicionalmente para los mismos efectos un concepto favorable de viabilidad financiera emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

PARAGRAFO 2. Los patrimonios autónomos que se constituyan como garantía para la financiación de los pasivos pensionales podrán ser administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones o por las sociedades fiduciarias en la forma en que señale el Gobierno Nacional.

La conmutación pensional podrá realizarse con el Instituto de Seguros Sociales, y las compañías de seguros de vida; la conmutación pensional podrá también realizarse total o parcialmente a través de los fondos de pensiones y los patrimonios autónomos pensionales administrados por sociedades fiduciarias o administradoras de fondos de pensiones. El Gobierno reglamentará el alcance de la conmutación, total o parcial, los casos, condiciones, formas de pago y garantías que deban aplicarse en cada caso para el efecto, de tal manera que se proteja adecuadamente a los pensionados.

PARAGRAFO 3. Cuando se otorguen créditos para financiar el pago de los pasivos pensionales o para realizar su conmutación, dichos créditos tendrán el mismo privilegio de los créditos laborales cuyo pago se realice o se conmute."

De la norma transcrita se observa que el propio legislador estableció como mecanismos de normalización los siguientes:

1. La constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado,
2. La conciliación, negociación y pago de pasivos,

4. La constitución de patrimonios autónomos.

Asimismo, se le otorgó la facultad al Gobierno Nacional para que reglamentara los aspectos relativos a dicha normalización, atribución que fue cumplida mediante la expedición del Decreto 1260 del año 2000. A través de este decreto se determinaron los mecanismos de normalización pensional que eran aplicables a las empresas en proceso de reestructuración y se desarrolló lo relativo a la conmutación pensional total.

Es preciso advertir que en el artículo 2° del referido decreto se establecieron los casos en que procede la normalización: "... en el evento en que el mismo no se esté realizando, o cuando se prevea que no se podrán realizar los pagos de dichas obligaciones en razón de circunstancias que puedan afectar la entidad o empresa".

En el artículo 7° ibídem se reglamentó el pago de obligaciones pensionales de empresas en liquidación cuando sus recursos son insuficientes, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 7. Pago de obligaciones pensionales en empresas en liquidación cuando los recursos son insuficientes. En el evento de liquidación de una empresa, si el monto de los activos no fuere suficiente para lograr el pago de las obligaciones pensionales, en los montos previstos en la ley, la convención, el pacto o contrato, se procederá a determinar si ellos son suficientes para cubrir las obligaciones de origen legal de todos los pensionados y trabajadores que tengan derecho a ello.

Si los activos son suficientes para cumplir las obligaciones pensionales (pensiones, bonos pensionales y cuotas partes) en el monto previsto por la ley, se procederá a realizar la conmutación en relación con dichas obligaciones pensionales, respecto de todos los pensionados y trabajadores que tengan derecho a ello. Igualmente, se procederá a pagar los bonos pensionales que sean exigibles y a constituir un patrimonio autónomo cuyos recursos se destinarán exclusivamente a cancelar los bonos pensionales que se rediman en el futuro. Los recursos de dicho patrimonio autónomo deberán invertirse, de conformidad con las reglas que rigen las inversiones de los fondos obligatorios de pensiones, pero no incluirán acciones.

Si quedaren activos remanentes se pagarán las obligaciones pensionales extralegales a favor de pensionados y trabajadores que tengan derecho a ello, en proporción al valor de las obligaciones existentes.

Para determinar el monto que se puede cubrir con el valor de los activos se tendrá en cuenta el carácter de créditos de primera clase de los pasivos pensionales, así como la responsabilidad que de acuerdo con la ley, exista a cargo de los socios de la sociedad, de acuerdo con el tipo de sociedad, y cuando sea del caso la responsabilidad que se haya establecido por la autoridad competente a cargo de la sociedad matriz o de otras personas de conformidad con la ley.

Salvo que se acuerde el mecanismo previsto en el artículo siguiente, si los activos no fueren suficientes para realizar una conmutación por el valor de las obligaciones legales, se procederá a efectuar un pago único a los distintos trabajadores y pensionados, distribuyendo los activos entre ellos en proporción al monto de sus acreencias pensionales. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a otras personas en relación con tales acreencias, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior."

En el artículo 8° de la norma aludida, se reguló un nuevo mecanismo de normalización así:

ARTÍCULO 8. Pago único a través de patrimonios autónomos. Cuando se trate de entidades en liquidación y los recursos disponibles no sean suficientes para realizar una conmutación pensional que permita pagar las pensiones en los montos debidos o los activos de la entidad no sean liquidables, por acuerdo con el conjunto de los trabajadores que tengan derechos pensionales a cargo de la empresa y los pensionados, y como mecanismo de normalización pensional podrá preverse un pago único al conjunto de trabajadores y pensionados, con el fin de que los bienes correspondientes a dicho pago se destinen a la constitución de un patrimonio autónomo pensional cuyo objeto será administrar dichos activos con el fin de realizar pagos a los trabajadores y pensionados en la forma que se estipule.

El acuerdo podrá destinar sumas determinadas con el objeto de efectuar pagos a otros acreedores cuando, a juicio de trabajador y pensionado, ello sea conveniente o necesario para proteger de manera más eficiente los derechos de los mismos. En este caso, en el acto de aprobación del acuerdo deberá expresarse claramente las razones por las cuales se considera que dicho pago permite proteger de manera más eficiente los derechos de los trabajadores y pensionados.

Para efectos de este artículo, el acuerdo de normalización deberá ser aprobado por la mayoría absoluta del grupo de acreedores conformado por los pensionados y los trabajadores que tengan derechos pensionales, siendo necesario que una mayoría no menor de la mitad más uno de los pensionados concorra con su voto favorable a la adopción de la decisión correspondiente. Cuando el acuerdo prevea el pago a otros acreedores en desarrollo de lo dispuesto en el inciso anterior, será necesario que el acuerdo sea aprobado por el 75% del grupo conformado por los acreedores y pensionados y que dentro de esta mayoría se cuente con el voto favorable del 75% de los pensionados.

Previamente a la aprobación del acuerdo deberá suministrarse información suficiente a los pensionados y trabajadores, precisando los riesgos que puede presentar el mecanismo que se adopte. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia que ejerza inspección y vigilancia sobre la respectiva entidad velarán porque se suministre la información correspondiente.

Los trabajadores o pensionados podrán objetar individualmente el acuerdo si consideran que viola derechos irrenunciables. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolverá lo concerniente a estas objeciones, dentro del mes siguiente a la presentación de las mismas.

PARÁGRAFO 1. Las sociedades administradoras de fondos de pensiones o las sociedades fiduciarias administrarán estos patrimonios autónomos en virtud de un contrato que celebrarán con la persona o personas designadas por la mayoría de los trabajadores que tengan derechos pensionales y pensionados. Así mismo, el contrato respectivo deberá contener mecanismos con el fin de tomar las decisiones que correspondan a los beneficiarios en el evento que se presenten situaciones no previstas que puedan perjudicar sus intereses. Igualmente deberá prever plazos de duración de tal manera que cumplido el mismo se distribuyan los activos que no se hayan realizado.

PARÁGRAFO 2. Para todos los efectos, todos los pagos únicos previstos en este decreto, tienen el carácter de indemnización sustitutiva de pensión".

A su vez, en el artículo 12 del Decreto 1260 de 2000, se estableció la autorización por parte del Ministerio del Trabajo para la conmutación pensional, tal como se observa del tenor literal de la norma:

"ARTÍCULO 12. Autorización de la conmutación pensional. Corresponderá a la Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia y control de la empresa que desee normalizar sus pasivos pensionales autorizar el mecanismo que elija la empresa para la normalización de su pasivo pensional, previo concepto favorable de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Cuando se trate de sociedades que no se encuentren sometidas a inspección y vigilancia de otra Superintendencia, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades autorizar el mecanismo correspondiente.

El concepto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se impartirá con base en sus facultades de inspección, vigilancia y control.

Cuando se trate de entidades públicas del orden nacional o de entidades públicas del nivel territorial, cuando estas últimas no estén sujetas a la inspección, vigilancia o control de una Superintendencia, el mecanismo de conmutación pensional requerirá la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo concepto favorable de su viabilidad financiera emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Con la solicitud presentada por la empresa o entidad se remitirá el cálculo actuarial correspondiente. El cálculo actuarial deberá estar elaborado con la tasa de interés técnico señalada por la autoridad a la cual corresponde autorizar el respectivo mecanismo. En el caso de entidades públicas no sujetas a inspección, vigilancia y control deberá tomarse el interés técnico que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Igualmente se remitirá una información detallada acerca del cumplimiento de las obligaciones pensionales por parte de la entidad."

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1116 de 2006, se produjo un cambio significativo respecto de la naturaleza de la normalización del pasivo pensional, en tanto que la normalización procedía aun cuando las obligaciones pensionales se estuvieren cumpliendo, pues se exigió para la apertura del proceso de reorganización que si el deudor tenía pasivos pensionales a cargo debía tener aprobado el cálculo actuarial al igual que estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles - Artículo 10 numeral 3.

La normalización del pasivo pensional, quedó prevista en el párrafo 1° del artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, al consagrar:

"ARTÍCULO 34. Contenido del acuerdo. (...)

PARÁGRAFO 1. Los acuerdos de reorganización que suscriban los empleadores que tengan a su cargo el pago de pasivos pensionales, deberán incluir un mecanismo de normalización de pasivos pensionales. Dichos mecanismos podrán consistir en la constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado, la conciliación, negociación y pago de pasivos, la conmutación pensional total o parcial y la constitución de patrimonios autónomos, todo ello de conformidad con la ley y con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Los mecanismos de normalización pensional podrán aplicarse voluntariamente en todos los casos en que sea procedente la normalización del pasivo pensional, aun cuando esta no sea realizada dentro de un proceso de insolvencia.

La Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control del empleador, autorizará el mecanismo que este elija para la normalización de su pasivo, previo el concepto favorable del Ministerio de la Protección Social. Los acuerdos de reorganización o los mecanismos de normalización pensional que sean establecidos sin la autorización y el concepto mencionados, carecerán de eficacia jurídica. (...)"

Como quiera que esta ley también facultó al gobierno para reglamentar lo relativo a la normalización del pasivo, dicha habilitación se desarrolló con la expedición del Decreto 1270 de 2009 "Por el cual se reglamentan el párrafo 1º del artículo 34 y el artículo 38 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 39 de la Ley 1151 de 2007", mediante el cual en su artículo 1º estableció los eventos en los que es obligatoria la normalización pensional, destacándose que lo extendió no solo a los acuerdos de reorganización, sino también a la liquidación de entidades que tengan pasivos pensionales a su cargo. Al respecto la norma en comento dispone:

"ARTÍCULO 1. Normalización pensional obligatoria. La normalización de pasivos pensionales será obligatoria en los siguientes casos:

1. En todos los casos en que se suscriban acuerdos de reorganización entre acreedores de empresas que tengan a su cargo pasivos pensionales en virtud de la aplicación del régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006.

2. En todos los casos en que las entidades sometidas a la aplicación de la Ley 550 de 1999, en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1116 de 2006, suscriban acuerdos de reestructuración y tengan pasivos pensionales a su cargo.

3. Cuando se adelante la liquidación de una entidad que tenga pasivos pensionales a su cargo o cuando se dé un proceso de liquidación por

condición de Sala de Consultas E. 00080 de

4. Cuando así lo ordene el Ministerio de la Protección Social, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 171 de 1961 y el Decreto-ley 2677 de 1971." (Subrayas fuera de texto)

Frente a los mecanismos de normalización, el artículo 3º del Decreto 1270 de 2009, remitió a los ya establecidos por el Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 550 de 1999, es decir, los contenidos en los Decretos 1260 de 2000, 941 de 2002 y 4014 de 2006, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 3. Mecanismos de normalización pensional. Para los efectos de la Ley 1116 de 2006 y 1151 de 2007, los mecanismos de normalización de pasivos pensionales serán los establecidos por el Gobierno Nacional mediante las disposiciones reglamentarias de la Ley 550 de 1999 y aquellas que las adicionen, complementen o sustituyan."

Así pues, los mecanismos de normalización son:

- 1) La conmutación pensional total
- 2) La conmutación pensional parcial
- 3) Pago único a través de patrimonios autónomos
- 4) Constitución de patrimonios autónomos para el pago de bonos pensionales
- 5) Constitución de patrimonios autónomos de garantía
- 6) La asunción del pasivo pensional por un tercero

En cuanto a la conmutación pensional total, fue desarrollada en el Decreto 1260 de 2000. Sobre el concepto de este mecanismo, conviene acudir a la noción desarrollada por la Corte Constitucional en sentencia C-090 de 2011, según la cual consiste en:

"... un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo. La conmutación puede ser total y definitiva cuando el empleador se libera integralmente de toda responsabilidad del pago de los pasivos pensionales, o parcial, cuando el empleador conserva responsabilidad por el pasivo transferido. La normalización es el género y la conmutación es la especie."

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴ ha puntualizado en relación con este tema lo siguiente:

"(ii) Aspectos generales de la conmutación pensional

La conmutación pensional, junto con la normalización pensional, comportan "mecanismos que tienen la finalidad de permitir a un empleador particular o estatal que tiene obligaciones pensionales a su cargo sustituir esas obligaciones mediante un pago de capital, para que el pago de las pensiones sea asumido por una entidad del sistema de seguridad social"⁵, específicamente la conmutación pensional se ha definido como "la novación legal del deudor, la empresa o el patrono en (sic) sustituido por el sistema de seguridad social, el cual asume la obligación a cambio de recibir el valor total de su cálculo actuarial, y releva definitivamente a la empresa de las deudas por pensiones - la que debe serlo en su totalidad -, esto es, frente a todos los trabajadores y ciento por ciento el monto de las mesadas".⁶

De las definiciones antes citadas es pertinente advertir, que la mencionada conmutación pensional, se presenta en aquellos eventos en que el empleador ya sea particular o estatal adquiere obligaciones de índole pensional respecto de sus empleados, y las sustituye a una entidad del sistema de seguridad social, para que ésta la asuma, previo el pago de un capital."

Otra de las formas de normalización pensional es el pago único a través de patrimonios autónomos, cuyo desarrollo está previsto en el artículo 8 del Decreto 1260 de 2000, así:

"ARTÍCULO 8. Pago único a través de patrimonios autónomos. Cuando se trate de entidades en liquidación y los recursos disponibles no sean suficientes para realizar una conmutación pensional que permita pagar las pensiones en los montos debidos o los activos de la entidad no sean liquidables, por acuerdo con el conjunto de los trabajadores que tengan derechos pensionales a cargo de la empresa y los pensionados, y como mecanismo de normalización pensional podrá preverse un pago único al conjunto de trabajadores y pensionados, con el fin de que los bienes correspondientes a dicho pago se destinen a la constitución de un patrimonio autónomo pensional cuyo objeto será administrar dichos activos con el fin de realizar pagos a los trabajadores y pensionados en la forma que se estipule.

El acuerdo podrá destinar sumas determinadas con el objeto de efectuar pagos a otros acreedores cuando, a juicio de trabajador y pensionado, ello sea conveniente o necesario para proteger de manera más eficiente los derechos de los mismos. En este caso, en el acto de aprobación del acuerdo deberá expresarse claramente las razones por las cuales se considera que dicho pago permite proteger de manera más eficiente los derechos de los trabajadores y pensionados.

Para efectos de este artículo, el acuerdo de normalización deberá ser aprobado por la mayoría absoluta del grupo de acreedores conformado por

Concepto Sala de Consulta C.E. 00080 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

los pensionados y los trabajadores que tengan derechos pensionales, siendo necesario que una mayoría no menor de la mitad más uno de los pensionados concurre con su voto favorable a la adopción de la decisión correspondiente. Cuando el acuerdo prevea el pago a otros acreedores en desarrollo de lo dispuesto en el inciso anterior, será necesario que el acuerdo sea aprobado por el 75% del grupo conformado por los acreedores y pensionados y que dentro de esta mayoría se cuente con el voto favorable del 75% de los pensionados.

Previamente a la aprobación del acuerdo deberá suministrarse información suficiente a los pensionados y trabajadores, precisando los riesgos que puede presentar el mecanismo que se adopte. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia que ejerza inspección y vigilancia sobre la respectiva entidad velarán porque se suministre la información correspondiente.

Los trabajadores o pensionados podrán objetar individualmente el acuerdo si consideran que viola derechos irrenunciables. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolverá lo concerniente a estas objeciones, dentro del mes siguiente a la presentación de las mismas.

PARÁGRAFO 1. Las sociedades administradoras de fondos de pensiones o las sociedades fiduciarias administrarán estos patrimonios autónomos en virtud de un contrato que celebrarán con la persona o personas designadas por la mayoría de los trabajadores que tengan derechos pensionales y pensionados. Así mismo, el contrato respectivo deberá contener mecanismos con el fin de tomar las decisiones que correspondan a los beneficiarios en el evento que se presenten situaciones no previstas que puedan perjudicar sus intereses. Igualmente deberá prever plazos de duración de tal manera que cumplido el mismo se distribuyan los activos que no se hayan realizado.

PARÁGRAFO 2. Para todos los efectos, todos los pagos únicos previstos en este decreto, tienen el carácter de indemnización sustitutiva de pensión."

De la norma transcrita se concluye que este mecanismo de normalización puede utilizarse cuando: i) los recursos disponibles no sean suficientes para realizar una conmutación pensional que permita pagar las pensiones o, ii) los activos de la entidad no sean liquidables.

III. De la intervención del Ministerio de Trabajo

Tal como lo establece la Ley 1116 de 2006, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe intervenir en el proceso de liquidación, para lo cual debe emitir concepto previo y favorable sobre el mecanismo que se elija para normalizar el pasivo pensional.

La atribución que le fue asignada a dicho Ministerio busca que este vigile que se cumpla con la garantía del mínimo vital de los pensionados, es decir, que se constituye en un veedor de los derechos de los pensionados.

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia T-458 de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en los términos que a continuación se transcriben:

"(. .) las autoridades de control y vigilancia y, en especial, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia de Sociedades, deben velar porque en el trámite de un concordato, los derechos de los pensionados que corresponden a gastos de administración, no resulten amenazados o quebrantados. El Estatuto Superior impone a las entidades antes anotadas la obligación especialísima de adoptar todas aquellas medidas que sean conducentes y necesarias para garantizar el pago de los derechos laborales de trabajadores y pensionados. En particular, la Corte ha estimado que las competencias de la Superintendencia de Sociedades no se reducen exclusivamente al logro de un acuerdo en tomo al pago de los créditos concordatarios sino que, con fundamento en deberes que la ley y la Constitución le imponen, debe velar que la empresa cumpla con las obligaciones laborales causadas con posterioridad a la apertura del concordato. En efecto, si una empresa se encuentra en la clara imposibilidad de pagar los gastos de administración, ello significa que falta uno de los presupuestos esenciales del concordato y, por lo tanto, la Superintendencia debe convocar, de inmediato, a un trámite liquidatorio, so pena de permitir que siga aumentando, inútilmente, el pasivo de la entidad." (Negrilla fuera de texto)

En reciente oportunidad, la Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiteró:

"Se observe que el Ministerio del Trabajo como veedor de los derechos de los trabajadores le ha insistido a la Superintendencia de Sociedades que autorice al Liquidador para que intente una nueva venta de las maquinarias y equipos, con el único objeto de viabilizar la obtención de dinero en efectivo que permita realizar la normalización del pasivo mediante la conmutación pensional, por ser este el mecanismo más idóneo para garantizar en forma vitalicia el pago de las pensiones, sin embargo, la Superintendencia de Sociedades se negó con argumentos procesales y formales, referentes a que se venció el tiempo (dos 2 meses) para que el Liquidador pudiera vender.

Si bien es cierto que la Superintendencia no podía autorizar la enajenación de los bienes por un valor inferior al avalúo por la prohibición expresa del artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, no lo es menos que esta entidad junto con el Ministerio del Trabajo están en el deber de propiciar las mejores fórmulas de arreglo que garanticen el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa en liquidación y, teniendo en cuenta que las maquinarias y equipos son los únicos activos con los que cuenta Aluminio Reynolds Santodomingo S.A. - En Liquidación Judicial, y que el Liquidador solo tuvo una oportunidad fallida de realizar la venta a fin de recaudar el dinero en efectivo que se requiere para pagar los derechos pensionales que se encuentran vulnerados, es claro que el argumento expuesto por la Superintendencia de Sociedades para no autorizar una nueva venta, sin contemplar siquiera una actualización del avalúo, no debe ser impedimento para el mantenimiento, la creación y reconocimiento de las garantías y derechos constitucionales."

De manera que, con fundamento en las normas citadas y el precedente jurisprudencial transcrito, puede concluirse que al Ministerio de Trabajo se le otorgó una misión en el proceso de liquidación, consistente en velar por la efectividad de los derechos de los pensionados respecto de una empresa que se ha sometido a dicho trámite judicial, debiendo para ello adelantar las actuaciones y adoptar las decisiones pertinentes que permitan la normalización del pasivo pensional, evitando así la pérdida o paralización de los derechos de los pensionados.

IV. De la responsabilidad de los socios en un proceso de liquidación

En primer lugar, debe precisarse que conforme con lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio, en virtud al contrato del cual surge la sociedad, esta constituye una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, razón por la que es la titular del patrimonio que sirve para su conformación y diferente e independiente al de los socios.

Por tanto, el patrimonio del que es titular la sociedad genera dos efectos a saber:

i) Que los bienes de la persona jurídica no se confundan con los de las personas que lo conforman y ii) que las obligaciones o deudas de estas últimas no puedan exigírsele al ente moral.

De los anteriores presupuestos surge el principio fundamental del derecho societario de la limitación de la responsabilidad, según el cual se impide la comunicación de las deudas sociales con el patrimonio personal de los socios.

Tales elementos conceptuales han dado origen a lo que la doctrina denominó la "teoría de la limitación del riesgo" y respecto de esto se ha dicho:

*"... se estableció el principio fundamental de la limitación del riesgo, con el fin de que de ninguna manera las deudas sociales fueran trasladadas a los socios. De aquí que en el derecho comparado sea natural que la sociedad legalmente constituida forme una persona jurídica diferente a los socios individualmente considerados, tal como lo establece el artículo 98 del Código de Comercio."*⁷

Y desde el punto de vista jurisprudencial, la referida teoría fue desarrollada por la Corte Constitucional, inicialmente en sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil y posteriormente, en sentencia C-090 de 19 de febrero de 2014, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, en las que se reseñó:

"3.2. El límite de la responsabilidad de la persona jurídica: jurisprudencia.

3. 2. 1. La constitución de una sociedad -por regla general- implica el nacimiento de una persona distinta de los socios, dotada de atributos propios de la personalidad jurídica -nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio- para el desarrollo del objeto de su creación. Por ello, la legislación universal ha dispuesto que el ente social -ser diferente de las personas naturales que lo constituyeron- responde por las actuaciones y obligaciones que contrae con terceros e incluso frente a los accionistas. Dijo, al respecto, la Corte -C-865 de 2004-: "La finalidad de este derecho constitucional [a la personalidad jurídica] se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico".

3.2.2. La restricción de la responsabilidad al monto de los aportes se justifica en el hecho de que el patrimonio de la sociedad es distinto al patrimonio de cada socio [3]. En la misma sentencia citada, la Corte indicó:

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

(i) Los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, pues estos carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social (C. Co. arts. 143, 144, 145 y 46).

(ii) Los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad, pues tan sólo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en el capital social (C. Co. art. 142), mutatis mutandi, los acreedores de la sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, pues el socio como sujeto individualmente considerado carece de un poder de dirección sobre el ente social y, por lo mismo, la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés plurilateral de las personas que acceden a su creación.

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

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

3.2.3. En las sociedades de capital, la incomunicación de patrimonios se explica entre otras cosas, en el hecho que en ese tipo de sociedades tiene una destacada importancia y significación el aporte económico de los socios más que sus particulares condiciones personales. Ello se traduce en regímenes diferenciados, por ejemplo, en materia de administración, enajenación de la participación social, adopción de reformas estatutarias o el ejercicio del derecho a la inspección.

3.2.4. De otra parte, la restricción de la responsabilidad patrimonial de los socios al monto de los aportes, aunque necesaria para el desarrollo empresarial, la existencia del mercado de valores y la inversión, no es una regla absoluta, ya que ante la concurrencia de ciertos eventos -en general, fraude a la ley y abuso del derecho-, la ley prevé que los accionistas respondan con su peculio personal por las deudas del ente social a través de la extensión de la responsabilidad."

Empero dicha limitación de la responsabilidad no puede entenderse en forma absoluta, en tanto puede tener limitaciones o eliminarse en ciertos eventos, entre los que se destacan, el tipo de sociedad que se conforma o la celebración de una convención, respectivamente.

En efecto, en cuanto al tipo de sociedad que se escoja, conforme con lo normado en los artículos 294⁸ y 323⁹ del Código de Comercio, en tratándose de sociedades colectivas y en comanditas, se elimina tal limitación de responsabilidad, porque los socios colectivos responden solidariamente con su patrimonio frente a las obligaciones sociales. Ello significa que cuando se crea una sociedad bajo esta forma societaria, se hace bajo el entendido de que, por disposición de la ley, los colectivos o gestores no podrán ser protegidos por el denominado velo corporativo.

Así, debe aclararse que la manera como responden por sus deudas las sociedades está determinada por la clase del ente societario: en tanto que respecto de las sociedades de personas existe una responsabilidad personal de los socios por las obligaciones sociales, en las de capital la responsabilidad recae en la sociedad, pues los socios solo responden hasta el límite de sus aportes.

En punto a un mejor entendimiento de lo antes enunciado, conviene acudir al tratadista Gabino Pinzón quien precisa: "*Según la posición jurídica de los socios frente a terceros, es decir, según la responsabilidad que les incumbe por las obligaciones que han contraído en desarrollo de la actividad social, la sociedad puede ser de personas o de capitales. En la primera los socios no desaparecen jurídicamente ante terceros, por cuanto sus bienes propios pueden ser perseguidos por los acreedores sociales y no solamente los de la sociedad, es decir, no es absoluta o completa la separación de patrimonios que se produce con la personificación jurídica de la sociedad (. . .) En la segunda ocurre, en cambio, un fenómeno hasta cierto punto inverso, por cuanto ante terceros no responde sino la persona jurídica y solo dentro de sus posibilidades patrimoniales de pago; esto es, se produce en ella una absoluta y completa separación de patrimonios en razón de su personificación jurídica.*"¹⁰

De otra parte, es posible eliminar la limitación de responsabilidad mediante convención a través de una estipulación estatutaria especial, tal como lo regula el artículo 353 del Código de Comercio al establecer: "*En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades.*"

Por tanto, el llamado velo corporativo hace referencia a la responsabilidad que deben asumir los socios de una persona jurídica en cuanto que su patrimonio personal no puede ser perseguido.

Sobre el concepto de velo corporativo esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse en providencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. No. 2012-02311-01 (AC), Consejero Ponente Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, en la que se precisó:

"(. . .) *Tenemos que la figura del denominado velo corporativo, hace relación única y exclusivamente a la responsabilidad que les incumbe a los asociados de una persona jurídica, en donde es deber de ellos actuar con lealtad, honestidad, transparencia en sus relaciones con los terceros que contratan con la sociedad y por ende solo ellos responden hasta el monto de sus aportes. Ahora bien, cuando los asociados de manera fraudulenta pretenden perjudicar a los terceros en general, es posible perseguir los bienes individuales de los asociados. Dicho proceder le corresponde adelantarlo y demostrarlo a los interesados y debe llevarse a cabo ante la justicia ordinaria, buscando así salvaguardar los intereses de las personas que puedan resultar perjudicadas.*

Vemos como aquí, en el evento de actuaciones dolosas o culposas de los asociados en detrimento de terceros, vamos más allá de la responsabilidad limitada solo al ente societario y entramos a la responsabilidad que le cabe a cada persona individualmente considerada, y ello es lo que constituye el levantamiento del velo corporativo, el cual es perfectamente aplicable, se reitera, en cualquier tipo societario e independientemente de que las sociedades se encuentren tramitando los procesos citados".

No obstante, tal derecho no puede concebirse de manera absoluta. Ha sido atenuado, para lo cual se ha desarrollado la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, cimentada a partir del fraude o engaño en que han incurrido los socios o accionistas para defraudar a los terceros o acreedores, como así lo precisa el doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry¹¹: "*Es, entonces, en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño.*"

A través del levantamiento del velo corporativo se busca la manera de responsabilizar a los socios o accionistas de una sociedad, que goza de personería jurídica, para que no puedan, escudándose en aquella, evadir su responsabilidad.

Esta teoría jurídica tiene su origen en los países con sistema del *common law*, los cuales con el fin de limitar los abusos que se cometían bajo el amparo de la personalidad jurídica desarrollaron la doctrina denominada "*disregard of legal entity*" - desentenderse de la entidad legal o "*lifting of piercing the corporate veil*" - levantar o correr el velo corporativo, con el fin de prescindir de la personalidad jurídica y tomar en consideración los intereses que detrás de ella se esconden, cuando es utilizada con fines ajenos a aquello para los cuales fue creada.

El levantamiento del velo corporativo tiene, entonces, como finalidad, desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados sobre el monto de sus aportaciones, cuando existen circunstancias defraudatorias respecto de terceros.

En el ordenamiento jurídico colombiano se establecieron algunos mecanismos para levantar el velo corporativo, entre los que se destacan: i) la

responsabilidad subsidiaria de la matriz y ii) la responsabilidad de los socios más allá del monto de sus aportes fruto de conductas dolosas o culposas a ellos imputables.

i) De la responsabilidad de la matriz

El fundamento normativo de esta clase de responsabilidad se encuentra previsto en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, según la cual en los casos de concurso de la subordinada se puede hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz.

Al respecto la norma en comento ordena:

"ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o contratante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o contratante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o contratante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años. "

A efectos de comprender el amparo contenido en la citada disposición se deben dilucidar los aspectos relativos al grupo empresarial y las situaciones de control.

Sobre la noción de grupo empresarial esta ha sido entendida como: *"la reunión en una unidad económica de dos o más sociedades", o "una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a un poder único".* Es entonces una sola empresa conformada por varias sociedades que son independientes entre sí, pero sometidas a un control unitario que determina las directrices de todas y cada una de las sociedades que forman dicha empresa.¹²

A su vez, el tratadista Francisco Reyes Villamizar ha indicado: *"Llamamos grupo de sociedades al conjunto constituido por varias sociedades, conservando cada una su existencia propia, pero unidas entre ellas por diversos lazos, en virtud de las cuales una de ellas denominada sociedad matriz, que mantiene a las otras bajo su dependencia, ejerce un control sobre el conjunto y hace prevalecer la unidad de decisión".*¹³

En nuestra legislación el grupo empresarial se encuentra regulado en la Ley 222 de 1995, en cuyo artículo 28 se determinó:

"ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan."

De la norma en comento se requieren dos elementos para poder predicar la existencia de un grupo empresarial, a saber: a) la subordinación, dependencia o control societario y, b) la unidad de propósito y dirección, en otros términos, que la matriz ejerza un poder de dirección suficiente para lograr un propósito común.

Por su parte, los artículos 26 y 27 de la referida Ley establecen los elementos de una sociedad subordinada y cuando se presume tal subordinación, así:

"ARTÍCULO 26. SUBORDINACIÓN. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

ARTICULO 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARAGRAFO 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior."

De manera que la situación de control o subordinación se estructura por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas y, por tanto, supone una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera y administrativa por parte de las filiales y subsidiarias.

La acción establecida en el artículo 61 antes aludido tiene origen en el hecho de que la situación de insolvencia o liquidación judicial se haya producido por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz, es decir, que la crisis societaria sea imputable a actos ejecutados por quien ostenta la calidad de matriz o controlante.

ii) Responsabilidad de los socios

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, define la responsabilidad de los socios por el pago del faltante del pasivo externo en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 82. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SOCIOS, ADMINISTRADORES, REVISORES FISCALES Y EMPLEADOS. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o exlimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

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

La norma transcrita estipula un evento de responsabilidad solidaria en cuanto al pago del faltante del pasivo externo. Dicha acción puede ser promovida por cualquier acreedor.

V. Análisis del caso planteado y conclusiones

Analizado el marco legal y jurisprudencial descrito en precedencia se tiene que en lo que corresponde al pago de los pasivos pensionales, la sociedad para el momento de iniciar el proceso de reorganización debe tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas, bonos y títulos pensionales exigibles.

No remite a duda que las obligaciones pensionales que tenga a su cargo la empresa constituyen un pasivo dentro del proceso de liquidación, las cuales deben ser pagadas con preferencia sobre las demás originadas en gastos de administración (art. 71 íbidem).

En ese orden de ideas, el pago o la garantía de pago de las obligaciones pensionales se realizará a través de un mecanismo de normalización pensional que, valga la pena precisar, debe operar tanto en los procesos de reorganización, como en los procesos de liquidación judicial por así disponerlo el artículo 1° del Decreto 1270 de 2009.

Es pertinente advertir que el único mecanismo de normalización del pasivo pensional no lo constituye la conmutación pensional total o parcial como quiera que existen otros instrumentos para tal fin, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos para ello.

Así, en tratándose de empresas en liquidación cuyos activos resulten insuficientes para el pago de las obligaciones pensionales, tal como acontece con el Fondo Ganadero del Putumayo, en las que no es posible acudir a la conmutación pensional, podría hacerse uso de otros de los mecanismos de normalización pensional que permite la ley y los respectivos decretos reglamentarios, tales como la realización de un pago único a los distintos trabajadores y pensionados, a través de un patrimonio autónomo (artículo 11 Decreto 1260 de 2000)

Sin embargo, los activos con los que cuenta el Fondo Ganadero del Putumayo son dos inmuebles denominados Finca Bella Vista por valor de \$130.790.430 y Finca Palermo por valor de \$569.580.800, para un total de \$700.371.230, sin que con ellos se cancele la totalidad de la carga pensional Empero, dada la insuficiencia de recursos o activos para el pago integral de tales obligaciones pensionales, es posible que los dineros faltantes para cubrir el total de dicho pasivo puedan ser asumidos por los socios de la empresa en proporción a su participación.

En otros términos, si bien las obligaciones pensionales, en principio, deben ser asumidas con el patrimonio de la sociedad en algunos casos, es posible hacer extensiva a los accionistas la responsabilidad de las obligaciones sociales. Recordemos que para el presente caso todos los accionistas son entidades del Estado.

Ahora bien, con el fin de enervar la "teoría de limitación del riesgo", la sociedad matriz o los socios de la empresa que se encuentra en liquidación pueden asumir con su propio patrimonio y hasta el monto de sus aportes el pago de las obligaciones pensionales insatisfechas, siempre y cuando se establezca previamente su responsabilidad en la situación de insolvencia o liquidación, declaración que corresponde realizar al Juez del concurso mediante el adelantamiento del proceso abreviado. Una vez proferida tal determinación, que valga la pena precisar ostenta el carácter de decisión judicial, la matriz o controlante será responsable de manera subsidiaria frente al pago de la suma del pasivo faltante.

Significa, por lo tanto, que la afectación del patrimonio de los socios para el pago del pasivo faltante, o la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de la subordinada en el proceso de liquidación judicial, no operan de pleno derecho, ni menos aún por decisión de una autoridad administrativa, sino que se requiere de decisión judicial que así lo declare.

De conformidad con lo expuesto y de acuerdo con la información recibida en audiencia celebrada el 6 de febrero del presente año, se puede concluir que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por el simple hecho de ser socio del Fondo Ganadero del Putumayo, en principio, no debe responder por el pago del pasivo pensional, pues la sociedad en liquidación asume tal responsabilidad con su patrimonio y dentro de sus posibilidades.

Sin embargo, con el adelantamiento de las acciones previstas en la Ley 1116 de 2008, la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales puede declarar que el Ministerio de Agricultura, como socio del Fondo Ganadero del Putumayo, es responsable y, en consecuencia, deberá asumir las obligaciones de la carga pensional, de acuerdo con el porcentaje de su participación .

Es importante recordar que en el caso objeto de estudio, el Fondo Ganadero del Putumayo S.A. solicitó la apertura del trámite de liquidación judicial por la imposibilidad de cumplir con las etapas del proceso de liquidación voluntaria en lo que respecta a la enajenación de activos, puesto que solo cuenta con dos bienes de su propiedad; empero, uno se encuentra embargado y próximo a remate por parte de la DIAN y el otro es perseguido por obligaciones de orden laboral, aunado a que hay procesos judiciales que buscan apropiarse de sus bienes por un valor inferior al comercial, sin dejar de lado que existen obligaciones vencidas por concepto de mesadas pensionales.

Por ello, que se encuentra en juego el reconocimiento de derechos pensionales, los cuales ostentan la categoría de fundamentales por la afectación directa de la vida, dignidad, trabajo y seguridad social, que gozan de un amparo prevalente consagrado en la Constitución¹⁴ y, por lo tanto, es deber del Estado protegerlos, máxime si dentro de un proceso liquidatorio se encuentra vinculada una entidad estatal.

Al respecto el artículo 48 de la Constitución Política establece en su parte pertinente:

"ARTÍCULO 48

(. . .)

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. (. . .)
(. . .)". (Se resalta).

Bajo esta óptica, resulta conveniente señalar que una sociedad matriz puede transitoriamente tener responsabilidad subsidiaria para el pago de mesadas pensionales por insolvencia de la sociedad subordinada, siempre que se pretenda la protección de los derechos fundamentales de los pensionados de la empresa que se encuentra en proceso de liquidación obligatoria.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995¹⁵, vigente para ese momento, y ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, por lo que en reiteradas decisiones ha ordenado a la entidad matriz responder subsidiariamente con su capital. Veamos:

Así, en la sentencia SU 1023 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, puntualizó:

"Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM

incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación.". (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, en la sentencia SU 636 de 2003, M.P. Dr. Jaime Arauja Rentería dijo:

"(. . .) para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la Ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el ciento por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos.

La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control.". (Negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, si bien el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no se encuentra vigente y, en consecuencia, no se puede aplicar la acumulación procesal por la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz respecto de las obligaciones de la sociedad subordinada que se encuentra en un proceso concursal, sí puede entenderse que cuando se ven afectados los derechos fundamentales de los trabajadores o ex trabajadores, en particular acerca del reconocimiento de mesadas pensionales, siempre que la sociedad subordinada no cuente con los recursos para su pago, la sociedad matriz deberá proceder a su reconocimiento.

Puesto que *"la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía contratante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad.*

*Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen Jugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados."*¹⁶

En este punto, la Sala se permite aclarar que si bien la Nación - Ministerio de Agricultura no puede ser calificada como "sociedad matriz", ya que carece de naturaleza societaria, ello no impide que pueda ser considerada eventualmente como la "controlante" del Fondo Ganadero del Putumayo, ya que puede ser controlante de una sociedad cualquier persona natural o jurídica (incluyendo aquellas que no tienen el carácter de sociedades), tal como lo ha reconocido la Superintendencia de Sociedades. Así, por ejemplo, en el oficio N° 100-56079 del 16 de septiembre de 1998, dicha entidad manifestó.

"Como lo ha expresado esta Superintendencia en recientes pronunciamientos, el gran cambio o giro fundamental de la reforma frente a la legislación del Código de Comercio de 1971, es el reconocimiento para efectos jurídicos, del hecho de que una persona natural o jurídica de naturaleza no societaria pueda ejercer el control sobre las sociedades comerciales. El contratante puede ser una persona jurídica de naturaleza jurídica no societaria, como una fundación, una asociación y en particular, puede ser una entidad pública. La ley societaria no efectuó distinciones de ningún tipo en relación con los sujetos contratantes, pues por el contrario, una de las reformas estelares en esta materia por parte de la ley 222 de 1995, es la ampliación de la cobertura acerca de los sujetos que pueden tener la condición de matriz o controlante".

Vistas así las cosas, de acuerdo con la información que le fue suministrada a la Sala, se observa que el sector agrícola representado en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como socio del Fondo Ganadero del Putumayo tiene un porcentaje total de participación accionaria de 61.53% y siendo una entidad pública, está en el deber constitucional y legal de velar por los principios del Estado Social de Derecho. En particular para el caso en estudio, por la protección de los derechos fundamentales de los pensionados que pueden ver afectados sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social en materia de pensiones, habida consideración que la sociedad en liquidación no cuenta con los activos suficientes para el pago de tales obligaciones pensionales y ello causaría perjuicios a los sujetos de especial protección.

De manera que, ante la ocurrencia de conductas omisivas o que pudiesen dar lugar a la declaratoria de responsabilidad de una entidad pública, situación que debe, en forma previa valorar y determinar el Ministerio, es deber de este, en la medida en que se pueda presumir esa responsabilidad, garantizar aquellos derechos, en razón a que las acreencias laborales, en particular las obligaciones pensionales en relación con los demás créditos de la empresa en proceso liquidatorio, gozan de prevalencia y protección constitucional; por consiguiente, es preciso amparar los derechos fundamentales que legítimamente le asisten al pensionado en el Estado Social de Derecho¹⁷ y prevenir el acaecimiento de una responsabilidad por parte de la Nación - Ministerio de Agricultura, a quien le compete defender tales derechos mediante la adopción de medidas eficaces y efectivas.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el Estado podrá ser responsable por los daños antijurídicos que pueda ocasionar por la acción u omisión de sus agentes conforme a lo previsto en el artículo 90 Constitucional, en este caso, por el obrar de los directivos y administradores de la sociedad, cuando en su gestión hubiesen podido generar perjuicios por el incumplimiento en el pago de las obligaciones pensionales.

Por tanto, corresponde al Ministerio de Agricultura, con base en los criterios legales y jurisprudenciales antes expuestos, efectuar el correspondiente análisis o juicio de ponderación que le permitan determinar su responsabilidad frente a las obligaciones pensionales insolutas del Fondo Ganadero del Putumayo.

Finalmente, en el evento en que el Ministerio de Agricultura, en su condición de accionista del Fondo Ganadero del Putumayo deba hacer erogaciones o aportes de sumas de dinero para atender el pago de pasivos pensionales podrá realizar acuerdos conciliatorios, de manera que desde el punto de vista presupuesta! la fuente que respalde su reconocimiento y pago lo será el rubro asignado en el presupuesto de dicha entidad para sentencias y conciliaciones, en atención al principio de legalidad del gasto.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. *¿Puede la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, sin que medie decisión judicial previa de levantamiento del velo corporativo o cualquier otra acción judicial que decrete o atribuya en su contra responsabilidad en calidad de socio o contratante de la sociedad?"*

2. *¿Puede la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, con fundamento exclusivamente en el concepto de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios del Ministerio de Trabajo, fundado en una eventualidad o posibilidad futura de responsabilidad?*

Por regla general no. Teniendo en cuenta que el Fondo Ganadero del Putumayo se constituyó como una sociedad de capital, esta persona jurídica es la que debe responder con su patrimonio por las obligaciones pensionales, en virtud a la teoría de la limitación del riesgo.

No obstante, la Sala considera que en esta oportunidad el análisis del Ministerio debe ir más allá de los anteriores interrogantes, en la medida en que el estudio del presente asunto, tal como ya se expuso, no puede circunscribirse exclusivamente al hecho de si el Ministerio de Agricultura, en su condición de socio del Fondo Ganadero del Putumayo, debe asumir en proporción a su participación en este, a la normalización del pasivo pensional.

En efecto, es preciso aclarar que la participación del Ministerio de Agricultura para contribuir en las obligaciones pensionales del Fondo debe analizarse desde el punto de vista de la responsabilidad en que pudo haber incurrido dicha entidad en su condición de accionista respecto de la protección de estos derechos fundamentales, ya que, según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable por la acción u omisión de sus agentes y, por tanto, quienes lo representaban en esa sociedad pudieron haber generado daños antijurídicos en el desarrollo de las obligaciones pensionales que han sido incumplidas y que aparecen reconocidas en el proceso liquidatorio.

Lo anterior, teniendo en cuenta el riesgo jurídico que esta situación puede generar para la Nación -Ministerio de Agricultura, ya sea en virtud de la responsabilidad del Estado (artículo 90 de la Constitución), o de la responsabilidad subsidiaria por su posible condición de controlante (artículo 26 de la Ley 222 de 1995), o mediante el levantamiento del velo corporativo de la sociedad, o por otro mecanismo.

Por tanto, corresponde al Ministerio, con base en los fundamentos legales, los derechos constitucionales y los precedentes jurisprudenciales antes citados, examinar, valorar y ponderar en su condición de accionista del Fondo Ganadero del Putumayo, el grado de responsabilidad que le puede asistir frente a la normalización del pasivo pensional y determinar si procede a ello o no, con independencia del velo corporativo y la teoría de la limitación del riesgo.

El Ministerio de Agricultura deberá determinar junto con los otros socios y, si es del caso, con los acreedores de las obligaciones laborales, los mecanismos más adecuados para lograr la normalización del pasivo pensional y permitir de esta forma que pueda seguir la liquidación del fondo ganadero.

3. *En caso afirmativo, en cualquiera de los eventos a los que se refieren las preguntas antecedentes, ¿cuál sería el título de gasto presupuestal para efectos de asumir el pago del pasivo pensional mencionado?"*

En el evento en que el estudio que realice el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural concluya que pueda tener responsabilidad patrimonial derivada de la acción u omisión de sus agentes que hubieren generado daños antijurídicos, la asunción del pasivo pensional en proporción a su participación accionaria, que se traduce en el aporte de unas sumas de dinero o bienes de la Nación, tendría que ser formalizada en un acuerdo conciliatorio, logrado en el trámite del proceso liquidatorio judicial, en el que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores o ex trabajadores del Fondo Ganadero del Putumayo en materia pensional y prestacional. De lograrse dicho acuerdo, el rubro presupuestal que permitiría cubrir dicho gasto sería el correspondiente a sentencias y conciliaciones del presupuesto asignado a ese Ministerio (artículo 45 del Decreto 111 de 1996). Al respecto, deberán cumplirse los requisitos generales y específicos de ley, en especial, el concepto previo y favorable del Ministerio del Trabajo.

Remítase al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ	OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala	Consejero de Estado
GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR	ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado	Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO

Secretaria de la Sala

13 JUN 2018, levantada la reserva legal mediante oficio No. 20181140093111 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-773 de 16 de octubre de 2014, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

² Corte Constitucional T-149 de 31 de marzo de 2016, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³ Ver parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 549 de 1999 "Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional."

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 20 de mayo de 2010, Exp. No. 2002-12297 (3712-04), Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila

⁵ Arenas Monsalve, Gerardo, El Derecho Colombiano de la seguridad social, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, Pg. 417.

⁶ López Villegas, Eduardo. La formación y traslado de recursos para el sistema pensional. En: Libro homenaje a María del Rosario Silva y Pedro Manuel Charria. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2004, Pg. 74. citado en la obra antes referida Pg. 418.

⁷ Levantamiento del velo Corporativo. Panorama y perspectivas. El caso Colombiano- Velo Corporativo y Jurisprudencia. Jorge Hernán Gil Echeverri. Pg. 118

⁸ "ARTÍCULO 294. RESPONSABILIDAD DE SOCIOS EN SOCIEDAD COLECTIVA. Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. Esta responsabilidad sólo podrá deducirse contra los socios cuando se demuestre, aún extrajudicialmente, que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago. En todo caso, los socios podrán alegar las excepciones que tenga la sociedad contra sus acreedores."

⁹ "ARTÍCULO 323. FORMACIÓN DE SOCIEDAD EN COMANDITA - DENOMINACIÓN DE SOCIOS>. La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios."

¹⁰ Pinzón Gabino, Sociedades Comerciales, Bogotá Temis 1977, Pg. 18.

¹¹ Levantamiento del Velo Corporativo, Velo Corporativo y Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 20por10, Pág. 124.

¹² Revista e-mercatoria, volumen 8, numero 1 (2009). Acercamiento al concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para su existencia. Arios Mario Montiel Fuentes.

¹³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario tomo I. Editorial Temis S.A. 2004. Bogotá, Colombia, pie de página 47, p. 560.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU 636 de 2003. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería: "Ello explica que la Constitución Política colombiana lo consagre como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho que fa misma establece (preámbulo y artículo 1 ') y, al mismo tiempo, como un derecho fundamental (arts. 25 y 53) y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

En el mismo sentido, el Ordenamiento Superior estatuye que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (art 48) y que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (art 53). "

¹⁵ ARTICULO 148. ACUMULACION PROCESAL. Título //. derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007> Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del

Concepto Sala de Consulta C.E. 00080 de
2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil

deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

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

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-1023 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-1023 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Fecha y hora de creación: 2024-10-19 15:34:09