

**LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES – ANÁLISIS
CONCEPTUAL Y TENSIONES JURÍDICAS**

YEIMY YOLIMA SALAZAR CALDERÓN

SOL ANGY MUÑOZ LEÓN

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA - UNICOC

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

CHÍA, CUNDINAMARCA

2016

**LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES – ANÁLISIS
CONCEPTUAL Y TENSIONES JURÍDICAS**

YEIMY YOLIMA SALAZAR CALDERÓN

SOL ANGY MUÑOZ LEÓN

Trabajo de grado para optar al título de

Abogado

DIRECTOR

ANDRÉS FELIPE TRUJILLO GALVIS

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA - UNICOC

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

CHÍA, CUNDINAMARCA

2016

PÁGINA DE DEDICATORIA

A Dios, a mi familia y a quienes me ayudaron y
alentaron para estudiar y culminar este sueño de
ser abogada.

YEIMY YOLIMA SALAZAR CALDERÓN

Dedicado a mis padres, ANGEL MUÑOZ Y BERENICE
LEÓN, quienes fueron mi motivación y apoyo para
culminar éste proyecto en mi vida. A ellos, infinitas
gracias.

SOL ANGY MUÑOZ LEÓN

AGRADECIMIENTOS DE LAS AUTORAS

Agradecimiento en primera medida a Dios por permitirnos conocer y culminar en feliz término ésta oportunidad académica.

Agradecimiento especial a nuestro Director de Trabajo de Grado, Dr. ANDRÉS FELIPE TRUJILLO GALVIS por el apoyo, asesoría, dedicación y paciencia asumidos a lo largo del desarrollo de nuestra investigación.

RESUMEN

La acción de Extinción de Dominio consagrada en el artículo 34 de la Constitución Política como un instrumento de castigo del enriquecimiento ilícito y tutela del Tesoro Público y la Moral Social, ha presentado un desarrollo normativo que ha dado lugar a la codificación de la regulación a través de la expedición de la Ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio).

La acción de Extinción de Dominio tiene la potencialidad de recaer sobre cualquier tipo de bienes susceptibles de valoración económica. No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de los títulos que representan el capital de una sociedad, vale la pena analizar las directrices que el ordenamiento jurídico ha determinado cuando la acción de Extinción De Dominio tiene por objeto este tipo de bienes intangibles.

Desde luego, el análisis requiere también de la consulta y visión crítica de los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios, a efectos de identificar tanto las tensiones jurídicas, como las soluciones que las fuentes del derecho le han dado al objeto de este estudio.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	10
OBJETIVO PRINCIPAL	10
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	10
I. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA	11
1.1. La acción de Extinción de Dominio como expresión de la función social de la propiedad.....	11
1.2. La acción de Extinción de Dominio como castigo al enriquecimiento ilícito y tutela del Tesoro Público y la Moral Social.....	13
1.3. La acción de Extinción de Dominio en la actual legislación - Ley 1708 de 2014.....	19
1.4. Criterios relevantes del proceso de extinción de dominio en la ley 1708 de 2014.	23
II. EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LAS PARTICULARIDADES SOBRE LOS TÍTULOS QUE REPRESENTAN EL CAPITAL DE LAS SOCIEDADES.	28
2.1. Etapa Inicial.....	28
2.1.1. Fijación provisional de la pretensión.....	29
2.1.2. Medidas Cautelares sobre sociedades.....	29
2.1.3. Los derechos sociales ejercidos por el administrador del FRISCO (SAE).	32
2.2. Etapa de juzgamiento.....	40
2.3. Declaración de la Extinción de Dominio a favor del Estado.....	41
2.4. Terceros de buena fe exentos de culpa en el proceso de extinción de dominio.....	43
III. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN PERSONA JURÍDICA – SOCIEDADES.	47
3.1. Régimen procedimental para liquidar una sociedad cuyo capital social ha sido objeto de la acción de Extinción de Dominio.	55
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	65

INTRODUCCIÓN

Las dinámicas sociales son la fuente de continuos cambios en los comportamientos que se surten entre los individuos de una comunidad y hacen necesario mantener en constante evaluación el marco jurídico que sirve de directriz y de límite a las relaciones entre los particulares y entre éstos y las autoridades.

En este contexto, una de las consecuencias de orden práctico más importantes para las autoridades es enfrentar las nuevas formas de actividades delictivas y sus efectos sociales, económicos y jurídicos y, evaluar si las normas de carácter preventivo, restrictivo y sancionatorio resultan suficientes y adecuadas para los fines que persiguen.

Así, el Estado colombiano ha creado múltiples mecanismos normativos que le permiten combatir las actividades delictivas y tutelar bienes jurídicos de primordial importancia en un estado social de derecho como lo son: la vida, la libertad individual, la integridad moral, el patrimonio económico, la fe pública, el orden económico social, la seguridad pública, la moral social, el tesoro público, la administración pública, entre otros. Entre los múltiples mecanismos normativos se destacan la tipificación penal de varias conductas, la incorporación de medidas de carácter administrativo para el cumplimiento de tratados internacionales (como es el caso de la extradición) y, acciones de orden jurisdiccional que buscan reivindicar en favor del Estado derechos patrimoniales ilegítimos en cabeza de los infractores, que encontraron su origen en acciones contrarias a la Ley (como es el caso de la Extinción de Dominio).

La propia Carta Política respalda con el poder de la supremacía constitucional el espectro normativo que dota al Estado de herramientas para combatir la criminalidad. Tal es el caso de la consagración de la acción de Extinción de Dominio consagrada en el artículo 34 de la Norma Superior.

No obstante que la Extinción de Dominio surge en el ordenamiento jurídico colombiano como una expresión de la función social de la propiedad, en la que se castigaba al particular por el abandono o la falta de explotación injustificada de un predio rural (Ley 200 de 1936 - Ley de Tierras), el contexto social, político, económico y de orden público padecido por Estado colombiano en los finales de la década de los ochentas e inicio de los noventas, mutó esta figura jurídica como un instrumento para combatir la criminalidad, particularmente las actividades del narcotráfico y el consecuente enriquecimiento ilícito.

Así, el cuerpo normativo que desde la expedición de la Constitución Política del 91 ha regulado la extinción de dominio, se ha encargado de tutelar el Tesoro Público y la moral social, restringiendo el fortalecimiento

económico de las organizaciones delictivas, pues a través de su instrumentación, mediante sentencia judicial se tiene la potencialidad de declarar la titularidad a favor del Estado sobre el patrimonio producto de actividades ilegales, sin contraprestación para el afectado, quien es a la postre infractor de la normatividad. Así, no puede ser lícito la titularidad de un bien que se ha conseguido como resultado de un ilícito teniendo en cuenta que *“los derechos solo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y solo a éstos se extienden la protección que aquel brinda.”*¹ Desde luego, cualquier tipo de bien susceptible de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, es susceptible de la acción de Extinción de Dominio².

En razón de lo anterior, se estima la acción de Extinción de Dominio como un instrumento que reivindica y pondera bienes jurídicos superiores, ante el ejercicio del ilegítimo derecho real de Dominio adquirido como producto de actividades ilícitas.

Es de anotar que el derecho de Dominio, por razón misma de su naturaleza, permite el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento concede respecto de un bien. Por ello, su accionar permite incluso el fraccionamiento de las atribuciones jurídicas que lo componen, esto es, el uso (*ius utendi*), el goce (*ius fruendi*) y la disposición (*ius abutendi*)³. De igual forma, el ordenamiento jurídico permite que dos o más personas ostenten la titularidad del derecho de Dominio de determinado bien, bajo la figura de copropiedad⁴. Dicha situación, de cara al ejercicio de la acción de Extinción de Dominio, genera múltiples tensiones jurídicas.

¹ SAVOGAL QUINTERO, Moisés. El enriquecimiento ilícito el lavado de activos y la extinción de dominio. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014, p. 42.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014 (20, enero, 2004) por la cual se expide el Código de Extinción de Dominio, art 1, numeral 3.

³ Al respecto, ha precisado la Corte Constitucional mediante sentencia C-133 de 09 (Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería): “Son atributos de propiedad (i) el *ius utendi*, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el *ius fruendi* o fructus, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.”

⁴ Al respecto, dispone el artículo 2322 del Código Civil: La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato.

En este contexto, llama de forma particular la atención el evento en que el patrimonio económico cuya titularidad le corresponde a una persona jurídica, que es en la inmensa mayoría de los casos una sociedad comercial. Lo anterior al analizar varios factores:

En primer lugar, la fácil transferencia del dominio sobre la titularidad del patrimonio societario, porque de conformidad con la Ley Comercial los títulos que materializan el capital social (sean partes de interés, cuotas sociales o acciones) tienen como regla general su libre comercialización, salvo algunas restricciones impuestas por la Ley. Dicha situación, hace que la enajenación de la titularidad del capital societario se haga con gran rapidez y por lo mismo, resulta un escenario propicio para que patrimonios de origen lícito, resulten confundidos con otros de origen ilícito, en la medida en que, o bien el adquirente, o bien el enajenante de la participación, utilicen en la transacción recursos de origen ilícito. Así, es difícil conocer de forma precisa los sujetos y el patrimonio que debe ser objeto de la acción de Extinción de Dominio, además de generar efectos negativos en los terceros que de buena fe.

En segundo lugar, cabe resaltar que la legislación comercial permite la configuración de sofisticadas estructuras empresariales, en las que, a través de la creación sucesiva de personas jurídicas resulte difícil identificar las personas naturales que ostentan en últimas la titularidad y el control de la figura empresarial, quienes a la postre deben ser las personas sobre las que recaigan los efectos de la acción de Extinción de Dominio.

Es por ello que, de forma generalizada, las estructuras societarias han sido objeto de estructuras criminales para dar apariencia de legalidad a recursos de origen ilegal y procesar ganancias monetarias derivadas de actividades criminales, tipificando la conducta penal de lavado de activos.

Finalmente, porque por regla general y, salvo el caso de las acciones por acciones simplificadas, la constitución y sustento de una sociedad requiere pluralidad de sujetos y, eventualmente, alguno de éstos pudiera haber adquirido la titularidad del capital con fruto de actividades ilícitas, pero algunos efectos jurídicos de la acción de Extinción de Dominio impactarían a los demás socios.

Así las cosas, vale la pena cuestionar las directrices que el ordenamiento jurídico ha determinado para el ejercicio de la acción de Extinción de Dominio sobre los títulos representativos de la participación en el capital social y la correspondiente interpretación jurisprudencial y visión crítica de la doctrina en los eventos en que es objeto de esta medida conseguido producto de actividades ilícitas y su repercusión tanto en la persona jurídica como en los socios que ostentan una titularidad legítima del capital social.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Con el fin de dar un sustento a la monografía – trabajo de grado par optar por el título de abogado, se plantea el siguiente problema:

¿Cuáles son las tensiones jurídicas que surgen con ocasión del ejercicio de la acción de Extinción de Dominio sobre los títulos que representan el capital de una sociedad comercial y que respuesta ha dado la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina en su solución?

OBJETIVO PRINCIPAL

La presente monografía tiene como objetivo principal realizar un análisis conceptual de la acción de Extinción de Dominio, direccionado al examen de las diversas tensiones jurídicas que se presentan en el evento en que dicha acción recaiga sobre los títulos que representan el capital de las sociedades comerciales.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir la evolución normativa de la acción de Extinción de Dominio en Colombia.
2. Realizar un análisis conceptual de la acción de Extinción de Dominio, en el que se consulte la tanto el marco legal, como los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios relevantes para ese objeto de estudio.
3. Presentar de forma genérica, el *iter* que materializa la acción de Extinción de Dominio según la normatividad vigente.
4. Identificar y analizar los efectos jurídicos particulares que suscita la acción de Extinción de Dominio sobre los títulos que representan el capital de las sociedades comerciales.
5. Identificar y analizar las respuestas que la normatividad ha dado frente a las vicisitudes originadas por el ejercicio de la acción de Extinción de Dominio sobre los títulos que representan el capital de las sociedades comerciales.
6. Identificar vacíos normativos respecto de la del ejercicio de la acción de Extinción de Dominio sobre los títulos que representan el capital de las sociedades comerciales.
7. Identificar los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios que han servido de apoyo en el análisis y solución de las tensiones jurídicas que se presentan respecto de la del ejercicio de la acción de Extinción de Dominio sobre los títulos que representan el capital de las sociedades comerciales.

I. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA

Con el objetivo de comprender el marco que regula el espectro sustancial y procesal de la acción de Extinción de Dominio en la actualidad, a continuación realizará una descripción de la evolución normativa de esta figura jurídica en Colombia:

Se iniciará exponiendo los antecedentes de la mencionada acción en la constitución de 1886 y su posterior inclusión en el texto constitucional de 1991. Así mismo, se hará un análisis más detallado de las normas que han reglamentado la acción de extinción de dominio haciendo énfasis en la Ley 333 de 1996, la Ley 793 de 2002, hasta el actual Código de Extinción de Dominio.

1.1. La acción de Extinción de Dominio como expresión de la función social de la propiedad.

Desde la configuración de Colombia como un Estado independiente se ha reconocido el derecho a la propiedad privada. No obstante de tratarse de un derecho de vital importancia para la caracterización del Estado, pues su consagración define el modelo económico del país, el derecho de propiedad no es absoluto y ha encontrado en los textos constitucionales factores que limitan su ejercicio. En efecto, la Constitución Política de 1886 estimó como factores preponderantes al ejercicio de la propiedad privada el interés público y la utilidad pública, los cuales materializó mediante la consagración de las figuras jurídicas de la expropiación y la enajenación forzosa.⁵

Con la expedición del Acto Legislativo 01 de 1936, el alcance del ejercicio del derecho a la propiedad privada se modifica, al valorarse como un derecho que implica ciertas cargas que su titular debe cumplir frente a la sociedad, acuñándose la teoría de la función social de la propiedad. En efecto, el Acto legislativo 01 de 1936 preceptuó en su artículo 10:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

⁵ COLOMBIA. Constitución Política, 1886. Art. 31 y 32.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa (...) (Negrilla y subraya fuera de texto).

La noción de función social de la propiedad tuvo una de sus expresiones más relevante con la expedición de la Ley de Tierras (Ley 200 de 1936), la cual consagró por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano la acción de Extinción de Dominio. Al respecto conceptúa Tobar Torres⁶:

En efecto, desde dicha Ley de Tierras el legislador colombiano dispuso la extinción o pérdida del derecho de dominio a favor de la nación sobre predios rurales, cuando se probara el abandono o la falta de explotación injustificada del dueño (incumplimiento de la función social de la propiedad) durante un lapso de diez años continuos (Solano, 2004, p. 29), término este que a través de la ley 100/1944 se amplió a quince años, y en 1973 mediante la ley 4 de dicho año se redujo a tres años.

(...) Sin embargo, la realidad es que durante varias décadas la figura de la extinción de dominio agraria no fue aprovechada por los gobiernos de turno, siendo más empleada para propósitos agrarios o de desarrollo urbano la figura de la expropiación.

Ahora bien, con la expedición de la Carta Política de 1991 se sigue la línea de la expresión constitucional de la función social de la propiedad, agregándole también un criterio ecológico. En efecto, dispone el artículo 58 de la Carta Magna:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. (...) (Negrilla y subraya fuera de texto).

Pues bien, en desarrollo del precepto constitucional de la función social y ecológica de la propiedad y retomando lo establecido en la Ley 200 de 1936, anteriormente referida, el legislador consagró esto la acción

⁶ TOBAR TORRES, Jenner. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14(26), 2014, p.17-38.

de Extinción de Dominio⁷ sobre para predios rurales en los que se ha cesado la explotación económica durante tres años continuos y, además, agregó la aplicación de dicha acción para los siguientes eventos: (i) La violación de las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente; (ii) la violación de las normas sobre zonas de reserva agrícola o forestal; y, (iii) **la destinación del predio para la explotación con cultivos ilícitos**⁸.

Precisamente, llama la atención la última causal consagrada en la Ley 160 de 1994, pues entrevé el objeto con el que en la actualidad, de manera común y generalizada, se hace referencia a la acción de Extinción de Dominio y que se explicará a continuación.

1.2. La acción de Extinción de Dominio como castigo al enriquecimiento ilícito y tutela del Tesoro Público y la Moral Social.

Una primera aproximación a la acción de Extinción de Dominio como castigo a las actividades delictivas, tuvo lugar en el ordenamiento jurídico colombiano, antes de la expedición del texto constitucional de 1991, como desarrollo de los tipos penales de *confiscación* y el *decomiso de armas*, la consagración del *comiso* y la cancelación de los registros fraudulentos de bienes. Se analiza en detalle la evolución normativa en la siguiente tabla:

INSTRUMENTO	OBJETO	REGULACIÓN / DETALLE
Ley 95 de 1936	Código penal	Artículo 59. <u>Las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito, o que provengan de su ejecución, se confiscarán y entregarán al Estado</u> , a menos que la ley disponga que se destruyan, o que se devuelvan a quien se hubieren sustraído o a un tercero sin cuya culpa se hubiere usado de ellos.
DECRETO 409 DE 1971	Código de Procedimiento Penal	ARTÍCULO 308. DECOMISO. <u>Las armas o instrumentos con que se haya cometido un delito y los objetos que provengan de su ejecución, serán decomisados por la policía Judicial</u> y puestos a disposición del funcionario de instrucción, junto con el informe y diligencias previstos anteriormente, salvo la excepción a que se refiere el artículo 350.

⁷ Se precisa que el ejercicio de la acción de Extinción de Dominio por las causales expuestas en la Ley 160 de 1994, le corresponde al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) mediante procedimiento administrativo (Artículos 12 y 52 ibidem).

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 160 de 1994. Diario Oficial No. 41.479, de 5 de agosto de 1994. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones. Art 52

INSTRUMENTO	OBJETO	REGULACIÓN / DETALLE
LEY 2 DE 1984	Modificación del tipo penal	ARTÍCULO 37. El artículo 110 del Código Penal quedará así: COMISO. <u>Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado</u> a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.
DECRETO 50 DE 1987	Código de Procedimiento Penal	ARTÍCULO 53. CANCELACIÓN DE REGISTROS FALSOS. <u>Demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles sujetos a registro, el juez que esté conociendo del proceso ordenará inmediatamente la cancelación de los títulos espúreos y del registro correspondiente.</u>

Posteriormente en 1990, previa declaratoria del Estado de Sitio⁹ en todo el territorio nacional por la perturbación del orden público producida por el accionar de las bandas de terroristas y narcotraficantes, se expidió a través del Decreto 2790¹⁰ el Estatuto para la Defensa de la Justicia, que sirvió como medida de choque que buscó apoyar al sector judicial para el cumplimiento de sus funciones, robusteciendo los organismos de la justicia. Entre los mecanismos dispuestos por el Decreto 2790 de 1990 tuvo lugar la acción de Extinción de Dominio.

En efecto, el artículo 57 de este dispositivo normativo permitió la aplicación de la acción de Extinción de Dominio a favor del Estado de los bienes incautados u ocupados por razón de los tipos penales de secuestro, terrorismo; auxilio a las actividades terroristas; omisión de informes sobre actividades terroristas, perturbación del orden público, rebelión, sedición, así como los relacionados con cultivos ilícitos y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

El grave contexto social, político, económico y de orden público padecido por Estado colombiano en los finales de la década de los ochentas e inicio de los noventas hizo que el constituyente del 91 cobijara con la fortaleza de la supremacía constitucional medidas tendientes a frenar la ola de violencia que azotaba al país y a debilitar las organizaciones criminales que se habían construido y consolidado producto del narcotráfico.

Así, el artículo 34 de la Constitución Política de 1991 dispone:

⁹ El Estado de Sitio fue declarado a través del Decreto 1038 de 1984.

¹⁰ El Decreto 99 de 1991 modificó, adicionó y complementó el Estatuto para la Defensa de la Justicia, contenido en el Decreto Legislativo 2790 de 1990.

Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social. (Negrilla y subraya fuera de texto).

En el informe de ponencia de los constituyentes Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón y otros, se señaló:¹¹

El enriquecimiento ilícito ha sido un factor de corrupción social en Colombia, no sólo por lo que implica el delito en sí mismo, sino porque quienes lo cometen hacen ostentación ante los demás con bienes lujosos que en verdad no les pertenecen y que no fueron obtenidos como fruto del trabajo honrado.

(...) Esta situación de impunidad se ha derivado un ejemplo letal para la comunidad. Los ciudadanos se sienten desestimulados enfrente al esfuerzo de buscar sustento y progreso en actividades legales que no traen como compensación la fácil obtención de bienes costosos, cuando al tiempo ven expuestas ante sus ojos las riquezas conseguidas en forma fácil y rápida por quienes infringen la ley.

Esta comparación desmoraliza a la población, y a las actividades marginales se ven tentados y arrastrados los individuos en forma masiva, en busca del progreso personal, cómodo y exuberante. En tales circunstancias el país ha sufrido un desmoronamiento fatal y la corrupción y la criminalidad se han extendido en forma que hoy atenta contra la propia estabilidad de la nación y de sus instituciones.

El desarrollo legal del artículo 34 de Constitución Política, tuvo su primera aproximación con la expedición de la Ley 333 de 1996, bajo la cual se establecieron las normas de Extinción de Dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita. Bajo este marco de regulación se establecieron, además de los pormenores procesales, las causales de procedencia y los bienes objeto de la acción de Extinción de Dominio.

En el estudio de constitucionalidad de la Ley 333 de 1996, la Corte Constitucional realizó un importante análisis conceptual, en el que diferenció la acción de Extinción de Dominio de figuras relacionadas como es el caso de la expropiación y la confiscación, en los siguientes términos¹²:

¹¹ COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Gaceta Constitucional, lunes 15 de abril de 1991, pág.27.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

La expropiación implica el ejercicio de una potestad, de la cual es titular el Estado Social de Derecho, que le permite, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales, quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo. La expropiación en nada se asemeja a la extraordinaria figura consagrada en el artículo 34, inciso 2, de la Constitución. Aquélla, como lo indicó la Corte Constitucional, implica la conversión de la propiedad privada en pública por motivos de utilidad pública o de interés social, por razones de equidad o por la necesidad de responder adecuadamente a los requerimientos de la guerra, pero "no se aplica a título de sanción por la conducta del propietario sino en desarrollo del principio constitucional de prevalencia del interés común sobre el particular, que debe ceder ante aquél en caso de conflicto". Pero, además -lo que es relevante en este análisis-, la expropiación supone el reconocimiento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, salvo el caso de las razones de equidad declaradas por el Congreso, la Carta exige su resarcimiento, mientras que, en el caso de extinción del dominio en la forma consagrada por el inciso 2 del artículo 34 constitucional, el supuesto primordial de la indemnización desaparece, dado el vicio original que empaña el dominio, hasta el punto de provocar que el Estado lo declare extinguido desde siempre.

(...) En cuanto a la confiscación, rechazada en nuestro Ordenamiento, tampoco se confunde con la figura objeto de estudio, pues si bien no ocasiona indemnización ni compensación alguna, así ocurre por tratarse de una sanción típicamente penal, y no del específico objeto patrimonial que caracteriza a la extinción del dominio. Esta, tiene varias expresiones y se produce a raíz de la realización de ciertos supuestos de hecho establecidos por el Constituyente o el legislador.

Es de resaltar la apreciación que tuvo la Ley 333 de 1996 respecto de la naturaleza de la Extinción de Dominio al declararla como una acción jurisdiccional, de carácter real, independiente y/o dependiente de un proceso penal. Al respecto, la Corte Constitucional precisó¹³:

El precepto califica la acción como jurisdiccional, reiterando lo estatuido por el artículo 34 de la Constitución en el sentido de que la extinción del dominio en esta modalidad sólo procede por decisión de un juez.

(...) Se trata de una acción real, pues el proceso se inicia y se desarrolla en relación con bienes concretos y determinados, y la sentencia, salvo el caso de los llamados bienes equivalentes, ha de referirse a ellos, especificándolos, para declarar -si la acción prospera- que se ha extinguido el dominio

¹³ Ibid.

que sobre ellos ejercía la persona contra la cual se ha intentado, o sus causahabientes que actuaron de mala fe.

(...) Prohíbe el legislador que la acción se intente en forma independiente si hay actuaciones penales en curso, lo cual significa que, en tal evento, lo relativo a la extinción del dominio deberá tramitarse dentro del proceso penal, pero aclara cómo habrá de procederse si la acción penal se extingue o termina sin que se haya proferido decisión sobre los bienes.

El proceso de extinción del dominio podrá iniciarse, con independencia del proceso penal, sobre la base de que se acrediten los presupuestos del origen viciado de la propiedad, particularmente en el evento en que el proceso penal termine por muerte del procesado o cuando por esas mismas causas el proceso penal no se hubiere iniciado.

Se destaca que no obstante que el artículo 9 de la Citada Ley 333 declaraba su prescripción en un término de 20 años, la Corte Constitucional declaró este aparte inexecutable, pues *“contra el claro sentido intemporal del citado precepto de la Constitución, consagra una prescripción de la acción de extinción del dominio, dando lugar al saneamiento -no querido por la Carta- de las fortunas ilícitas”*¹⁴.

Así mismo, aclaró la Corte Constitucional que la acción de Extinción de Dominio no constituye en sí misma una sanción penal sino patrimonial¹⁵, pues *“uno es el motivo que da lugar al ejercicio de la acción y otro es el efecto de la sentencia, que en esta materia no consiste en una pena sino en la declaración judicial de que por los hechos pasados -fundados en el delito- no pueden en el futuro invocarse por quien pasaba por propietario, para defender un “derecho” suyo que ni antes ni después estuvo amparado por la Constitución. Y ello sin que la sanción patrimonial de que se trata dependa de la suerte del proceso penal ni de la responsabilidad de esa índole por el delito en cuestión”*¹⁶. Dicha posición es re evaluada por la propia Corte Constitucional en Sentencia T 212 de 2001, al determinar que: *“(...) el estado actual de la legislación sobre la materia, solamente puede hablarse de extinción del dominio cuando, en el origen de la adquisición de los bienes correspondientes esté presente cualquiera de los delitos que, configurando una de las tres causales constitucionales, han enunciado los artículos 2 de la Ley 333 de 1996 y 14 de la Ley 365 de 1997, bien porque sea el mismo autor del delito el que figura como propietario de los bienes, ya porque figure otro que los haya adquirido de mala fe, por dolo o por culpa grave, o a sabiendas de su viciada procedencia (...)”*¹⁷.

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Dicha tesis fue confirmada por las sentencias C 409 de 1997, C 539 de 1997 y 1708 de 2000.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 de 1997. Op. cit.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 212 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Posteriormente en el año 2002, ante la declaratoria del estado de Conmoción Interior¹⁸, se suspendió la aplicación de la Ley 333 de 1996 con la promulgación del Decreto Legislativo 1975 de 2002. Las novedades más representativas de citado Decreto Legislativo radicaron en darle una mayor agilidad al proceso al incluir: (i) La naturaleza oficiosa a la acción de Extinción de Dominio; (ii) La improcedencia de la prejudicialidad¹⁹; (iii) La prelación del proceso de Extinción de Dominio frente a otros procesos, a excepción en los que se encuentren personas con detención preventiva; y, (iv) La independencia y autonomía completa de la acción de Extinción de Dominio.

Durante la vigencia del Decreto 1975 de 2002 (la misma que se determina para el estado de excepción)²⁰ el gobierno presentó el proyecto ante el Congreso que en tiempo récord se convirtió en la Ley 793 de 2002, la cual le dio carácter de permanencia al contenido del decreto legislativo. La ley 793 de 2002 fue declarada exequible (salvo algunos enunciados)²¹, en el examen de constitucionalidad efectuado mediante la sentencia C - 740 de 2003 de la Corte Constitucional.

La tensión más significativa devenida del texto Decreto 1975 de 2002 y su permanencia mediante la Ley 793 del mismo año, radicó en la interpretación de los artículos referentes al régimen probatorio, particularmente a la aplicación del principio de carga la prueba en cabeza de los afectados y no el de presunción de inocencia a su favor; por cuanto, se reitera, se trata de una acción real, circunscrita a un criterio patrimonial, que permite descartar una presunta naturaleza penal. Al respecto preceptuó la Corte Constitucional²²:

La extinción de dominio es acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio, independientemente de que tal ilegitimidad genere o no un juicio de responsabilidad penal.

¹⁸ El estado de excepción fue declarado mediante el Decreto 1837 del 11 de agosto del 2002.

¹⁹ No se requiere una sentencia penal en firme para dar inicio a la acción de Extinción de Dominio.

²⁰ Los decretos legislativos tienen naturaleza temporal, de conformidad con lo establecido en el artículo 214 de la Constitución Política de 1991.

²¹ Fueron declarados inexecutable los siguientes apartes: (i) La expresión “ilícito” contenida en el numeral 7 del artículo 2; (ii) La expresión “que le es propio” contenida en el artículo 8; (iii) El inciso 1º y los numerales 1), 2), 3), 4), 5), 7), 10) y 11) del artículo 13; y, (iv) La expresión “sin causa que lo justifique” contenida en el numeral 3) del artículo 16.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-109 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

A ella no le son trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena por no tratarse de una institución que haga parte del ejercicio del poder punitivo del Estado.

En ese marco, el reconocimiento al afectado del derecho a probar el origen legítimo de los bienes, a probar que éstos no se adecuan a las causales de extinción y a probar la existencia de cosa juzgada, constituye una manifestación de la distribución de la carga probatoria a que hay lugar en el ejercicio de la acción de extinción de dominio y tal manifestación no es contraria al artículo 29 constitucional.

Es de anotar que como mecanismo regulatorio concordante con las disposiciones de la Ley 793, se expidió el mismo día (27 de diciembre) la Ley 785, por medio de la cual se dictaron las disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados en aplicación de las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996 (derogada por la Ley 793 de 2002). Respecto del contenido de la Ley 785 se hará referencia en próximos acápite, por ser del parte esencial del objeto de estudio de este escrito.

1.3. La acción de Extinción de Dominio en la actual legislación - Ley 1708 de 2014.

En la actualidad, la regulación de la acción de Extinción de Dominio fue codificada mediante la expedición de la Ley 1708 de 2014. Bajo esta Ley, el legislador recogió la normatividad sustancial precedente (Ley 793 de 2002), reformando asuntos de orden procedimental. De igual forma, introdujo un nuevo régimen de principios generales para la acción de Extinción de Dominio, los cuales han sido reiterados por la Corte Constitucional en diversas oportunidades.

El Código de Extinción de Dominio incorpora el alcance que vía jurisprudencia se le había reconocido en precedencia a la acción de Extinción de Dominio. Así, la definición de la extinción de dominio expuesta en el artículo 15 del Código reza:

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

De la definición legal actual de Extinción de dominio, es de resaltar la precisión con la que se estimó su alcance, esto es, como **una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas o de aquellas en perjuicio de la moral social**, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de aquellos

bienes a los que se le pueda imputar alguno de los preceptos definidos como causales de la acción de Extinción de Domino y que sean susceptibles de valoración patrimonial.²³

Vale la pena resaltar que desde la creación de la acción de Extinción de Dominio como instrumento para el castigo al enriquecimiento ilícito y tutela del Tesoro Público y la Moral Social, se ha previsto como objeto de esta acción los bienes susceptibles de ser valorados económicamente. En efecto, la Ley 333 de 1996 dispuso en su artículo 3º:

DE LOS BIENES. Para los efectos de esta Ley se entenderá por bienes susceptibles de extinción del dominio todo derecho o bien mueble o inmueble, con excepción de los derechos personalísimos.

La extinción del dominio también se declarará sobre el producto de los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata esta Ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. Cuando se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito.

Respecto de la excepción consagrada para los derechos personalísimos, la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad en los siguientes términos:

Los llamados derechos personalísimos (uso y habitación, según el artículo 878 del Código Civil), merecerían protección si se tratara de derechos ejercidos sobre bienes adquiridos al amparo de la Constitución Política, pero que de ningún modo pueden aspirar a ese amparo bajo los supuestos de la ilicitud inherente al artículo 34, inciso 2, de la Constitución. Si se tienen tales derechos, a los cuales el legislador atribuye el carácter de intransmisibles a los herederos, no susceptibles de ser cedidos a ningún título, ni prestados ni arrendados, merecen que se los preserve, con arreglo al artículo 58 de la Carta Política. Pero tal no es el caso de los supuestos derechos que a ese título quisiera alguien referir a bienes mal habidos, por lo cual la salvedad introducida en el artículo 3 ibídem, que pretende sustraerlos a la estricta regla del artículo 34, inciso 2, C.P. -precepto que no introduce distinción alguna-, debe ser declarada inexequible.

²³ El Código de Extinción de Dominio, adecúa bajo un criterio patrimonial la definición amplia de bienes emanada de la legislación civil, en los siguientes términos: Bienes. Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquel sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.

A su turno, la ley 793 de 2002 puntualizó el espectro de los bienes susceptibles de ser objeto de la acción de Extinción de Dominio, a los bienes intangibles, así como a los frutos y rendimientos, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3o. DE LOS BIENES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por bienes sujetos a extinción del dominio, todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente, se entenderá por tales todos los frutos y rendimientos de los mismos.

El Código de Extinción de Dominio sigue la línea de definición de los bienes susceptibles de ser objeto de la acción de Extinción de Dominio indicada en la Ley 793 de 2002.

Respecto de los bienes susceptibles de ser objeto de la acción de Extinción de Dominio, se precisa que para efectos del desarrollo de los objetivos propuestos para la presente monografía, en el siguiente acápite se hará énfasis en el ejercicio de esta acción sobre los títulos representativos del capital de las sociedades.

De otra parte, el Código de Extinción de Dominio desagrega en 12 causales la legitimación la procedencia de la acción de Extinción de Dominio, que en la legislación anterior se encontraban comprimidas en 5 preceptos. En efecto, artículo 16 del Código reza:

CAUSALES. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.
2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.

9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.
10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.
11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos.

PARÁGRAFO. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley.

Es de anotar que el Código de Extinción de Dominio no limita el alcance de la expresión “actividad ilícita” a determinado tipo penal como ocurría en la legislación anterior²⁴ (enriquecimiento ilícito, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva), sino que determinó una definición amplia, como indica el artículo 1º ídem, de la siguiente manera:

Actividad Ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social.

Respecto de la constitucionalidad de esta definición indicó la Corte Constitucional²⁵:

La Corte observa que desde esa primera reglamentación legal, se hizo claridad acerca de **que las hipótesis que daban lugar a la extinción de dominio, se originaban en primer término, en conductas tipificadas como delitos**, sin que por ello, el proceso de extinción de dominio adquiriera una connotación penal y perdiera su naturaleza esencialmente patrimonial. **De esta forma, no cabía**

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 793 de 2002 (27, diciembre, 2002). Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. Art. 2º.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-958 de 2014. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sánchez Méndez.

duda, que el origen ilícito de los bienes afectados recaía en aquellos adquiridos con ocasión de las conductas punibles descritas en la ley (...)

(...) el incluir como uno de los elementos de la definición que hace el numeral 2 del artículo 1º de la Ley 1708 de 2014 de la actividad ilícita, a las “actividades delictivas”, el legislador no hizo cosa distinta que precisar y reiterar lo establecido en el inciso segundo del artículo 34 de la Constitución, así como lo que la jurisprudencia constitucional ha determinado en torno a la materia, especialmente, en cuanto es la ley la que ya prescribe de manera específica, de cuáles conductas delictivas puede derivarse la consecuencia patrimonial de extinción de dominio de bienes, como se previó en todos los estatutos que han regulado esta acción, sin que pueda hablarse de una indeterminación o indefinición a este respecto. Este mismo elemento hace parte de la definición de extinción del dominio, que constituye una consecuencia patrimonial entre otras, de actividades delictivas. (Negrillas y Subraya fuera de texto).

1.4. Criterios relevantes del proceso de extinción de dominio en la ley 1708 de 2014.

La Corte Constitucional mediante sentencia C 958 de 2014, destaca los siguientes cambios introducidos en la ley 1708 de 2014:

(i) La precisión del **concepto** de extinción de dominio (art. 15) como una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, que consiste en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere la ley demandada, la cual debe proferirse mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

(ii) La ley desagregó (art. 16) las **causales** de extinción de dominio que en la ley anterior se encontraban integradas en un mismo numeral y de esta forma facilitar su interpretación y aplicación.

(iii) Con el objetivo de suministrar coherencia al ordenamiento jurídico en esta materia, se introducen **principios generales del proceso**, con la pretensión de construir un auténtico sistema de normas para la extinción del derecho de dominio.

(iv) El procedimiento regulado en el nuevo código continúa siendo **escrito** y se realizará en atención a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, en atención a que, según se indica en la exposición de motivos, la mayoría de las pruebas son documentales. En algunas actuaciones se prevé la aplicación de la Ley 906 de 2004, excepto en todo aquello que no sea compatible con el procedimiento previsto.

(v) El procedimiento de la extinción de dominio mantiene una estructura básica, que consta de dos **etapas**: una, inicial o preprocesal preparatoria, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, reservada

para los afectados; y otra de juzgamiento, a cargo de jueces de extinción de dominio, durante la cual los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos que se establece para tal fin. Una vez terminada la fase inicial, el fiscal puede emitir una resolución de archivo del proceso por considerar que no concurre causal alguna de extinción o en caso contrario, emitir una resolución de fijación provisional de la pretensión de extinción, momento en el cual se levanta la reserva de la actuación.

(vi) El Código prevé la posibilidad de decretar **medidas cautelares**, a término de la investigación, con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita. Lo anterior, en atención a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las medidas cautelares, con lo cual éstas deben ser excepcionales.

(vii) De igual modo, el nuevo estatuto prescribe un **procedimiento abreviado** de extinción de dominio, cuando el afectado manifiesta por escrito su voluntad de renunciar al derecho a oponerse, previo reconocimiento expreso de que sobre el bien concurren los presupuestos de una o varias de las causales de extinción de dominio y desiste de presentar oposición. Con el fin de incentivar la extinción abreviada, el parágrafo de la referida norma creó un régimen de beneficios por colaboración.

(viii) Se crea un **control de legalidad** posterior, judicial, reglado y rogado para aquellos actos y decisiones de la Fiscalía General de la Nación que afecten derechos fundamentales, el cual podrá ser solicitado por el titular del derecho que hubiere sido afectado o limitado, por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

(ix) Se crea una **acción de revisión** para la extinción de dominio, la cual permite revisar aquellas sentencias en firme, sobre las cuales se pueda considerar que fueron producto de falso testimonio, fraude procesal, actos de corrupción de servidores público u otros delitos. La acción de revisión podrá ser promovida por cualquiera de los sujetos procesales que tengan interés jurídico y haya sido legalmente reconocidos dentro de la actuación procesal, por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

(x) La Ley 1708 de 2014, en su artículo 203, contempla un régimen de cooperación judicial internacional en materia de extinción de dominio con el fin de potenciar las investigaciones transnacionales y la persecución de bienes vinculados con actividades delictivas.”

A modo de resumen, se presenta en la siguiente tabla los criterios más importantes, que la Ley 1708 de 2014 refiere, respecto del proceso que materializa a la acción de Extinción de Dominio:

CRITERIO	FUENTE LEGAL	DETALLE
NATURALEZA DE LA ACCIÓN	ARTÍCULO 17	La acción de Extinción de Dominio es de <u>naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial</u> , y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido.
AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LA ACCIÓN	ARTÍCULO 18	Esta acción <u>es distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad</u> . En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni incidentes distintos a los que prevé el Código de Extinción de Dominio.
INTEMPORALIDAD	ARTÍCULO 21	<u>La acción de extinción de dominio es imprescriptible.</u> La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley.
NULIDAD AB INITIO	ARTÍCULO 22	Una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá, que <u>el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad y por tanto los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos ab initio</u> . Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.
REMISIÓN	ARTÍCULO 26	La acción de extinción de dominio se sujeta exclusivamente a la Constitución y a las disposiciones del Código. En los eventos no previstos se atenderán las siguientes reglas de remisión: En la fase inicial, el procedimiento, medidas cautelares, control de legalidad, régimen probatorio y facultades correccionales de los funcionarios judiciales, se atenderán las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000 . En la fase inicial, las técnicas de indagación e investigación y los actos especiales de investigación como la interceptación de comunicaciones, los allanamientos y registros, la búsqueda selectiva en bases de datos, las entregas vigiladas, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, la recuperación de información dejada al navegar por internet y las operaciones encubiertas se aplicarán los procedimientos previstos en la Ley 906 de 2004 . En cuanto a las actividades ilícitas sobre las cuales versan las causales, se observarán las normas del Código Penal y las disposiciones complementarias . En los aspectos relativos a la regulación de los derechos de las personas, bienes, obligaciones y contratos civiles, con lo previsto en el Código Civil . En lo relativo a los bienes, obligaciones y contratos mercantiles, con lo previsto en el Código de Comercio y las disposiciones complementarias.

CRITERIO	FUENTE LEGAL	DETALLE
SUJETOS PROCESALES	ARTÍCULO 28	<u>Son sujetos procesales la Fiscalía General de la Nación y los afectados.</u> <u>Corresponde a la Fiscalía General de la Nación dirigir, realizar y coordinar la investigación en materia de extinción de dominio</u>, lo cual incluye adoptar las medidas cautelares que sean procedentes, y presentar ante los jueces competentes el requerimiento de extinción de dominio o de improcedencia, según corresponda.
COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO.	ARTÍCULO 33	La administración de justicia en materia de extinción de dominio, durante la etapa del juicio, <u>se ejerce de manera permanente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de extinción de dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por los Jueces del Circuito especializados en extinción de dominio.</u>
MEDIDAS CAUTELARES	ARTÍCULO 87	<u>Al momento de proferir la resolución de fijación provisional de la pretensión el fiscal ordenará, mediante providencia independiente y motivada, las medidas cautelares que considere procedentes con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita.</u> En todo caso se deberá salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa. Excepcionalmente el fiscal podrá decretar medidas cautelares antes de proferir la resolución de fijación provisional de la pretensión, en casos de evidente urgencia o cuando existan serios motivos fundados que permitan considerar como indispensable y necesario.
ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES.	ARTÍCULO 90	Le compete la administración de los bienes objeto de la acción de Extinción de Dominio, al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco) es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente, con el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad.
DEBER DE DENUNCIA DE BIENES ILÍCITOS	ARTÍCULO 119	Toda persona deberá informar a la Fiscalía General de la Nación sobre la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio. El incumplimiento de este deber por parte de los servidores públicos será constitutivo de falta grave.
RETRIBUCIÓN.	ARTÍCULO 120.	El particular que reporte de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, podrá recibir una retribución hasta del 5% del producto que el Estado obtenga por el remate de dichos bienes.

CRITERIO	FUENTE LEGAL	DETALLE
ETAPAS	ARTÍCULO 116	El procedimiento constará de dos etapas: 1. Una etapa inicial o preprocesal preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Esta etapa comprende tres fases: a) La fase inicial propiamente dicha, en la cual la Fiscalía General de la Nación lleva a cabo la investigación y la recolección de las pruebas. b) La fijación provisional de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación. c) El requerimiento al juez para que declare bien sea la extinción de dominio, o la improcedencia de esta. 2. Una etapa de juzgamiento a cargo del juez, que se iniciará con la presentación de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación, a través de un requerimiento al juez de extinción de dominio. Durante esta última etapa los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción en los términos que establece el presente código.

Respecto de los las particularidades del desarrollo de las etapas del procedimiento para la acción de Extinción de Dominio se profundizará en el siguiente acápite.

II. EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LAS PARTICULARIDADES SOBRE LOS TÍTULOS QUE REPRESENTAN EL CAPITAL DE LAS SOCIEDADES.

A veces del artículo 116 del Código de Extinción de Dominio, el proceso consta dos etapas, a saber: (i) La etapa inicial o preprocesal, que la cual está a cargo de la Fiscalía General de la Nación; y, (ii) La etapa de juzgamiento a cargo de la jurisdicción penal.

A continuación se enuncian los aspectos más relevantes de las etapas del procedimiento:

2.1. Etapa Inicial.

En la etapa inicial la Fiscalía General de la Nación realiza de oficio²⁶ la investigación y recolecta pruebas con el fin de identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio, así como de acreditar los presupuestos de la causal de extinción de dominio que se invoque. De igual forma, la Fiscalía General de la Nación en la etapa inicial debe identificar a los posibles titulares los bienes, establecer el lugar de notificación y acreditar su vínculo con las causales que invoquen para la procedencia de la extinción de dominio.

Concluidas las labores de investigación desarrolladas durante la fase inicial se proferirá resolución de cuando no se logren identificar bienes que puedan ser objeto de la acción de Extinción de Dominio, cuando se pruebe que los bienes identificados no se encuentran demarcados en una causal de extinción de dominio, bien porque se acredite que los titulares de los bienes no presentan ningún nexo de relación con una causal de extinción de dominio o bien porque se demuestre que los bienes cuestionados se encuentran a nombre de terceros de buena fe exenta de culpa y no existan bienes que puedan ser afectados por valor equivalente²⁷.

El Código de Extinción de Dominio, teniendo en cuenta los importantes efectos de esta decisión, prevé que no hará tránsito a cosa juzgada²⁸, además de ordenar su comunicación al Ministerio Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al denunciante, en el caso que la acción hubiese sido promovida por parte interesada.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014. Op cit. Art. 117 “siempre y cuando exista un fundamento serio y razonable que permita inferir la probable existencia de bienes cuyo origen o destinación se enmarca en las causales previstas en la presente ley”.

²⁷ Ibid. Art. 118.

²⁸ Ibid. Art 124

Por lo mismo, el Código estima la posibilidad del desarchivo²⁹, el cual se podrá solicitar por la Fiscalía, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia en cualquier momento, siempre que surjan nuevos elementos de juicio que permitan desvirtuar los argumentos de la resolución de archivo.

Esta etapa, por su carácter preprocesal se encuentra reservada para los afectados³⁰, quienes podrán ejercer su derecho de Defensa fases posteriores.

2.1.1. Fijación provisional de la pretensión.

En caso contrario, siempre que las labores de investigación acrediten cualquier circunstancia que los bienes denunciados y sus titulares se encuentran demarcados en alguna causal de extinción de dominio, la Fiscalía procederá a la fijación provisionalmente la pretensión mediante resolución³¹, con la finalidad de garantizar el derecho de contradicción de los afectados. Así mismo, la Fiscalía podrá decretar las medidas cautelares³² pertinentes sobre los bienes objeto de la acción, con el fin de evitar que los bienes sean ocultados, negociados, transferidos, deteriorados, etc. Las medidas cautelares se deben ordenar mediante resolución independiente y de forma previa a la comunicación de la resolución de fijación provisional de la pretensión a los afectados. Las medidas cautelares que se pueden decretar son: (i) el embargo; (ii) el secuestro; (iii) la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

2.1.2. Medidas Cautelares sobre sociedades.

En el caso de las medidas cautelares que recaigan sobre sociedades, éstas se materializan de la siguiente manera³³: (i) En el caso del embargo, con el registro en la cámara de comercio respectiva o en el libro de accionistas, según el caso; (iii) La suspensión del poder dispositivo, con el registro en la cámara de comercio

²⁹ Ibid. Art 125

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-958 de 2014. Op. Cit

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014. Op. Cit. Art 126.

³² ARTÍCULO 87. FINES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Al momento de proferir la resolución de fijación provisional de la pretensión el fiscal ordenará, mediante providencia independiente y motivada, las medidas cautelares que considere procedentes con el fin de evitar que los bienes que se cuestionan puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción; o con el propósito de cesar su uso o destinación ilícita. En todo caso se deberá salvaguardar los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa.

³³ Ibid. Art 103.

respectiva; y, (iii) El secuestro y toma de posesión, con la entrega física de los haberes y documentos de la sociedad, especialmente los libros de contabilidad y estados financieros.

El secuestro o depositario de los bienes sobre los cuales recaen medidas cautelares es la entidad administradora del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO). El FRISCO es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes³⁴.

La entidad administradora del FRISCO cuenta con los siguientes mecanismos para administrar los bienes afectados con medidas cautelares en el proceso de Extinción de Dominio:³⁵ (i) Enajenación; (ii) Contratación; (iii) Destinación provisional; (iv) Depósito provisional; (v) Destrucción o chatarrización; y, (vi) Donación entre entidades públicas.

Las sociedades comerciales que han sido objeto de medida cautelar bajo el ejercicio de la acción de Extinción de Dominio, tienen como mecanismo de administración el Depósito Provisional. Este mecanismo es una forma de administración, en virtud de la cual se designa una persona natural o jurídica que reúna las condiciones de idoneidad necesarias³⁶ para que las administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivas y generadores de empleo³⁷.

A través de este mecanismo, se designa mediante resolución una persona natural o jurídica, fijando sus derechos y obligaciones. Su designación podrá ser relevada cuando la adecuada administración de los bienes lo exija. El administrador debe notificar a las autoridades de registro (en el caso de las sociedades a la Cámara de Comercio correspondiente) su decisiones sobre el depositario provisional.

³⁴ Ibid. Art. 90.

³⁵ Ibid. Art. 92.

³⁶ Mediante Resolución 001 de 2014, la Sociedad de Activos Especiales – SAE SAS fijó las condiciones de idoneidad de que trata el Código de Extinción de Dominio.

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014. Op. Cit. Art 99.

El depositario provisional designado para la administración societaria debe cumplir las obligaciones que dispone la legislación Comercial para los administradores, a saber³⁸:

- (i) Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
- (ii) Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
- (iii) Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, el caso que la sociedad objeto de la medida cautelar esté en la obligación de tener este órgano de supervisión³⁹.
- (iv) Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
- (v) Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
- (vi) Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. Es de anotar que esta obligación se reputa del administrador del FRISCO, como se explicará más adelante.
- (vii) Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa del máximo órgano societario.

En igual sentido, el depositario provisional designado para la administración societaria le aplicará el régimen general de responsabilidad que dispone la legislación Comercial para los administradores⁴⁰, bajo el cual responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.⁴¹ El régimen de responsabilidad implica la presunción de la culpa de los administradores en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos. Es de advertir que en el evento en que se designe como depositario provisional una persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

³⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995 (20, diciembre, 1995) por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, Art 23.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.* Art 23.

⁴¹ Se precisa que se exoneran de esta responsabilidad quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

Bajo este marco de responsabilidad, el depositario provisional designado como administrador de una sociedad objeto de medida cautelar de la acción de Extinción de Dominio puede ser sujeto pasivo de la acción social de responsabilidad prevista en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

2.1.3. Los derechos sociales ejercidos por el administrador del FRISCO (SAE).

Las tensiones respecto del ejercicio de los derechos sociales, han sido reguladas en el Código de Extinción de Dominio, interpretadas en su alcance a través de la jurisprudencia y analizada en reiteradas oportunidades por la Superintendencia de Sociedades, atendiendo a varios factores como se expone a continuación:

En primer lugar, respecto de los efectos de la medida cautelar sobre los derechos sociales.

Al respecto, el artículo 104 del Código de Extinción de Dominio, establece que una vez decretada la medida cautelar, el administrador del FRISCO, ejercerá los derechos sociales sobre las cuotas, acciones, partes hasta que se produzca la decisión judicial definitiva.

Durante este tiempo, las personas que aparezcan inscritas como titulares de esos bienes no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con la sociedad, a menos que sean autorizados expresamente y por escrito por el administrador, previa autorización del funcionario judicial que adelanta el proceso de extinción de dominio.

La medida cautelar comprende también los dividendos, intereses, frutos, rendimientos y demás beneficios o utilidades que generan los derechos sociales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto 1595 de diciembre 13 de 2004, enfatizó en diferenciación del patrimonio objeto de la medida cautelar y el patrimonio social, de la siguiente manera:

En este caso, el patrimonio afectado por la posible extinción de dominio es el del socio de la sociedad y no el de la sociedad, pues en principio la sociedad no puede adquirir sus mismas acciones o derechos sobre los aportes, salvo expresa excepción legal. De esta constatación se desprenden dos consecuencias legales a saber: la primera, que quien debe hacerse presente al proceso de extinción es el socio cuyo derecho está siendo perseguido, y solo la sociedad será parte si es la propietaria de las acciones, y la segunda, que la actividad social debe continuar, pues su patrimonio es diferente e independiente del de sus socios.

Mediante el mismo instrumento se precisó los efectos jurídicos de la medida cautelar, así:

Los otros efectos jurídicos de la norma citada son:

1. Salen del comercio los derechos representativos de los aportes, por lo que los administradores de las sociedades no pueden efectuar, registrar o inscribir ningún tipo de transacción sobre ellos.
2. La Dirección Nacional de Estupefacientes pasa a representar tanto los derechos patrimoniales como los llamados políticos derivados de los aportes (nombramiento de administración, votación en las asambleas de accionistas o en las juntas de socios, etc.). Por esto, toda transacción debe ser autorizada por ese organismo y por el juez o fiscal, según la sentencia de la Corte Constitucional C-1025 de 2004.
3. La medida cautelar recae también sobre los frutos de las acciones, llámense utilidades, dividendos, beneficios, etc.

Mediante concepto 220-183383 del 14 de diciembre de 2009, la Superintendencia de Sociedades se señaló:

“...le corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes ocupar el lugar de los titulares del derecho de dominio sobre las acciones, cuotas o partes de interés social respectivas, que hayan sido objeto de medida cautelar dentro de un proceso de extinción de dominio, en lo concerniente a los derechos que a los socios corresponden, por lo que éstos no podrán ejercer mientras penda la cautela ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con tales acciones, cuotas o partes de interés social, salvo que fueren expresamente autorizados por escrito por la Dirección Nacional de Estupefacientes, y de otra, que desde el momento en que se decreta la susodicha medida cautelar, la DNE asume las facultades que le han sido asignadas por la ley o por los estatutos a los órganos de administración y dirección de la sociedad, llámese junta de socios o asamblea general de accionistas; representante legal o junta directiva.” (Negrillas y subraya fuera de texto).

A su turno, mediante Oficio 220-022476 del 15 de abril de 2012, Superintendencia de Sociedades indicó:

“...claramente que la Dirección Nacional de Estupefacientes ejercerá, de una parte, los derechos sociales que correspondan a las acciones, cuotas o partes de interés social, que hayan sido objeto de medida cautelar dentro de un proceso de extinción de dominio, y de otra, las funciones de los órganos de administración y de dirección de la sociedad, a partir de que se decreta dicha medida cautelar. La Dirección Nacional de Estupefacientes entonces es la responsable de la debida administración, custodia y manejo de unos bienes, cuya titularidad está siendo investigada.

(...) A partir de que se decreta la medida cautelar sobre los bienes objeto de un proceso de extinción de dominio la DNE debe asumir las funciones como representante legal de la sociedad, en la forma y términos señalados en el Código de Comercio y demás normas concordantes.”

Se advierte que en la actualidad que la referida función atribuida a la Dirección Nacional de Estupefacientes - DNE, se ejerce en la actualidad por parte de la S.A.E.

En segundo lugar, respecto de los efectos de la medida cautelar sobre el 100% de los títulos que representan el capital social.

Al respecto, precisó el Código de Extinción de Dominio que en el evento en que la medida cautelar recaída sobre el 100% los títulos representativos del capital social, o sobre un porcentaje de participación accionaria que confiera el control de la sociedad, la medida cautelar se extenderá sobre todos los activos, ingresos, dividendos, utilidades, unidades productivas que tenga⁴².

En el concepto 220-183383 del 14 de diciembre de 2009, la Superintendencia de Sociedades señaló:

(...) cuando la medida cautelar ha sido decretada sobre todas las cuotas sociales que representan el total del capital social, y por consiguiente, la DNE, como organismo creado para tales efectos, asume las atribuciones que, en condiciones normales, serían del resorte exclusivo y privativo de los socios reunidos en asamblea o junta, por encontrarse el 100% de las acciones o cuotas de la sociedad en las condiciones mencionadas, los derechos patrimoniales y políticos que las cuotas o acciones confieren a sus titulares, obviamente pasaron a ser ejercidas por aquella.

Así mismo, mediante oficio 220-022476 del 15 de abril de 2012, la Superintendencia de Sociedades indicó:

(...) cuando la medida cautelar ha sido decretada sobre todas las cuotas o acciones que representan el total del capital de la sociedad, caso en el cual la DNE asume todas las atribuciones que son del resorte exclusivo y privativo de los asociados reunidos en asamblea general de accionistas o junta de socios, por encontrarse el 100% de las acciones o cuotas embargadas.

Sobre este punto, es preciso aclarar que lo señalado en el párrafo anterior, no es óbice para que el máximo órgano social efectúe reuniones, toda vez que las sociedades en extinción de dominio, ya sea que la incautación recaiga sobre la totalidad de la participación del capital o sobre un porcentaje del

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014. Op. Cit. Art 100.

mismo, el máximo órgano social debe reunirse en junta de socios o asamblea ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos, como lo dispone el artículo 181 del Código de Comercio, con el fin de examinar la situación de la sociedad, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar y aprobar los estados financieros del último ejercicio y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social, entre otros, pues se deben seguir las directrices de funcionamiento de las sociedades comerciales.

Generalmente, cuando la incautación recae sobre el 100% de la participación accionaría, las reuniones se realizan en la DNE, con el fin de efectuar un seguimiento a la gestión del depositario provisional y someter a consideración y aprobación los estados financieros.

Se precisa nuevamente que en la actualidad la función atribuida a la Dirección Nacional de Estupefacientes - DNE, se ejerce en la actualidad por parte de la S.A.E.

En tercer lugar, respecto de los efectos de la medida cautelar sobre sobre una parte de las cuotas, partes o acciones, según corresponda.

Al respecto, el Código de Extinción de Dominio no dispone de forma expresa los efectos de esta eventualidad. No obstante mediante una interpretación sistemática y teleológica de la Ley, se puede concluir que cuando las medidas cautelares recaigan sobre un porcentaje de las cuotas, partes o acciones que no confiera el control de la sociedad, la Sociedad de Activos Especiales ejercerá únicamente los derechos del porcentaje social que corresponda según el límite de la participación objeto de la medida cautelar.

Así, señaló la Superintendencia de Sociedades mediante concepto 220-183383 del 14 de diciembre de 2009:

“... es de advertir que tales atribuciones se predicen de la Dirección Nacional sólo respecto de la participación que hubiere sido objeto de la medida, es decir, si la acción de extinción ha recaído, por ejemplo, sobre las cuotas sociales de uno de los socios que representa el 10% del capital social, será ese el límite de la participación de la DNE en las deliberaciones y decisiones del máximo órgano social.

Así mismo, mediante oficio 220-022476 del 15 de abril de 2012, la Superintendencia de Sociedades precisó:

“... tales medidas se predicen de la DNE sólo respecto de la participación que hubiere sido objeto de la medida, es decir, si la acción de extinción de dominio ha recaído, por ejemplo, sobre las cuotas o acciones de uno de los asociados, que puede ser el 20%, éste será el límite de la participación de la DNE en las deliberaciones y decisiones del máximo órgano social.

Ahora bien, cuando la medida adoptada en el proceso de extinción de dominio recae sobre un porcentaje que no comporta la totalidad del capital, es obligación de la administración convocar a la DNE para que represente las acciones, cuotas o partes de interés objeto de la medida en las reuniones que lleve a cabo el máximo órgano social."

En cuarto lugar, en referencia a los efectos de las medidas cautelares sobre bienes afectados en proceso de liquidación judicial o intervención.

Al respecto, el Código de Extinción de Dominio dispone en su artículo 102 que las medidas cautelares ordenadas dentro del proceso de extinción de dominio no interrumpirán ni suspenderán los procesos de intervención o de disolución y liquidación adelantados por la Superintendencia de Sociedades.

En estos eventos, el administrador de los bienes afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio (FRSICO) adquiere la calidad de parte dentro del proceso de liquidación.

No obstante lo anterior, la conjunción de los procesos de extinción de dominio y liquidación judicial o intervención amerita el análisis de los siguientes eventos:

A. Si los Derechos representativos del capital social que son objeto de medida cautelar por acción de Extinción de Dominio, se encuentran en proceso de reestructuración empresarial o de liquidación forzosa.

Ante este evento, señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto 1595 de diciembre 13 de 2004:

Si la sociedad se encuentra en proceso de liquidación forzosa, este debe continuar ante la Superintendencia de Sociedades, según las voces del parágrafo del artículo 5º en comento; finalizada, el valor del remanente que se reparta entre los socios, sustituye los derechos sobre los aportes sociales que estaban siendo perseguidos por el Estado. En este caso la sentencia que ponga fin al proceso de extinción recaerá sobre el valor del remanente.

B. Si las Medidas cautelares recaen sobre bienes que hacen parte del activo social (para un tercero).

En esta situación, la llamada a presentarse al proceso de extinción, en primer lugar, es la misma sociedad ya que es la titular del derecho de dominio. Lo anterior, en la medida en que los administradores están obligados a conservar el patrimonio societario.

Ante este evento, indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante en concepto anteriormente citado:

(...) recuerda la Sala que una de las obligaciones de los representantes de la sociedad, es la de conservar el patrimonio de la misma, de manera que iniciado un proceso de extinción sobre un activo deberán comparecer a él para defender los derechos de su representada, y en caso de ser vencidos deberán adelantar las acciones contra los causantes de la pérdida del activo para que respondan por sus actos.

C. Cuando las medidas cautelares recaigan sobre un pasivo de una sociedad en proceso de liquidación o de reestructuración.

Ante este evento, señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto 1595 de diciembre 13 de 2004:

Los procesos de reestructuración, o de ejecución del acuerdo correspondiente, o el de liquidación forzosa deben continuar. Se debe reconocer el crédito presentado si reúne las condiciones legales para esto. Si el pago se produce antes de proferirse la sentencia de extinción, el dinero del pago sustituye el crédito que se cobraba en el proceso mercantil, por lo cual la medida cautelar y el fallo recaerán sobre el dinero dado en pago. Si el proceso de extinción termina primero, el pago se hará a quien resulte favorecido en el fallo.

Como quiera que es posible adelantar los procedimientos mercantiles al tiempo que el de extinción, el liquidador, los administradores en general, el promotor del acuerdo de reestructuración y el nominador, deberán continuar con los mismos hasta su terminación, decidiendo lo que según las circunstancias sea más conveniente para proteger el patrimonio de la sociedad y el pago de los acreedores. Ellos responderán patrimonialmente si hay culpa en su actuar, de acuerdo con las reglas generales sobre responsabilidad de los administradores sociales o de los servidores públicos, según el caso.

Dado que ni la incautación de los bienes ni las medidas cautelares producen ipso facto la transferencia de la propiedad de los activos de la sociedad al Estado, es procedente continuar con los procesos mercantiles. Según el caso, los administradores optarán entre las diferentes medidas que pueden adoptar con el fin de obtener o ejecutar el acuerdo de reestructuración empresarial o terminar la liquidación.

En quinto lugar, respecto de los efectos tributarios durante el proceso de extinción de dominio.

El Código de Extinción de dominio, dejó con vigencia⁴³ los artículos 9 y 10 de la Ley 785 de 2002, en la cual se señalaron las disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados en aplicación de la acción de Extinción de Dominio.

El artículo 9 de la Ley 785 de 2002 determinó el régimen tributario de los bienes incautados, señalando 4 efectos, a saber:

- (i) Los impuestos sobre los bienes no causan intereses remuneratorios ni moratorios durante el proceso de extinción de dominio.
- (ii) Durante el proceso de extinción de dominio, se suspenderá el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva.
- (iii) Una vez declarada la extinción de dominio, y una vez enajenados los bienes, se cancelará el valor tributario pendiente por pagar con cargo al producto de la venta.
- (iv) En ningún caso el Estado asume el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación de los bienes.

En relación con este los efectos anteriormente referidos, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, a través del concepto 2186 de 2003, señaló:

“...Cuando el artículo 9 de la Ley 785 de 2002 dispone que durante el proceso de extinción del dominio, los impuestos sobre los bienes que se encuentren bajo administración de la actora no causan intereses, y que se suspende el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva, sólo se refiere al cobro de los impuestos sobre los bienes (v gr, el predial) y, por ende, no comprende los impuestos administrados por la DIAN.

Lo anterior, porque el impuesto de renta tiene como hecho generador la obtención de ingresos; el IVA, grava la venta de bienes corporales muebles y la prestación de servicios, y, el impuesto de timbre se causa por el otorgamiento, giro, aceptación, emisión o suscripción de documentos.”

⁴³ Ibid. Art 218.

La Dirección Nacional de Estupefacientes demandó el concepto anteriormente citado, solicitando su nulidad. Mediante sentencia, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del el Consejo de Estado declaro la nulidad del concepto, argumentando⁴⁴:

El artículo transcrito señala que durante el proceso de extinción de dominio los impuestos sobre los bienes administrados por la actora no causan intereses remuneratorios ni moratorios, lo cual constituye una prohibición temporal ligada a la administración provisional de esos bienes a cargo de la Dirección Nacional de Estupefacientes, teniendo en cuenta las dificultades que podrían generarse en dicha administración.

También dispone la norma que durante el trámite de la extinción, se suspende el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva.

Y, como los bienes sujetos a extinción de dominio son todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles e intangibles, y los frutos y rendimientos de los mismos, al igual que los bienes y valores equivalentes, cuando no es posible ubicar los primeros (artículo 3 de la Ley 793 de 2002), no puede entenderse que la suspensión del término para iniciar o continuar los procesos coactivos verse solamente sobre los impuestos que recaen sobre los muebles e inmuebles, y más concretamente sobre los impuestos de vehículos y predial, como erróneamente lo entiende la DIAN.

Ello, porque tal interpretación desconoce no sólo el artículo 9 de la Ley 785 de 2002, sino el espíritu de dicha Ley y de la 793 de 2002, que deben interpretarse en conjunto, pues, no resulta coherente que si todos los créditos del deudor cuyos bienes son objeto de extinción de dominio deben hacerse valer en el trámite de dicho proceso, sólo deban suspenderse los procesos de cobro de los impuestos territoriales en mención.

Entonces, la suspensión del término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva mientras dure la extinción de dominio, debe entenderse en el contexto de que es respecto de todos los impuestos sobre los bienes en trámite de extinción (no sólo el predial o el vehículos), “debido a la naturaleza de la acción [...], en donde precisamente se cuestiona la legitimidad de la propiedad”, por lo cual, mientras dura el trámite de la misma, es incompatible “un proceso paralelo que busque el cumplimiento de una obligación insatisfecha”.

En consecuencia, el acto acusado en cuanto dispone que la DIAN debe cobrar los créditos fiscales a su favor de manera independiente del proceso de extinción de dominio que se encuentre en trámite

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia del 6 de marzo de 2008. Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00092-00(15042). Consejero Ponente Hector J. Romero.

y del embargo que dentro del mismo se haya decretado, implica la violación de los artículos 3 y 13 [3] de la Ley 793 de 2002 y 9 de la Ley 785 del mismo año, motivo por el cual se impone su nulidad.

En sexto lugar respecto de la causación de intereses moratorios para bienes improductivos.

Al respecto, estima el artículo 100 del Código de Extinción de Dominio que las obligaciones que se causen sobre bienes con extinción de dominio o sobre bienes con medidas cautelares, tales como cuotas o expensas comunes, servicios públicos, y que son improductivos por no generar ingresos en razón a su situación o estado, se suspenderá su exigibilidad y no se causarán intereses

Dicha prerrogativa se levanta cuando exista generación de ingresos suficientes (hasta concurrencia de lo producido) o ante la enajenación y entrega del bien. En este último caso, el nuevo propietario del bien deberá sufragar el importe de las obligaciones no pagados durante la suspensión, dentro de los 30 siguientes al cese de la suspensión.

Durante el tiempo de suspensión, las obligaciones a cargo de dichos bienes no podrán ser objeto de cobro por vía judicial ni coactiva, ni los bienes correspondientes podrán ser objeto de medidas cautelares.

2.2. Etapa de juzgamiento.

Esta etapa está a cargo del juez⁴⁵ e inicia con la presentación de la resolución de fijación provisional de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación, a través de un requerimiento al juez de extinción de dominio. Durante esta última etapa los afectados podrán ejercer su derecho de contradicción.

Esta etapa finaliza con la sentencia de extinción de dominio, en la cual se pueden presentar dos situaciones: (i) Que se declara la improcedencia de la acción o, (ii) Que se declara la Extinción de Dominio a favor del Estado de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien.

⁴⁵ Dispone el artículo 33 del Código de Extinción de Dominio: La administración de justicia en materia de extinción de dominio, durante la etapa del juicio, se ejerce de manera permanente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de extinción de dominio de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por los Jueces del Circuito especializados en extinción de dominio.

Esta sentencia tiene efectos erga omnes y con su decisión solo procede el recurso de apelación, en el efecto suspensivo. EL recurso debe ser resuelto de acuerdo con lo estipulado en el artículo 147 del Código de Extinción de Dominio, dentro de los 30 días siguientes al que el expediente llegue a al Despacho.

Una vez ejecutoriada, si la sentencia ha fallado la no procedencia de la extinción del dominio, se procederá por parte del administrador del FRISCO (hoy Sociedad de Activos Especiales S.A.E. S.A.S) a la devolución de los bienes al afectado⁴⁶.

No obstante, el mecanismo de administración provisional de los bienes que se haya utilizado durante el proceso de extinción de dominio, deberá mantenerse hasta que se produzca la devolución efectiva a su titular.

En el caso de bienes productivos, al momento de la devolución deberá hacerse entrega del bien objeto de medida cautealar, junto con sus frutos o productos, previo descuento de los costos y gastos en que haya incurrido el administrador para el mantenimiento del bien. Si el administrador introdujo mejoras necesarias para el mantenimiento del bien, el propietario deberá cancelar el valor de las mejoras para obtener su devolución.

El Código de Extinción de dominio⁴⁷ establece una prescripción especial para los bienes que han sido devueltos y no reclamados: 3 años para bienes muebles y cinco 5 años para inmuebles. Es obligación del administrador del FRISCO (S.A.E.) instaurar acción civil para que se reconozca la prescripción adquisitiva de dominio a favor del Fondo.

2.3. Declaración de la Extinción de Dominio a favor del Estado.

La Declaración de extinción de dominio, se realiza mediante sentencia, según los términos del artículo 34 de la Constitución Política.

Los efectos de esta sentencia están previstos en el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, que continúa vigente, a voces del artículo 218 del Código de Extinción de dominio. La norma en comento indica:

⁴⁶ De conformidad con el artículo 106 del Código de Extinción de Dominio, en el trámite de devolución de los bienes a los afectados, se debe publicar en un diario de amplia circulación nacional, el primer sábado de cada mes, un aviso que enliste las sentencias que ordenan la devolución de bienes a los interesados para informarlos que se encuentran a su disposición dichos bienes. Adicionalmente el listado de las sentencias se publicará en la página web de la entidad.

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014. Op. Cit. Art 109.

La sentencia declarará la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien y ordenará su tradición a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado.

Si los bienes fueren muebles o moneda, y aún no estuvieren secuestrados a disposición del Fondo, en la sentencia se ordenará que se le haga entrega inmediata de los mismos o que se consignen a su disposición los valores dichos. Si se tratare de bienes incorporados a un título, se ordenará la anulación del mismo y la expedición de uno nuevo a nombre del citado Fondo.

Si en la sentencia se reconocieren los derechos de un acreedor prendario o hipotecario de buena fe exenta de culpa, la Dirección Nacional de Estupefacientes, directamente o por conducto de la Fiduciaria, procederá a su venta o subasta, y pagará el crédito en los términos que en la sentencia se indique.

Los bienes y recursos determinados en la acción de Extinción de Dominio gozan de protección de inembargabilidad. Las medidas cautelares implementadas en el trámite, serán prevalentes sobre cualquier otra.

Es de advertir que, según lo preceptúa el artículo 91 del Código de Extinción de Dominio, los bienes objeto de la acción se destinarán así: Un 25% a la Rama Judicial; un 25% a la Fiscalía General de la Nación; y el 50% restante para el Gobierno Nacional.

En el caso de las divisas, una vez incautadas, estas serán entregadas al Banco de la República para que las cambien por su equivalente en pesos colombianos, sin que se requiera sentencia que declare la extinción definitiva del dominio sobre las mismas.

De la regla general se contemplan las siguientes excepciones:

- (i) Los predios rurales sobre los que recaiga la acción de extinción de dominio serán destinados a los programas de generación de acceso a tierra administrados por el Gobierno Nacional.
- (ii) Los bienes localizados en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, deberán destinarse prioritariamente a programas sociales que beneficien a la población raizal.

2.4. Terceros de buena fe exentos de culpa en el proceso de extinción de dominio.

El artículo 18 de la Ley 793 de 2002, establece la posibilidad que en la sentencia que declara la extinción del dominio, se reconozcan los derechos de un acreedor prendario o hipotecario que haya probado su buena fe exenta de culpa. Para el efecto, se debe proceder a la venta o subasta del bien objeto de Extinción de Dominio y pagar el crédito.

Estos terceros tienen la carga de hacerse parte en el proceso de extinción de dominio y demostrar que en el negocio que dio origen al gravamen obraron con buena fe exenta de culpa.

En Concepto 1595 de diciembre 13 de 2004 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se precisó que la aplicación del reconocimiento a derechos a terceros de buena fe exentos debía extenderse a todos los acreedores y no solamente a aquellos que ostentan un título hipotecario o prendario. En efecto, reza el Concepto referido⁴⁸:

"Todo interviniente deberá demostrar durante el proceso, que actuó con buena fe cualificada o exenta de culpa en la adquisición del dominio que le es discutido por el Estado.

Además de lo expuesto sobre este procedimiento en relación con los terceros, destaca la Sala los siguientes aspectos relevantes de la finalidad del proceso de extinción de dominio:

1. La sentencia de extinción de dominio tiene efectos erga omnes.
2. De lo anterior se desprende que es absolutamente imperioso para cualquier tercero que se vea afectado, presentarse al proceso de extinción de dominio para hacer valer su derecho.
3. Para garantizar el derecho de defensa, la iniciación del proceso de extinción se notifica a los titulares de los derechos reales que se encuentren inscritos, y se emplaza a las demás personas que tengan un "interés legítimo en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos."
4. Como se expondrá más adelante, de esa norma deduce la Sala que aquellas personas que sean acreedores de buena fe exenta de culpa de las sociedades cuyos bienes son objeto de extinción de dominio, tienen interés legítimo en presentarse al proceso para que sus acreencias sean reconocidas y pagadas, de manera que la sentencia que extinga el dominio sobre un bien, no desmejore la prenda general de los acreedores".

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 1595 del 13 de 2004. Radicación número: 1595. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

(...) Al no existir una norma que regule la situación de los acreedores quirografarios (terceros de buena fe exenta de culpa) que con su accionar contribuyeron al desarrollo, producción o incremento del haber que se extingue, o que confiaron legítimamente en que los bienes de la sociedad son la prenda general de los acreedores, debe aplicárseles el tercer inciso del artículo 18 transcrito, o de lo contrario no hay forma de proteger y hacer efectivas sus acreencias, generándose una especie de expropiación indirecta cuya única solución sería la de un proceso ordinario contencioso administrativo para reclamarle al Estado la indemnización por el daño sufrido.

Encuentra la Sala que la garantía dada por el legislador a los acreedores con garantía real en el artículo 18 debe hacerse extensiva a los acreedores sin tal garantía o de lo contrario se rompe tanto el principio de igualdad como el de acceso a la justicia, pues no hay razón lógica para proteger a unos y a otros no. Ambos acreedores deben demostrarle al Fiscal y al Juez de Extinción que sus créditos fueron adquiridos de buena fe exentos de culpa, y que por lo mismo tienen derecho a que le sean pagados, a los primeros con la venta exclusiva del bien gravado, y a los segundos con el conjunto de bienes que hacen parte del patrimonio social.
(Negrilla y subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, todos los terceros de buena fe exentos de culpa tienen que hacerse parte en el proceso de extinción de dominio para que sean reconocidos sus derechos en la sentencia judicial.

Sobre la acción de extinción de dominio y los terceros de buena fe exentos de culpa, la Corte Constitucional en Sentencia T-821 del 5 de noviembre de 2014, indicó:

Tanto las normas a través de las cuales se ha regulado la extinción de dominio como la jurisprudencia que se ha producido sobre la materia, han señalado que la aplicación de esta figura no puede en ningún caso desconocer la situación de terceros que, actuando de buena fe, han adquirido derechos sobre bienes que se ven involucrados en procesos de esa naturaleza.

En efecto, desde la Ley 333 de 1996, vigente para el momento en que tuvieron lugar los hechos a los que se refiere la presente acción, el legislador contempló medidas para que, durante el desarrollo de este tipo de procesos, se asegurara la protección de los derechos de los terceros de buena fe.

Y, posteriormente, en la Ley 1708 de 2014, actualmente vigente y mediante la cual se expidió el Código de Extinción de Dominio, se sigue reconociendo la protección de los terceros que adquirieron derechos sobre bienes que luego resultan inmersos en un proceso de extinción de

(...) Al no existir una norma que regule la situación de los acreedores quirografarios (terceros de buena fe exenta de culpa) que con su accionar contribuyeron al desarrollo, producción o incremento del haber que se extingue, o que confiaron legítimamente en que los bienes de la sociedad son la prenda general de los acreedores, debe aplicárseles el tercer inciso del artículo 18 transcrito, o de lo contrario no hay forma de proteger y hacer efectivas sus acreencias, generándose una especie de expropiación indirecta cuya única solución sería la de un proceso ordinario contencioso administrativo para reclamarle al Estado la indemnización por el daño sufrido.

Encuentra la Sala que la garantía dada por el legislador a los acreedores con garantía real en el artículo 18 debe hacerse extensiva a los acreedores sin tal garantía o de lo contrario se rompe tanto el principio de igualdad como el de acceso a la justicia, pues no hay razón lógica para proteger a unos y a otros no. Ambos acreedores deben demostrarle al Fiscal y al Juez de Extinción que sus créditos fueron adquiridos de buena fe exentos de culpa, y que por lo mismo tienen derecho a que le sean pagados, a los primeros con la venta exclusiva del bien gravado, y a los segundos con el conjunto de bienes que hacen parte del patrimonio social. (Negrilla y subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, todos los terceros de buena fe exentos de culpa tienen que hacerse parte en el proceso de extinción de dominio para que sean reconocidos sus derechos en la sentencia judicial.

Sobre la acción de extinción de dominio y los terceros de buena fe exentos de culpa, la Corte Constitucional en Sentencia T-821 del 5 de noviembre de 2014, indicó:

Tanto las normas a través de las cuales se ha regulado la extinción de dominio como la jurisprudencia que se ha producido sobre la materia, han señalado que la aplicación de esta figura no puede en ningún caso desconocer la situación de terceros que, actuando de buena fe, han adquirido derechos sobre bienes que se ven involucrados en procesos de esa naturaleza.

En efecto, desde la Ley 333 de 1996, vigente para el momento en que tuvieron lugar los hechos a los que se refiere la presente acción, el legislador contempló medidas para que, durante el desarrollo de este tipo de procesos, se asegurara la protección de los derechos de los terceros de buena fe.

Y, posteriormente, en la Ley 1708 de 2014, actualmente vigente y mediante la cual se expidió el Código de Extinción de Dominio, se sigue reconociendo la protección de los terceros que adquirieron derechos sobre bienes que luego resultan inmersos en un proceso de extinción de

dominio, estableciéndolo como límite a la posibilidad de declarar la extinción y previendo una presunción general de buena fe que debe ser desvirtuada⁴⁹.

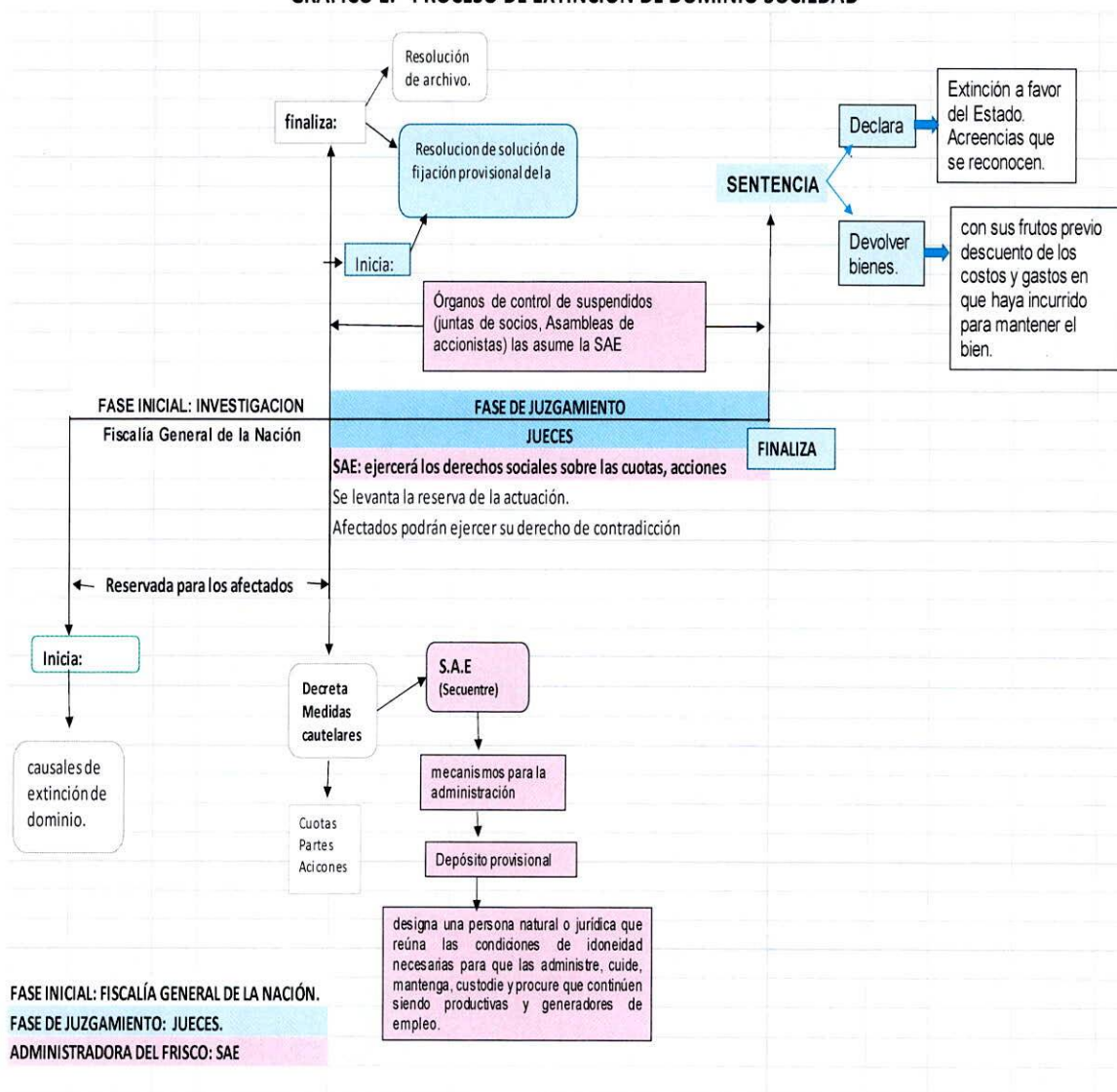
Por su parte, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, también ha sido enfática en señalar que en este tipo de procesos es necesario que se garanticen los derechos de terceros de buena fe, con lo cual se busca preservar los valores superiores de la justicia, la equidad y la seguridad jurídica.

En ese sentido, esta Corporación ha sostenido que “el cumplimiento de la regla de justicia plasmada en el artículo 34 de la Constitución, aunque tiene su expresión en el plano patrimonial y no en el penal, como lo ha manifestado esta Corte, mal podría llevarse a cabo mediante un sistema legal que presumiera la mala fe de las personas o que les impusiera la carga de probarla, cuando es el Estado -titular de la acción de extinción del dominio- el que corre con ella. Por lo cual debe la Corte reiterar que los titulares de la propiedad u otros derechos reales, aun sobre bienes en cuyo origen se encuentre alguno de los delitos por los cuales puede incoarse tal acción, se presume que lo son en verdad y que han actuado honestamente y de buena fe al adquirir tales bienes, de lo cual se desprende que en su contra no habrá extinción del dominio en tanto no se les demuestre a cabalidad y previo proceso rodeado de las garantías constitucionales que obraron con dolo o culpa grave.

Para mayor claridad conceptual, a continuación se presenta un gráfico que sintetiza el proceso de extinción de dominio.

⁴⁹ En ese sentido, cabe resaltar que el artículo 3 establece que “La extinción de dominio tendrá como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente”, y el artículo 7, el cual prevé que “Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa”.

GRAFICO 1. PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOCIEDAD



III. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN PERSONA JURÍDICA – SOCIEDADES.

La normatividad actual no regula de forma detallada el tratamiento específico de los efectos que conlleva la declaratoria judicial de la extinción de dominio sobre los títulos representativos del capital social. Por lo mismo, es procedente analizar las posibles situaciones fácticas que se desprenden de tal evento y los efectos jurídicos de cada caso, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, con apoyo de los pronunciamientos jurisprudenciales y los conceptos doctrinarios relevantes.

Así, un escenario en el que se declare la extinción de dominio respecto una porción de los títulos representativos del capital social, hará que el Estado a través del administrador del FRISCO, se convierta en socio de la persona jurídica, adquiriendo de forma directa (ya no en virtud de la medida cautelar) todos los derechos económicos y políticos que confieren los títulos a sus tenedores.

Vale la pena señalar, que tratándose de sociedades colectivas, la enajenación forzada de las partes de interés de algún socio, como ocurriría en el evento de extinción de dominio, sería causal de disolución de la sociedad, como se detallará más adelante.

No obstante lo anterior, no queda claro la naturaleza jurídica de la sociedad. A primera luz, pudiera concluirse que la persona jurídica se transformaría en una sociedad de economía mixta, al contener capital público y privado. Sin embargo, este supuesto fáctico no cumple con la definición normativa de sociedad de economía mixta de que trata el artículo 461 del Código de Comercio, pues a voces de esta norma, la participación del Estado en la persona jurídica debe darse como resultado de un aporte. De igual forma, la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada, como característica esencial de las sociedades de economía mixta la mediación de un instrumento normativo (Ley, Ordenanza o Acuerdo) para su creación.

Al respecto vale la pena citar el Concepto 2206 del 4 de septiembre de 2014, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵⁰, en el que se dispuso:

Con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales citadas, la jurisprudencia y la doctrina han identificado las características más importantes de las sociedades de economía mixta, que se

⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2206 del 4 de septiembre de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206). Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra.

sintetizan así: (i) **Su creación debe ser ordenada o autorizada por la ley, cuando se trate de sociedades del orden nacional, o por las ordenanzas departamentales o los acuerdos municipales o distritales, en los casos de sociedades de estos niveles de la administración.** (ii)

Su objeto consiste en la realización de actividades industriales o comerciales. Por tal razón se trata de sociedades comerciales que deben constituirse mediante la celebración de un contrato de sociedad y el cumplimiento de los trámites y requisitos previstos en el Código de Comercio, según el tipo de sociedad de que se trate. (iii) Su capital está conformado por aportes de particulares y de la Nación o de otras entidades públicas de cualquier clase, siempre que no se trate de meras inversiones financieras de carácter transitorio (o de tesorería). (iv) Son entidades descentralizadas por servicios, vinculadas a la Rama Ejecutiva del poder público en los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, motivo por el cual forman parte de la administración pública. (v) Están dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, por lo cual sus activos y rentas no forman parte del presupuesto general de la Nación. Sin perjuicio de lo anterior, sus excedentes o utilidades constituyen "recursos de capital" para la Nación, en la proporción que corresponda a esta dentro del capital de dichas compañías. (vi) Deben estar vinculadas a un ministerio o departamento administrativo (en el orden nacional). (vii) En su organización, funcionamiento y actividad están sometidas al derecho privado, con excepción de aquellos aspectos a los cuales se apliquen principios y reglas de derecho público, por disponerlo así expresamente la Constitución o la ley. Adicionalmente, aquellas sociedades que tengan una participación estatal igual o superior al 90% están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional⁵¹ ha señalado:

La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Ahora bien, otra posibilidad es que el Estado se convierta en único socio de la persona jurídica, por cuanto la sentencia declara la extinción del dominio del 100% de los títulos representativos del capital social.

Este caso se adecua a las condiciones fácticas señaladas en el artículo 105 del Código de Extinción de Dominio, que dispone que los efectos de la extinción del dominio recaen sobre los bienes que componen el activo societario. Así mismo, determina que de ser procedente la liquidación de la sociedad, las deudas a cargo de la sociedad serán canceladas con el producto de la venta de bienes y hasta concurrencia del valor de los activos, respetando las prelación legal.⁵²

La regulación sobre extinción de dominio no determina los eventos en los que procede la liquidación de la sociedad, por lo que debe consultarse la legislación comercial y los pronunciamientos jurisprudenciales y los conceptos doctrinarios relevantes para llenar el vacío normativo.

En primer lugar, se debe tener en cuenta las causales genéricas de disolución de la sociedad previstas en el artículo 218 del Código de Comercio, que dispone:

La sociedad comercial se disolverá:

- 1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;
- 2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;
- 3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;
- 4) Por la declaración de quiebra de la sociedad;
- 5) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;
- 6) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;
- 7) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y
- 8) Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código.

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014. Op. Cit. Art 105.

En segundo lugar, es menester analizar las causales de disolución especiales para cada tipo societario. Para el efecto en primer lugar se detallan las cinco formas asociativas típicas en la legislación Comercial⁵³ que son: la sociedad colectiva, la sociedad en comanditaria (simple y por acciones), la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad por acciones simplificada.

TIPO SOCIETARIO	ASOCIADOS	CAPITAL SOCIAL	CAUSALES DE DISOLUCIÓN
Sociedad Colectiva	Mínimo dos socios.	Cuotas de interés social.	Código de Comercio, artículo 319: 1) Por muerte de alguno de los socios si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más de los herederos, o con los socios supérstites; 2) Por incapacidad sobreviniente a alguno de los socios, a menos que se convenga que la sociedad continúe con los demás, o que acepten que los derechos del incapaz sean ejercidos por su representante; 3) Por declaración de quiebra de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés social o no aceptan la cesión a un extraño, una vez requeridos por el síndico de la quiebra, dentro de los treinta días siguientes; 4) Por enajenación forzada del interés de alguno de los socios en favor de un extraño, si los demás asociados no se avienen dentro de los treinta días siguientes a continuar la sociedad con el adquirente, y 5) Por renuncia o retiro justificado de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés en la sociedad o no aceptan su cesión a un tercero.
Sociedad en Comandita Simple	Uno o más gestores o colectivos. Uno o más socios comanditarios. gestores	Cuotas de interés social.	Código de Comercio, artículo 319: 1) Por las causales señaladas en el artículo 218 de este Código; 2) Por las causales especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores, y 3) Por desaparición de una de las dos categorías de socios.
Sociedad en Comandita por acciones	La comandita por acciones no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.	Acciones de igual valor nominativo.	Código de Comercio, artículo 319: 1) Por las causales señaladas en el artículo 218 de este Código; 2) Por las causales especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores, y 3) Por desaparición de una de las dos categorías de socios.
Sociedad de responsabilidad Limitada	Mínimo dos y máximo 25 socios.	Cuotas de interés social	Código de Comercio, artículo 370: Además de las causales generales de disolución, la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá cuando ocurran pérdidas que reduzcan el capital por debajo del cincuenta por ciento o cuando el número de socios exceda de veinticinco.

⁵³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 3 ed. Bogotá: Temis, 2016, pág. 72.

TIPO SOCIETARIO	ASOCIADOS	CAPITAL SOCIAL	CAUSALES DE DISOLUCIÓN
Sociedad anónima	La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.	Acciones de igual valor nominativo	Código de Comercio, artículo 457: 1) Por las causales indicadas en el artículo 218; 2) Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, y 3) Cuando el noventa y cinco por ciento o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista.
Sociedad por acciones simplificada	Podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas.	Acciones de igual valor nominativo	Ley 1258 de 2008, artículo 34: 1) Por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el Registro mercantil antes de su expiración. 2) Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social. 3) Por la iniciación del trámite de liquidación judicial. 4) Por las causales previstas en los estatutos. 5) Por voluntad de los accionistas adoptada en la asamblea o por decisión del accionista único. 6) Por orden de autoridad competente, y 7) Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito

De lo anterior se concluye:

(i) Como se indicó en precedencia, las sociedades colectivas, al considerarse sociedades de personas⁵⁴, contemplan como causal de disolución cualquier evento en el que alguno de los socios constituyentes pierda su facultad de ejercicio, tales como: La muerte, la incapacidad sobreviniente, la declaración de quiebra, la renuncia o retiro injustificado y la enajenación forzada de las partes de interés, caso éste último que es aplicable a los efectos de la acción de Extinción de Dominio.

(ii) Todos los tipos societarios, a excepción de la sociedad por acciones simplificada, requiere para su funcionamiento al pluralidad de asociados, razón por la cual, se contempla en la norma genérica (Código de

⁵⁴ Las denominadas *sociedades de personas*, por el contrario, se conciben como estructuras cerradas en las que prevalecen las calidades personales de los asociados. El elemento *intuitu personae* se refleja en los diversos aspectos de su regulación normativa. Desde el momento de su constitución, cualquier elemento que pueda afectar las condiciones personales de la asociación tiene implicaciones sobre los vínculos de los asociados o, inclusive, respecto de la misma viabilidad jurídica de la sociedad. Desde luego, esta misma connotación personalista da lugar a sistemas de administración y representación legal compartidos entre los socios, y sistemas de administración y representación legal compartidos entre los socios, y repercute, entre otras consecuencias, en causales de disolución relacionadas con esos mismos aspectos personales. En Colombia, los tipos de sociedades regulados en el Libro Segundo del Código de Comercio se identifican con alguno de los extremos mencionados. Así, la sociedad colectiva es un ejemplo clásico de sociedad de personas y la sociedad anónima corresponde a la sociedad de capitales. Tomado de: REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 3 ed. Bogotá: Temis, 2016, pág. 24.

Comercio artículo 218, numeral 3) y para cada tipo societario (a excepción de las SAS) como causal de disolución la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley.

Respecto de la pluralidad de Socios, Martínez Neria indica⁵⁵:

La pluralidad de asociados es elemento esencial, esta condición debe permanecer a lo largo de la vida del contrato, de tal manera que si desaparece, por cualquier circunstancia, debe precipitarse la terminación de este a través de la denominada disolución de la sociedad.

Ante la causal de disolución por la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley, la legislación mercantil da la posibilidad de enervar dicha causal dentro de los 6 meses siguientes a su ocurrencia. En efecto, dispone el artículo 220 del Código de Comercio

Cuando la disolución provenga de causales distintas de las indicadas en el artículo anterior, los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del control social.

A su turno, el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, permite enervar la causal de disolución por la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley, mediante la transformación societaria a SAS, en los siguientes términos:

Parágrafo: Las causales de disolución por unipersonalidad sobrevenida o reducción de las pluralidades mínimas en los demás tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio también podrán enervarse mediante la transformación en sociedad por acciones simplificada, siempre que así lo decidan los asociados restantes de manera unánime o el asociado supérstite.

Al respecto, ha conceptualizado la Superintendencia de Sociedades⁵⁶:

De las disposiciones que anteceden se desprende en primer lugar, que el precepto contenido en el parágrafo del artículo 35 de la ley 1258 de 2008, se aplica a las sociedades reguladas por el Código de Comercio, valga decir, colectivas, en comanditas, limitadas y anónimas. Dicho precepto se circunscribe a contemplar una nueva alternativa para que las referidas compañías puedan enervar la causal de disolución, consistente en la unipersonalidad sobrevenida o en la reducción de las

⁵⁵ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2 ed. Bogotá: Legis, 2014, pág. 106.

⁵⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-081824 del 9 de junio de 2009.

pluralidades mínimas de asociados (artículo 218 Num. 3º C.Co), sin que en manera alguna modifique lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio, en lo que al término legal para enervar causales de disolución se refiere.

En efecto, el párrafo en estudio simplemente contempla un nuevo mecanismo para enervar la causal de disolución consagrada en el artículo 218 numeral 3º del estatuto Mercantil, cual es el de optar por transformar la sociedad tradicional en sociedad por acciones simplificada, considerando que este último tipo societario se puede crear y puede funcionar por uno o más accionistas (artículo 1º Ley 1258 de 2008).

Para enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida o por reducción del número mínimo de asociados a través del mecanismo de la transformación en sociedad por acciones simplificada (artículo 35 Parágrafo Ley 1258 de 2008), las sociedades comerciales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio, cuentan con un término de seis meses contado a partir de la ocurrencia de la causal.

(iii) En este orden de ideas, la declaratoria de la extinción del dominio del 100% de los títulos representativos del capital social a favor del estado, excepción de las sociedades por acciones simplificada, traería como consecuencia directa la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida. En esta medida, tiene el Estado a través del administrador del FRISCO, la posibilidad de enervar la causal de liquidación, en un término de 6 meses, bien a través de la concurrencia del número de asociados al mínimo exigido por la Ley, o bien por la transformación del tipo societario en SAS.

De no acogerse ninguna de las opciones para enervar la causal de disolución, se debe proceder a la liquidación de la sociedad.

Respecto del trámite de liquidación de la sociedad por motivo de extinción de dominio de sus bienes indicó la Superintendencia de Sociedades mediante concepto 2290- 029447 del 7 de junio de 2007⁵⁷:

No obstante, frente a una decisión de autoridad judicial competente en la que se declaró la extinción del derecho de dominio sobre los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o uso de bienes muebles como inmuebles propiedad de los investigados, la medida que en principio fue decretada de manera provisional indudablemente deja de serlo para ser definitiva, tanto que ordena la tradición de la totalidad de esos

⁵⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 2290- 029447 del 7 de junio de 2007.

bienes a favor del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen organizado, a través de la Dirección Nacional de Estupefacientes que lo administra.

Es evidente entonces que a partir de la fecha de la sentencia, la propiedad de los bienes sobre los cuales se decretó la extinción del dominio radica en cabeza del mencionado Fondo. Pese a ello, como el Juez de conocimiento no se pronunció acerca de la disolución de la persona jurídica que nace del contrato de sociedad, una vez legalmente constituida (Art. 98 C. de Co.), y como tampoco la situación descrita se contempla la ley como causal de disolución de la compañía (Art. 218 *ibídem*), ni se contempla como un modo para extinguir las obligaciones a cargo del ente social (Art. 1625 Código Civil), se hace necesario establecer el procedimiento que debe observarse y el responsable de su aplicación.”

De igual forma, es necesario que se declare disuelta la sociedad por ocurrencia de la casual, como lo establece el artículo 220 del Código de Comercio⁵⁸. Dicha obligación, recae directamente sobre el administrador del FRISCO, hoy en día la Sociedad de Activos Especiales S.A.E SAS., quien funge como representante y vocera de la totalidad de derechos que integran el capital social y quien al tener todas las facultades que le corresponden al máximo órgano social, se encuentra investida de plenas facultades para disolver y liquidar la sociedad. Esta decisión debe constar en un acta que debe ser registrada en la Cámara de Comercio del domicilio social. Al respecto, ha señalado Superintendencia de Sociedades⁵⁹:

(...) La Dirección Nacional de Estupefacientes, en representación y vocera de la totalidad de los derechos sociales, a la vez administradora del Fondo de Rehabilitación, ahora titular tanto de los derechos sociales como de los bienes que integraban los activos de la compañía, es quien debe adoptar la decisión de extinguir la personalidad jurídica de la sociedad, observando para el efecto el procedimiento que para tales fines contempla el Código de Comercio para las sociedades comerciales....En desarrollo de lo expuesto, si a la Dirección Nacional le fueron conferidas las facultades que ordinariamente corresponden al máximo órgano social en la forma y términos del Código de Comercio, luego asume los derechos que otorga la calidad de asociado, señalados en los artículos.187 y 420 del Cód *ibídem*, no puede hacer menos cuando -las medidas dejan de ser provisionales, es decir, como representante de las cuotas sujetas a la medida cautelar, ahora transferidas al Fondo, le corresponde decidir sobre la disolución del ente social.

⁵⁸ Cuando la disolución provenga de causales distintas de las indicadas en el artículo anterior, los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del control social.

⁵⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-013292 del 9 de marzo de 2010.

Así las cosas, la Dirección se encuentra investida de plenas facultades para que en representación del total de las cuotas en que se encuentra dividido el capital, adapte la decisión de disolver y liquidar la compañía, designando al responsable del proceso; decisiones que deberán constar en un acta para que ésta sea elevada a escritura pública y luego registrada en la Cámara de Comercio tanto del domicilio social principal como en lugares donde de la compañía hubiere establecido sucursales, a fin dar a conocer a los terceros la nueva situación jurídica de la sociedad (Ara. 158, 160, 162 y 228 del C. de Co.).

Disuelta la sociedad se debe proceder a la liquidación de la misma, como lo establece el artículo 222 del Código de Comercio:

Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.

El nombre de la sociedad disuelta deberá adicionarse siempre con la expresión "en liquidación". Los encargados de realizarla responderán de los daños y perjuicios que se deriven por dicha omisión.

3.1. Régimen procedimental para liquidar una sociedad cuyo capital social ha sido objeto de la acción de Extinción de Dominio.

El estado de liquidación es la consecuencia obligada e inmediata de la disolución de la sociedad.

En la legislación colombiana, existen los siguientes procedimientos para liquidar una sociedad y el marco al que debe acogerse depende de las circunstancias específicas en que se encuentre:

PROCEDIMIENTO	MARCO NORMATIVO
1. Procedimiento liquidatario privado voluntaria	Artículos 218 al 224 del Código e Comercial
2. Liquidación Judicial	Ley 1116 de 2006. Adelanta la Superintendencia de Sociedades como juez del proceso.
3. Régimen Especial	Vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Estatuto orgánico del Sistema Financiero.
4. Empresas de servicios públicos	Ley 142 de 1994

Para diferenciar entre el procedimiento de liquidación privado y el procedimiento de liquidación judicial, se trae a colación lo indicado por Reyes Villamizar⁶⁰, quien sostiene:

El procedimiento de liquidación obligatoria, aunque semejante en muchos aspectos, no puede confundirse con el trámite de liquidación privada de sociedades, previsto en los artículos 218 y siguientes del Código de Comercio. En realidad, mientras que la liquidación obligatoria es un procedimiento concursal de alta connotación pública, propiciado por la crisis de la entidad deudora, el proceso liquidatorio regulado en el código citado es un procedimiento iniciado voluntariamente por la compañía, en el que no participa, en general, ninguna instancia estatal.

Por su parte, la superintendencia de sociedades, mediante concepto 220-51727 establece diferencias entre la liquidación voluntaria y la liquidación obligatoria así:

1. "La privada es consecuencia del acaecimiento de una causal de disolución establecida en la ley, la obligatoria se da por la verificación que hace el juez del concurso de los presupuestos que la hacen procedente, esto es, las dificultades económicas que afronta el deudor;
2. En la privada la disolución, de ordinario, de actividades debe ser decretada por los asociados y como consecuencia de ella sobreviene su inmediata liquidación; en la obligatoria la disolución de la sociedad es consecuencia de la apertura del trámite liquidatorio;
3. En la privada al liquidador lo designan o remueven los socios, en la obligatoria es designado por el juez del concurso y su remoción la realiza el juez de oficio o a petición de la junta asesora, cuando se acredite el incumplimiento grave de sus funciones;
4. En la privada los órganos sociales continúan ejerciendo funciones en los términos del artículo 223 del Código de Comercio, en la obligatoria los órganos de administración y dirección quedan en suspenso y la vigilancia recae directamente en los acreedores a través de la junta asesora del liquidador y el juez del concurso, con excepción de la revisoría fiscal;."

Ahora bien, para la liquidación de sociedades comerciales, diferentes a aquellas vigiladas por la Superintendencia Financiera,⁶¹ cuyos títulos representativos de capital han sido objeto de extinción de

⁶⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. Bogotá: Ediciones doctrina y ley limitada, 1998. pág. 147.

⁶¹ De acuerdo con la normatividad colombiana, las únicas entidades legalmente autorizadas para la captación, manejo, aprovechamiento o inversión de recursos del público, son las sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, a saber: los bancos; las compañías de financiamiento; las corporaciones financieras; las cooperativas financieras; los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero; las entidades oficiales especiales; las sociedades fiduciarias; las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación;

dominio, surge el interrogante respecto del régimen aplicable que resulta aplicable (privado – voluntario o liquidación judicial).

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades mediante Concepto 2290- 029447 del 7 de junio de 2007 se pronunció, indicando que se debe realizar en la forma y términos previstos en los términos 225 y siguientes del Código de Comercio⁶²:

En síntesis, con los argumentos y consideraciones expuestas, en orden a resolver puntualmente los interrogantes planteados, se concluye:

A). Debe determinarse si los bienes muebles e inmuebles relacionados en el fallo condenatorio, integran la totalidad de los activos de la sociedad CONICOL.

Cómo la autoridad competente no dijo nada respecto de la existencia de la sociedad como ente jurídico, será la DNE, en representación y vocera del total de las cuotas que conforman el capital de la compañía, la facultada para adoptar dicha decisión, la que deberá elevarse a escritura pública y registrarse en la Cámara de Comercio. En tal documento también deberá designarse al liquidador que bien puede ser el depositario y representante legal de la sociedad.

B). Como consecuencia de lo anterior, el liquidador designado habrá de iniciar el proceso de liquidación en la forma y términos prescritos en el artículo 225 y ss. del Código de Comercio.

(Negrillas y subraya fuera de texto)

En conclusión el proceso de liquidación de sociedades comerciales, cuyos títulos representativos de capital han sido objeto de extinción de dominio, deberá ceñirse a lo establecido en el código de comercio, toda vez que no se contempla excepción alguna por la ley o norma especial, para finiquitar la personería jurídica.

La liquidación es *“un procedimiento regulado en la ley, en forma imperativa, que persigue, mediante la realización de una cadena de actos complejos, la conclusión de las actividades pendientes al tiempo de la*

las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía; las sociedades comisionistas de bolsa independientes; comisionistas de bolsa de valores y de bolsas agropecuarias, agroindustriales y de otros productos básicos; las sociedades administradoras de inversión; los fondos mutuos de inversión; los emisores de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores y las sociedades de capitalización, según las modalidades que la ley expresamente establece para cada tipo de entidad. Así mismo, las únicas entidades autorizadas para la realización de operaciones de seguros son las compañías y cooperativas de seguros sometidas a la inspección, vigilancia control y de esta Superintendencia

⁶² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 2290- 029447. Op cit.

*disolución, la realización de los activos sociales, el pago del pasivo externo, la repartición de remanente de dinero o bienes entre los socios y la extinción de la persona jurídica.”*⁶³

Al respecto, Gavino Pinzón señaló⁶⁴:

Se trata, pues, de un proceso privado, ciertamente, pero de un proceso en parte regulado imperativamente por el legislador que no se ha limitado a conferir determinadas facultades al liquidador, si no que le ha impuesto una serie de verdaderas obligaciones de las que los socios no pueden exonerarlo, porque están enderezadas no solo a la protección de los asociados mismo, sino que también a la protección de los terceros que hayan contratado con la sociedad o que tengan, por cualquier otra causa, situaciones jurídicas creadas con ella.

A través de este procedimiento, el liquidador identifica activos, restituye los bienes que se encuentran en poder de terceros, cancela créditos, enajena activos sociales. Una vez realizado los pagos, procede a repartir los remanentes entre los asociados de acuerdo con su participación, para dar fin a la persona jurídica.

La Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-042889 del 5 de septiembre de 2007, al referirse al trámite liquidatario indicó: *“Es principio general en todo trámite liquidatario que el liquidador deba procurar la venta de los bienes sociales, para que con el producto de la enajenación cancele las obligaciones a cargo de la sociedad en liquidación”*; y mediante oficio 220-46342 del 22 de agosto de 2006, agregó:

Es preciso tener en cuenta que el procedimiento previsto para liquidar las sociedades mercantiles, es de orden público y de obligatorio cumplimiento, presupuesto que implica no solo agotar todas las etapas respectivas hasta llegar a la culminación del proceso, sino realizar dicho trámite en el menor tiempo posible, máxime que el liquidador, es un administrador al que corresponde obrar dentro de los parámetros de diligencia del buen hombre de negocios y necesariamente responde por las gestiones realizadas en los términos de lo previsto por el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que al respecto dispone: *“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de*

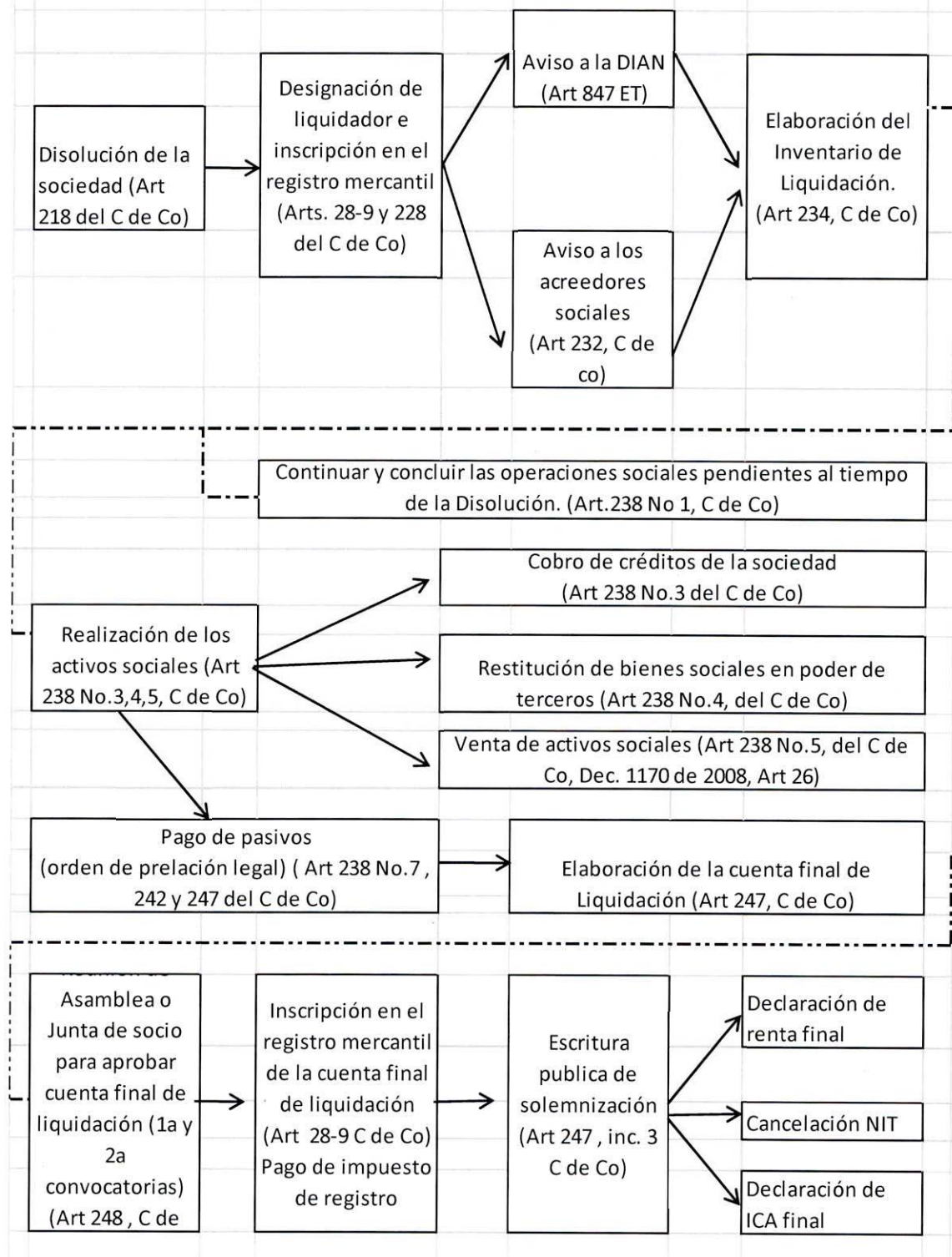
⁶³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. Op cit. pág. 140.

⁶⁴ GABINO PINZON, Jose. Sociedades comerciales, Bogotá., 1998. pág.273.

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

Finalmente, para propósitos conceptuales en la siguiente gráfica se expone el *iter* previsto en la normatividad para la liquidación privada – voluntaria de una sociedad (artículos 225 al 259 del Código de Comercio y normas concordantes)

PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN PRIVADA DE LA SOCIEDAD



CONCLUSIONES

El Estado colombiano ha creado múltiples mecanismos normativos que le permiten combatir las actividades delictivas. En la década de los noventa, habida cuenta del contexto nacional padecido como consecuencia del obrar de los grupos criminales dedicados al narcotráfico y el terrorismo, el castigo del enriquecimiento ilícito y la tutela de bienes jurídicos de suprema importancia como lo son el Tesoro Público y la Moral Social, merecieron la reconfiguración de un mecanismo jurídico inicialmente creado como una expresión de la función pública de la propiedad, llamado acción de Extinción de Dominio.

La acción de Extinción de Dominio está cobijada con la fuerza de la supremacía constitucional (artículo 34 de la Constitución Política). Desde su reconfiguración como instrumento de castigo del enriquecimiento ilícito y tutela del Tesoro Público y la Moral Social, la acción de Extinción de Dominio ha sido regulada por la Ley 333 de 1996, el Decreto 1975 de 2002 y las Leyes 785 y 793 de 2002. EN la actualidad las normas que la regulan han sido codificadas mediante la Ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio).

Con ocasión de la evolución normativa y los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, particularmente de los exámenes de constitucionalidad realizados por la Corte Constitucional, en la actualidad la Ley 1708 de 2014 le ha atribuido a la acción de Extinción de Dominio atribuciones que caracterizan su naturaleza, a saber: constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial, distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad e imprescriptible.

Así mismo, la Ley 1708 de 2014 ha sintetizado los avances normativos y los criterios jurisprudenciales relevantes en la determinación tanto de las causales de procedencia de la acción de Extinción de Dominio, como de los bienes susceptibles de esta medida.

El Código de Extinción de Dominio regula de forma integral el proceso de extinción de dominio, en el cual determina como sujetos, de un lado a la Fiscalía General de la Nación y, de otro, a los afectados, bien en calidad de titulares del dominio de los bienes objeto de la acción, o bien en calidad de terceros – acreedores de los primeros, mientras que la competencia para el Juzgamiento, fue radicada en cabeza de la jurisdicción penal especializada en extinción de dominio. Respecto de las etapas procesales, la Ley 1708 de 2014 refiere dos: De una lado una preprocesal, en la que la Fiscalía General de la Nación lleva a cabo la investigación para acreditar los supuestos de procedencia de la acción de Extinción de Dominio y otra de juzgamiento (a cargo de la

jurisdicción penal), que tiene lugar ante la emisión de la resolución de fijación provisionalmente la pretensión de extinción de dominio.

El proceso de extinción de dominio prevé el decreto de medidas cautelares por parte de la Fiscalía General de la Nación con el fin de evitar que los bienes objeto de la acción puedan ser ocultados, transferidos o puedan sufrir deterioro, extravío o destrucción. Los bienes objeto de medidas cautelares son puestos a disposición de la entidad administradora del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO), que en la actualidad es la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE).

En el proceso de extinción de dominio se aplica el principio de carga la prueba en cabeza de los afectados y no el de presunción de inocencia a su favor, toda vez que se trata de una acción real, circunscrita a un criterio patrimonial. Lo anterior constituye una manifestación de la distribución de la carga probatoria que de ninguna manera resulta violatoria del artículo 29 de la Constitución Política.

La sentencia que finaliza el proceso de extinción de dominio tiene efectos erga omnes y en ella se debe reconocer los derechos de los terceros, bien sean acreedores prendarios, hipotecarios o quirografarios, que se hicieron presentes en el proceso y demostraron que en el negocio que dio origen al gravamen obraron con buena fe exenta de culpa.

Desde el decreto de las medidas cautelares y hasta la culminación del proceso, cuando la acción de Extinción de Dominio recae sobre los títulos que representan el capital de una sociedad, dada las particularidades y los efectos jurídicos propios de estos bienes, se presentan múltiples tensiones que han ameritado tanto la consagración de normas particulares, como la reflexión de la jurisprudencia y la doctrina para su solución. Las tensiones identificadas durante el desarrollo de la presente monografía fueron:

1. La medida cautelar procedente es el embargo, que tiene como efecto la suspensión del poder dispositivo y la toma de posesión, con la entrega física de los haberes y documentos de la sociedad, especialmente los libros de contabilidad y estados financieros.
2. El mecanismo de administración procedente es el depósito judicial, bajo el cual se designa una persona natural o jurídica para que administre, cuide, mantenga, custodie y procure que las sociedades continúen siendo productivas y generadores de empleo. El depositario provisional designado para la administración societaria debe cumplir con las obligaciones que dispone la legislación comercial para los administradores societaria y le es aplicable el régimen general de responsabilidad de esa misma legislación

3. Mientras subsista la medida cautelar sobre los títulos que representan el capital de una sociedad las personas que aparezcan inscritas como titulares de esos bienes no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con la sociedad, a menos que sean autorizados expresamente y por escrito por el administrador, previa autorización del funcionario judicial competente. Por su parte la entidad administradora del FRISCO (SAE) pasa a ocupar el lugar de los titulares del dominio de los títulos respectivos, en lo concerniente a los derechos que a los socios corresponden, tanto los derechos patrimoniales como los llamados políticos derivados de los aportes (nombramiento de administración, votación en las asambleas de accionistas o en las juntas de socios, etc.). Por lo anterior, la medida cautelar comprende también los dividendos, intereses, frutos, rendimientos y demás beneficios o utilidades que generan los derechos sociales.
4. Si la medida cautelar recae sobre el 100% de los títulos que representan el capital social, la SAE asume las atribuciones que, en condiciones normales, serían del resorte exclusivo y privativo de los socios reunidos en asamblea o junta, por encontrarse el 100% de las acciones o cuotas de la sociedad. Lo anterior, no es óbice para que el máximo órgano social efectúe reuniones, toda vez que en las sociedades en extinción de dominio, el máximo órgano social debe reunirse una vez al año, por lo menos, con el fin de examinar la situación de la sociedad, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar y aprobar los estados financieros del último.
5. Si la medida cautelar recae sobre una parte de los títulos que representan el capital social, aun cuando el Código de Extinción de Dominio no dispone de forma expresa los efectos de esta eventualidad, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha determinado el ejercicio de las potestades patrimoniales y políticas en cabeza de la SAE se limite a la participación que hubiere sido objeto de la medida
6. Las medidas cautelares ordenadas dentro del proceso de extinción de dominio no interrumpirán ni suspenderán los procesos de intervención o de disolución y liquidación adelantados por la Superintendencia de Sociedades. Si la sociedad se encuentra en proceso de liquidación forzosa, este proceso debe continuar y cuando culmine, el valor del remanente que se reparta entre los socios, sustituye los derechos sobre los aportes sociales que estaban siendo perseguidos por el Estado. En este caso la sentencia que ponga fin al proceso de extinción recaerá sobre el valor del remanente.
7. Si las Medidas cautelares recaen sobre bienes que hacen parte del activo social, la llamada a presentarse al proceso de extinción, es la misma sociedad ya que es la titular del derecho de dominio.
8. Cuando las medidas cautelares recaigan sobre un pasivo de una sociedad en proceso de liquidación o de reestructuración, los procesos deben continuar. Se debe reconocer el crédito presentado si reúne las

condiciones legales para esto. Si el pago se produce antes de proferirse la sentencia de extinción, el dinero del pago sustituye el crédito que se cobraba en el proceso mercantil, por lo cual la medida cautelar y el fallo recaerán sobre el dinero dado en pago. Si el proceso de extinción termina primero, el pago se hará a quien resulte favorecido en el fallo.

9. Respecto de los efectos tributarios durante el proceso de extinción de dominio: Los impuestos sobre los bienes no causan intereses remuneratorios ni moratorios y se suspenderá el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva. Una vez declarada la extinción de dominio, y una vez enajenados los bienes, se cancelará el valor tributario pendiente por pagar con cargo al producto. Dichos efectos se predicán de todos los impuestos bien sea nacionales o territoriales, o reales o personales.
10. En el evento en que se declare la extinción de dominio respecto una porción de los títulos representativos del capital social, el Estado a través del administrador del FRISCO, se convierta en socio de la persona jurídica, haciendo que en su capital confluyan recursos públicos y privados, sin que ello signifique que se trate de una sociedad de economía mixta, pues de una parte, la Ley Comercial exige que participación del Estado en la persona jurídica se de como resultado de un aporte y, de otro, la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada, como característica esencial de las sociedades de economía mixta la mediación de un instrumento normativo (Ley, Ordenanza o Acuerdo) para su creación.
11. En el evento en que el Estado se convierta en único socio de la persona jurídica, por cuanto la sentencia declara la extinción del dominio del 100% de los títulos representativos del capital social, la sociedad queda en causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida, a menos que se trate de una SAS.
12. Para enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida, en un término de 6 meses, el Estado puede o bien incluir a terceros para cumplir con el mínimo de socios requerido en la ley, o realizar una transformación del tipo societario a SAS.
13. Si no se enerva la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida, se debe proceder de forma inmediata a liquidación de la sociedad.
14. La Sociedad de Activos Especiales S.A.E SAS., quien funge como representante y vocera de la totalidad de derechos que integran el capital social y quien al tener todas las facultades que le corresponden al máximo órgano social, se encuentra investida de plenas facultades para disolver y liquidar la sociedad. Esta decisión debe constar en un acta que debe ser registrada en la Cámara de Comercio del domicilio social.
15. El Régimen procedimental para liquidar una sociedad cuyo capital social ha sido objeto de la acción de Extinción de Dominio es el que se determina para las liquidaciones privadas voluntarias.

BIBLIOGRAFÍA

GABINO PINZÓN, José. Sociedades comerciales, Bogotá, 1998.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2 ed. Bogotá: Legis, 2014,

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 3 ed. Bogotá: Temis, 2016.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. Bogotá: Ediciones doctrina y ley limitada, 1998.

SAVOGAL QUINTERO, Moisés. El enriquecimiento ilícito el lavado de activos y la extinción de dominio. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.

TOBAR TORRES, Jenner. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14(26), 2014.

LEYES Y NORMAS

COLOMBIA. Constitución Política, 1886.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 160 de 1994. Diario Oficial No. 41.479, de 5 de agosto de 1994. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995 (20, diciembre, 1995) por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 793 de 2002 (27, diciembre, 2002). Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 785 de 2002 (27, diciembre, 2002). Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados en aplicación de las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1708 de 2014 (20, enero, 2004) por la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.

COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Gaceta Constitucional lunes 15 de abril de 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 212 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-109 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-958 de 2014. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 1595 del 13 de 2004. Radicación número: 1595. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia del 6 de marzo de 2008. Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00092-00(15042). Consejero Ponente Hector J. Romero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2206 del 4 de septiembre de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206). Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 2290- 029447 del 7 de junio de 2007.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-081824 del 9 de Junio de 2009.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-183383 del 14 de diciembre de 2009.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-013292 del 9 de marzo de 2010.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-022476 del 15 de abril de 2012.

COLOMBIA. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Concepto 2186 de 2003.