

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

Facultad de Ciencias Jurídicas

**EL DERECHO A NO PERMANECER ASOCIADO SEGÚN LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

**Trabajo de Investigación para optar
al título de Abogado.**

ROBERTO LAGUADO GIRALDO

BOGOTÁ, 2001

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**RECTOR DE LA UNIVERSIDAD
GERARDO REMOLINA VARGAS S.J**

**DECANO ACADÉMICO DE LA FACULTAD
LUIS FERNANDO ALVAREZ LONDOÑO S.J.**

**DECANA DEL MEDIO UNIVERSITARIO
ANGELA ECHEVERRI ARCILA**

**DIRECTOR DE TESIS
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**

**DIRECTOR HONORARIO
DARIO LAGUADO MONSALVE**

TALA DE CONTENIDO

SUMARIO :

1.-	Justificación del tema.....	1
2.-	La necesidad de asociarse.....	4
3.-	La libertad de asociación.....	6
4.-	La asociación.....	18
4.1	Rasgos comunes.....	21
4.2	Diversas formas asociativas.....	23
5.-	El aspecto negativo de la libertad de asociación.....	27
5.1	Aproximaciones al aspecto negativo de la libertad de asociación según la Corte Constitucional.....	28
5.2	Particularidades sobre el ejercicio del aspecto negativo de la libertad de asociación.....	30
6.-	La tutela como instrumento regulador de las fuerzas internas de las asociaciones.....	37
6.1	La acción de tutela contra particulares.....	41
6.2	La referencia obligatoria.....	48

7.- Los casos frecuentes que llegaron a las Altas Cortes.....	51
7.1 Contenido del Derecho de Asociación	52
7.2 El penoso caso de los médicos barranquilleros.....	59
7.3 Los miembros de los clubes sociales.....	75
7.4 La acción de impugnación de decisiones societarias frente a la acción de tutela.....	88
7.5 Los casos relacionados con la propiedad horizontal.....	101
7.6 Los casos relacionados con las cooperativas.....	113
7.6.1 La reglamentación del derecho de retiro.....	122
Conclusiones.....	

1.- Justificación del tema :

Aunque por naturaleza el hombre tiende a asociarse para unirse con otros y progresar con ellos, la libertad económica legitima a quien participa en cualquier mecanismo de carácter asociativo para alejarse del grupo, hacer prevalecer su individualidad mediante la sustitución personal o, excepcionalmente, mediante el reintegro de su aporte con la consecuente reducción del capital y la disminución del número de asociados. Sin embargo, en los últimos años algunas personas que trataron de retirarse de la sociedad en la que venían participando encontraron dificultades o impedimento absoluto para actuar de esa manera y por tal motivo promovieron acciones de tutela que le han permitido a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado introducir algunas precisiones sobre este asunto concreto, advirtiendo los altos Tribunales, como tesis de fondo, que en la mayoría de los casos no procede el derecho de retiro y que en ocasiones el asociado, a su pesar y contra su voluntad, ha de perseverar como socio.

Tanto el derecho de sociedades como el derecho administrativo, el derecho concursal, y obviamente el derecho constitucional, deberán ocuparse de este asunto en el futuro. Nuestro interés actual se concreta en identificar

las preocupaciones fundamentales que se derivan de estos casos, demasiado frecuentes y numerosos en tiempos de crisis y, tal vez por novedosos, insuficientemente analizados hasta la fecha.

Este documento analiza toda la jurisprudencia de rango constitucional existente sobre el derecho de retiro, instrumento que es común a las sociedades civiles y a las instituciones de carácter cooperativo, en estricto sentido es excepcional porque subvierte el contrato de asociación y porque pone en peligro al mismo sujeto corporativo. A pesar de ello es, bajo los principios de la Convención de Ottawa, regla general para el caso de las cooperativas y, como garantía excepcionalísima en el caso de las sociedades mercantiles. En la jurisprudencia que hemos consultado, que como ya dijimos, es toda la existente, se pueden identificar diversos principios aplicables al derecho de retiro y la búsqueda de esos principios rectores simultáneamente es la justificación de este trabajo y su finalidad misma.

Todos los casos que han llegado al conocimiento del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Constitucional han ocurrido en instituciones de carácter privado y los han propuesto socios particulares, actuando en todas las hipótesis con apoyo en la acción de tutela porque no

existe jurisprudencia derivada de acciones de inexecutableidad o de procesos encaminados a que se declare la nulidad de algún decreto, resolución o circular relacionada con este asunto. Esta particularísima circunstancia nos ha puesto en la alternativa de mencionar la acción de tutela y más concretamente la tutela contra particulares, para ilustrar con algunas precisiones de carácter constitucional a quien nos honre con la lectura de este documento; y, simultáneamente, nos ha dado pie para no mencionar la acción de tutela, dando por sentado que lo que tiene que ver con ella es puramente instrumental y que el fondo del problema, la razón de ser del mismo y la respuesta jurisdiccional son independientes de cuanto se diga sobre la acción de tutela. Ante las dos alternativas hemos optado por la primera, es decir hemos incluido algunas explicaciones básicas sobre la acción de tutela y sobre la tutela contra particulares para facilitar la comprensión y aprovechamiento de nuestro trabajo.

2.- La necesidad de asociarse :

El postulado de la autonomía de la voluntad privada habilita a todas las personas, incluso las de derecho público con las limitaciones especiales que a ellas se refieren, para configurar contratos que se acomoden a sus necesidades o propósitos. Esa libertad se manifiesta en una doble dirección. En el primer aspecto los socios pueden elegir el tipo societario que les conviene para desarrollar una actividad concreta. En segundo lugar esa libertad se concreta en la definición del contenido del contrato, libertad que soporta algunos límites y condiciones impuestos por la ley.

En principio nadie está obligado a asociarse pero en ocasiones, por la magnitud de los capitales que exigen determinados negocios, por la complejidad de las operaciones e intereses en los que participan algunas empresas, la ley exige que ese propósito necesariamente se desarrolle a través de sociedades mercantiles. Tal es el caso de las bolsas de valores, de las compañías de seguros y de los bancos comerciales, instituciones que necesariamente deben organizarse como cooperativas o sociedades anónimas y en alguna época ya lejana como sociedades colectivas. En estos casos los particulares carecen de la libertad para actuar como

aseguradores, como bancos o como instituciones de carácter previsional porque, repetimos, esos negocios quedaron reservados para las personas jurídicas. Téngase en cuenta que la limitación en estricto sentido no se extiende a las personas jurídicas de derecho público porque cuando esas entidades van a participar como socios necesariamente debe haber una ley que autorice su participación y por ello mismo la ley que permite tal cosa bien puede introducir excepciones o particularidades que se explican por motivos de conveniencia nacional, por circunstancias coyunturales o por razones de orden público excepcionales con respecto a la regla general a la cual nos acabamos de referir.

3.- La libertad de asociación

Todas las Constituciones procuran aportar un catálogo de derechos de diversa naturaleza dentro del cual se encuentran los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales. La Constitución colombiana no es la única que dispuso una norma expresa sobre la libertad de asociación pues varias Constituciones Latinoamericanas también contienen una disposición similar. En efecto, la siguiente tabla refleja la situación a que nos referimos:

BOLIVIA	Artículo 7. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...) c. A reunirse y asociarse para fines lícitos;
CHILE	Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...) 15. El derecho de asociarse sin permiso previo. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación ¹ .

¹ Nótese que esta es la única disposición constitucional que se refiere expresamente al “derecho a

	Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. (...)
ECUADOR	<p>Artículo 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:</p> <p>19. La libertad de asociación y de reunión, con fines pacíficos.</p>
PERU	<p>Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.</p>
VENEZUELA	<p>Artículo 52. Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho.</p> <p>Artículo 118. Se reconoce el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro mutuales y otras formas asociativas. Estas asociaciones podrán desarrollar cualquier tipo de actividad económica, de conformidad con la ley.</p>

no asociarse”, que es diferente al “derecho a no permanecer asociado”. Sin embargo, esta circunstancia no implica que las otras constituciones desconozcan la facultad de obrar en solitario, pues la libertad de asociación incluye ambos aspectos: el positivo y el negativo.

	<p>La ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos.</p> <p>El Estado promoverá y protegerá estas asociaciones destinadas a mejorar economía popular y alternativa.</p>
--	---

En el caso colombiano la Constitución de 1991 dispuso en su artículo 38: *“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”*². En este sentido se protege la libertad de todo residente en Colombia para aunar sus esfuerzos o recursos en aras a obtener un provecho económico, o la realización de un objetivo en común. Aunque la redacción de la norma ha sido criticada por algunos³, en cuanto es una norma vacía y sin contenido garantista, la Corte Constitucional la ha interpretado de la siguiente manera:

² En otros artículos de la Constitución también se encuentran otras manifestaciones de la libertad de asociación. En efecto, el artículo 39 consagra la libertad de asociación sindical; el 40, la creación de movimientos o partidos políticos; el 51 dispone que el Estado promoverá las formas asociativas que se interesen en los programas de vivienda de interés social; el 58 establece que el Estado *protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad*.

³ Sobre el artículo 38 de la Constitución se ha dicho que “ La acumulación de las nociones de *garantía, derecho y libertad*, en breve frase para referirse a la asociación es tautológica y resulta incoherente. Realmente en este artículo no se consagra una garantía, no hay nada en él que produzca tal efecto. El objeto de la norma es reconocer el derecho de asociación, que precisamente por ser derecho se presume libre. El remate del artículo es tanto o más deficiente que el comienzo, ahora por fracasar en el intento de definir el contenido o los objetivos del derecho de asociación . Esta parte de la norma es perfectamente prescindible porque en nada contribuye a precisar el alcance del derecho y, por el contrario, lo deja suspenso en una vaguedad e indeterminación muy

“El artículo 38 de la Constitución garantiza de manera general el derecho de toda persona de asociarse. Él comprende, tanto el aspecto positivo como el negativo de la asociación : a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse, ya que el Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro”.⁴

Por otra parte la Corte ha concluido que este derecho debe entenderse como la facultad de pertenecer o no a determinada agrupación, el cual tiene el carácter de fundamental y, por ende, será susceptible de acción de tutela, cuando el mismo resulta vulnerado o amenazado⁵, impone a las autoridades el respeto hacia la realización libre de las actividades lícitas que desarrollan las asociaciones constituidas⁶, y comporta la facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural,

inconvenientes en un precepto constitucional; obviamente toda asociación se refiere a actividades que se *realizan en sociedad*, y obviamente éstas son distintas, *muy variadas y hasta curiosas*”. (Cfr. LLERAS DE LA FUENTE, Carlos ; ARENAS, Carlos; CHARRY, Juan Manuel y HERNÁNDEZ, Augusto. *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Editorial Carrera 7ª . Santafé de Bogotá. 1992. Pág. 133.)

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-110 de 1994.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C- 606 de 1992

⁶ Corte Constitucional Sentencia T- 169 de 1994

político, económico etc., a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado y capacitada para operar en el tráfico jurídico; su ejercicio apareja el deber de someterse a las reglas estatutarias cuando éstas han sido adoptadas en debida forma y cuando su contenido no afecta bienes, derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.⁷

Esta consagración constitucional ha tenido trascendencia desde el punto de las sociedades comerciales. Antes de la promulgación de la Constitución de 1991 el derecho de asociación tuvo un desarrollo distinto. En efecto: *“Durante la vigencia de la Constitución de 1886 la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre la libertad de asociación se caracterizó fundamentalmente por una interpretación basada en criterios organicistas. Algunas veces declararon la inconstitucionalidad por injerencia indebida del Ejecutivo en la regulación de la libertad de asociación, por exceso en las facultades de control y vigilancia, o por extralimitaciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Otras veces, frente a normas que establecían la asociación obligatoria, como en el caso del Banco Ganadero, o que imponían la conversión de sociedades extranjeras en mixtas, como en la llamada ley de colombianización de la banca, la Corte justificó la*

⁷ Corte Constitucional Sentencia T- 679 de 1997

constitucionalidad de tales medidas con el argumento de la inexistencia de derechos absolutos y con base en la facultad del Estado para intervenir en la economía.

Debido a la amplitud y a la vaguedad de los conceptos de moral y orden legal consagrados como límites en el art. 44 de la Constitución anterior, tanto la Corte como el Consejo justificaron restricciones impuestas por el legislador para desarrollar determinadas actividades, como en los casos de los comisionistas de bolsa, de las asociaciones de educación superior y de las asociaciones deportivas, entre otros. Además se utilizaron otros límites de creación jurisprudencial, como la noción de servicio público, y la facultad de inspección y vigilancia, para limitar las actividades de las empresas particulares de vigilancia y de las instituciones educativas. Inclusive prefirió el Consejo de Estado evitar el lejano riesgo de asociaciones inmorales o ilegales, a crear una presión sobre el Estado negligente.

En ninguno de estos fallos se estudió con detenimiento la esencia de la libertad, ni se establecieron criterios claros para

determinar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las restricciones, como la existencia de medios alternativos para lograr los mismos fines del Estado sin vulnerar su núcleo esencial.”⁸

Si se acepta - como debe aceptarse - que el derecho de asociación es una cara de la libertad del individuo, se concluye que la persona que desee unir esfuerzos con otros y conformar un ente superior, con más solidez económica y con mejor participación en el mundo de los negocios, podrá hacerlo siempre que no contravenga principios de rango constitucional y, obviamente, conforme a reglas dispuestas en la ley. Tal libertad; aunada a la autonomía de la voluntad privada, dan como resultado un ente jurídico, con o sin personalidad, que puede o no ser sujeto de derechos y obligaciones porque logra el beneficio de separación patrimonial o porque no pasa de ser una sociedad de hecho. Si de la combinación entre libertad y autonomía de la voluntad privada (respetando la ley y la Constitución) pueden surgir asociaciones, todo parece indicar, por lo menos a primera vista, que el individuo creador de esa nueva realidad, bien puede alejarse de su creación, separarse, dejar de ser socio y recuperar su individualidad plena, abandonando el status de socio según su voluntad y conveniencia,

⁸CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales. Temis. Santafé de Bogotá. 1992. Pág. 326.

pero vistas las cosas con detenimiento se concluye que ello no es verdadero ni posible porque si el origen del vínculo es la Ley, como en 1959 y 1960 aconteció en los casos del Banco Ganadero y Acerías Paz del Río, los individuos no pueden reclamar y gozar de la libertad que las leyes han excepcionado o sometido a condición; y, por otra parte, si el origen del vínculo asociativo es el contrato, el compromiso de participar en propósitos comunes y de perseverar con los consocios durante determinado tiempo, la atadura viene del contrato mismo y nadie puede, so pretexto de su libertad individual, sustraerse a las obligaciones que se derivan del vínculo contractual voluntariamente asumido. En otras palabras, las razones que explican la libertad para asociarse no son las mismas que explican el derecho a no asociarse y, por otra parte, como asunto separado, el derecho a no continuar asociado. Para nosotros es muy claro que en aquellas sociedades en que rige el principio de libre entrada y salida, propuesto en la Convención de Otawa, parece indiscutible que el socio que quiera dejar de pertenecer al sujeto colectivo puede retirarse en cualquier tiempo y exigir el reintegro o reembolso de su aporte, situación que es totalmente distinta a la de quienes participan en sociedades mercantiles (o en sociedades civiles si las hubiere) porque en estos casos el socio puede enajenar las acciones, cuotas o partes de interés que le pertenecen y a través de tal acto dispositivo, regido fundamentalmente por el régimen de

bienes, realizar en el mercado secundario el valor de su aportación para que el lugar que él ocupa dentro del sujeto corporativo en adelante lo asuma quien actúa como su sucesor por acto entre vivos, hipótesis que no desarrolla el derecho a no permanecer asociado sino más bien uno de los derechos esenciales de todo socio: la libertad de enajenar libremente las alícuotas que le pertenecen, sujetándose en unos casos al sistema de retracto y actuando libremente en otros eventos.

En realidad el derecho a no permanecer asociado se manifiesta íntegramente cuando el socio pretende que la persona jurídica forzosamente readquiera las alícuotas de su propiedad, ya sea acudiendo a reservas y apropiaciones constituidas para tal fin o reduciendo el capital, tal como acontece en el caso del retiro y en los casos de solicitud directa de reembolso con apoyo, como tantas veces lo hemos dicho, en la Convención de Otawa, que forma parte del Derecho Positivo Colombiano y que es fuente formal del derecho cooperativo por voluntad expresa del Congreso Nacional.

La libertad de asociación se traduce en el *derecho del individuo a unirse con otros individuos, en forma voluntaria y durable, para la realización común de un fin de índole político, científico, religioso, moral, benéfico,*

*mutual, económico, etc.*⁹ Y sus características principales, identificadas por el Profesor Páez son las siguientes:

“a) El derecho de asociación es un derecho natural, anterior a la ley y aun al Estado mismo. No depende de ellos porque no es creado ni por el Estado ni por la ley, aunque puede ser en su ejercicio vigilado por ellos en el interés público. Desconocer esta calidad sería atacar a la sociedad en sus cimientos.

b) Es un derecho generador en el orden social, el principio sobre el cual reposa toda sociedad. Es en el que, en todas las épocas se ha refugiado el hombre como obrando a impulsos de un instinto. Sobre tal derecho descansa la libertad del individuo, que no existiría si le fuera negado. Por eso lo llamamos un derecho generador, que es como decir que constituye la síntesis de todos los demás porque el hombre no podría hacer valer sus atributos naturales sino mediante el amparo que le prestan las fuerzas morales y materiales concentradas en el agrupamiento. Todas las luchas que ha sostenido el individuo no has sido en el fondo, quizá, sino persiguiendo esta conquista esencial para su vida. Todas las que pueda sostener en el futuro oscilarán también alrededor de esa misma libertad; despojada

⁹ LINARES QUINTANA. S.V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Alfa. Buenos Aires.

de ella su derecho se habrá extinguido, el individuo habrá cesado en sus prerrogativas.

c) El derecho de asociación es variable y relativo. Si muchos individuos desean asociarse en vista de beneficios a obtener por vías no comerciales se constituirán bajo forma de una sociedad civil; si entienden buscar ese beneficio por la ayuda de actos comerciales deben someterse a las prescripciones de las sociedades lucrativas; pero si, al contrario, tienen en vista o se proponen la obtención de ciertas ventajas inmateriales, sea que no persigan ningún fin económico, sea que este fin presente por toda economía la defensa de sus intereses profesionales, industriales, culturales, etc., ellos elegirán la asociación. Su relatividad es la de todos los derechos: su ejercicio debe ser condicionado por la ley, vale decir, limitado en cuanto pueda ser nocivo al interés general.

d) El derecho de asociación no existe más que cuando es total. Este carácter está definido en la libertad correlativa que es su fundamento. Sin el reconocimiento de este derecho total la libertad de asociación no existirá.

e)En nuestro derecho (*y el Colombiano también*) asume un carácter importante: es constitucional. ¹⁰

En el derecho de sociedades se han venido estudiando los efectos que se derivan del ejercicio del derecho de asociación en las diversas etapas en que tal derecho de manifiesta para deducir excepciones al beneficio de separación patrimonial que van, por disposición legal expresa, más allá del rompimiento del velo societario y que permiten concluir que existen poderosas razones que para favorecer a los terceros, las cuales inhiben o posponen, según el caso, el libre ejercicio del derecho a no permanecer asociado y conducen a restricciones de tal derecho a la hora de retirarse del ente económico al que pertenece el solicitante del amparo. A través de acciones de tutela, algunos actores han propuesto que el derecho de retiro del socio - concepto que deberá entenderse incluido dentro del derecho de asociación - es absoluto y, al mismo tiempo, han considerado que las sociedades en las que rige el principio de libre entrada y salida de los socios y en las que el aportante puede solicitar el reintegro de su aportación porque la compañía es de capital variable, están obligadas, siempre y sin excusa, a devolverle los aportes del asociado que desea retirarse. La conclusión jurisprudencial es diferente.

¹⁰ PAEZ, Juan L. El derecho de las asociaciones. Guillermo Kratf Editores. Primera. Buenos Aires:

4.- La asociación

Definir la asociación exclusivamente desde la óptica jurídica es un esfuerzo insuficiente para lo que pretendemos, por ese motivo abordamos el concepto desde varias perspectivas¹¹, como un fenómeno que *aparece en provecho del individuo, un medio natural destinado a protegerlo y a desarrollarlo, porque merced a ella los sujetos acrecen sus fuerzas, las amplifican en virtud del concurso que les porta la acción de otros hombres.*¹²

Ahora bien, *la primera condición del individuo para obrar es la de agruparse: el hombre aislado no es nada. Si es orgánicamente libre y esencialmente sociable, ¿no es acaso el de asociarse el uso más normal que él puede y debe hacer de su libertad?*¹³ Podrá mantener su individualidad, y afrontar las vicisitudes económicas y sociales por su propia cuenta, sin embargo, conforme el progreso humano lo demuestra, la tendencia social del hombre y su naturaleza grupal lo llevan a unirse con sujetos que piensen de forma

1940. Pág. 24

¹¹ Desde Aristóteles se dice que “el que no puede vivir en sociedad, o el que no necesita de nada ni de nadie porque se basta a sí mismo, no forma parte del Estado: es un bruto o es un dios”. Aristóteles. La política. Libro I. Cap.I Nos. 10 y 11. O desde una perspectiva económica y política, se ha entendido como “una relación social con una regulación limitadora hacia fuera cuando el mantenimiento de su orden está garantizado por la conducta de determinados hombres destinada en especial a ese propósito: un dirigente y, eventualmente, un cuadro administrativo que, llegado el caso, tienen también de modo normal el poder representativo” (WEBER, Max. Economía y Sociedad. Primera Reimpresión Colombiana. Fondo de Cultura Económica. Bogotá. 1997. Pág. 39.)

¹² PAEZ, Juan L. Op.Cit. Pág. 13.

¹³ Ibídem. Pág. 21.

similar o que aunque ocurra lo contrario, persigan fines concurrentes. La disyuntiva entre el individualismo y el obrar colectivo se está diluyendo, en parte por las exigencias del capitalismo y la globalización; basta observar el comportamiento y el poder de los grupos económicos, las organizaciones bajo joint ventures, los consorcios, las Uniones Temporales, las empresas multinacionales andinas y en general, todos los contratos de colaboración económica que así lo demuestran¹⁴.

El análisis del fenómeno *asociativo* – como lo llama el Maestro Juan L. Páez- implica estudiar las dos fuerzas opuestas a las que nos hemos referido atrás. De una parte está la asociación, de otra la individualidad. Corresponde a la ley y los jueces determinar el punto de equilibrio entre ellos, y por eso me he puesto en el esfuerzo de recopilar los pronunciamientos del juez de tutela al respecto. Sin tal balance, *las prerrogativas esenciales del individuo correrían el grave riesgo de un*

¹⁴ Véase: COLAICAVOCO, Juan Luis; AVARO Rubén Daniel; ROSADO DE SA RIBEIRO, Marilda; VELIZ, Hernán Narbona. Joint Ventures y otras formas de cooperación empresarial internacional. Ediciones Macchi. Primera, Buenos Aires, 1992. MARTORELL, Ernesto Eduardo, Tratado de los Contratos de Empresa. Tomos I y II. Depalma. Primera. Buenos Aires. 1997. MAHECHA, Andrea. Negocios Solidarios Contemporáneos. Ediciones Librería del Profesional. Primera. Bogotá. 2000. PUELMA, Alvaro. Contratación Mercantil Moderna. Editorial Jurídica de Chile. Primera. Santiago de Chile. 1991. GUTIERREZ FALLA, Laureano. Derecho Mercantil: La empresa. Astrea. Primera. Buenos Aires. 1985. LE PERA, Sergio. Joint Venture y Sociedad- Acuerdos de coparticipación empresarial. Astrea. Primera. Buenos Aires. 1984. BERDAGUER, Jaime. Sociedades Extranjeras. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1998. CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, Los Consorcios. Cámara de Comercio. Primera. 1988. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Formas Jurídicas de la Organización de la empresa. Astrea. Primera reimpresión. Buenos Aires. 1995.

*sacrificio a los intereses del grupo y a los derechos que representa*¹⁵. Esta precisa circunstancia se presenta y esta convalidada en temas de derecho público - político cuando el interés individual debe ceder ante el interés de la colectividad (al interés del Estado); sin embargo, no aparece tan clara en el derecho privado, y no es tan fácil defender la subordinación individual a intereses colectivos temporales perseguidos por la asociación. Por tal razón, ésta posible pérdida de la individualidad y personalidad de los sujetos exige una especial protección y amparo, y *una de sus formas legales es la de dar a las personas el derecho de entrar o no en la asociación, y la de retirarse cuando su interés lo exija*,¹⁶ . En Colombia existen varios mecanismos jurídicos para regular el contacto entre esas dos fuerzas. La Tutela es una de ellas, la más importante pues con ella el juez hace un análisis pertinente del alcance del derecho fundamental (más que sobre alcances meramente estatutarios), y por tal razón a ella hacemos referencia en este escrito.

Mantener en equilibrio esas dos fuerzas es requisito sine qua-non de las instituciones. *Si la asociación es el enemigo más temible del individualismo, el individuo da vida a la asociación*. Esta situación se ve clara en asociaciones de capitales mínimos irreductibles o en las que ley exige un

¹⁵ PAEZ. Op. Cit. Pág. 15

número mínimo de socios como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y con libre entrada y salida de socios, es decir, las cooperativas.

4.1 Rasgos comunes

Aunque existen múltiples maneras de organizar la estructura jurídica y objeto social de una asociación, e incluso variar su teleología según el giro ordinario de su negocios se modifique, se pueden advertir ciertos rasgos característicos a todas ellas. En primer lugar debe existir la pluralidad de personas que exija la ley para el tipo de asociación elegido. La pluralidad de individuos será pues requisito esencial para su subsistencia, y la ley y los estatutos pueden establecer reglas que regulen la entrada y salida de los miembros, así como el número indispensable para su existencia.

En segundo lugar, todos los asociados se vinculan jurídicamente en un plano de igualdad y en pos de un mismo fin o ideal. Aunque el capital de la sociedad varíe, o sus asociados dejen de pertenecer a ella, la asociación conservará su finalidad y el vínculo que mantiene unidos a los individuos permanece inalterable.

¹⁶ *Ibíd.*

En tercer lugar, todo objeto de una asociación deberá ser: lícito, posible, determinado, estable o permanente. Las reglas sobre el objeto de la asociación exigen éstas características para poder limitar la capacidad de la persona jurídica y derivar responsabilidades de su extralimitación o incumplimiento.

En cuarto lugar, si llegan a cumplirse los requisitos exigidos por la ley, este ente asociativo podrá gozar de una personalidad jurídica distinta de la de cada uno de sus asociados. Al gozar de personalidad independiente la responsabilidad del asociado se limitará al negocio subyacente que le da origen a la asociación.

Por último, la adquisición de la personalidad jurídica de lugar a la creación de una persona jurídica titular de atributos diversos a los de sus asociados: nombre, capacidad jurídica, domicilio, patrimonio y nacionalidad.¹⁷

¹⁷ MAX WEBER considera que la existencia de la asociación también depende, por completo, de la presencia de un dirigente y eventualmente de un cuadro administrativo. O sea: *de la existencia de la probabilidad de que pueda tener lugar una acción de personas dadas, cuyo sentido esté en el propósito de implantar el orden de la asociación. Es decir, que existan determinadas personas "puestas" para actuar, en caso dado, en ese sentido.* (WEBER, Max. Op. Cit. pág. 39)

4.2 Diversas formas asociativas¹⁸

En cuanto a las diversas formas asociativas, se debe anotar que su clasificación es extensa pues su naturaleza, objeto, y finalidad es tan variado como lo pueden ser los intereses de las personas.¹⁹ Sin embargo, una clásica división doctrinal nos facilita el esfuerzo diciendo que ellas se clasifican de la siguiente forma:

“a) Las que tiene un *propósito político* como las previstas en el no. 3 del artículo 40 de la Constitución Política, es decir: los partidos, movimientos y agrupaciones políticas; o las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales que el Estado organizará, promoverá y capacitará como mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública.

b) Los sindicatos o asociaciones de trabajadores o de empleadores (C.N., art. 39). Las formadas por éstos son gremiales cuando afilian a

¹⁸ NARVAEZ, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Legis. Bogotá. 1998. Pág. 23

¹⁹ *Ibíd*em, pág 40 y ss.

quienes explotan una determinada actividad económica. Siempre actúan como grupos de presión ante las ramas del poder público.

c) Las que tienen por objeto el perfeccionamiento moral, físico o cultural de sus asociados, como son las religiosas, culturales, educativas, de recreación o esparcimiento, de desarrollo del potencial humano en todos los niveles, etc;

d) Las que agrupan a los devotos de una determinada afición, arte o profesión;

e) Las formas asociativas de ejecución de programas de vivienda de interés social que menciona el artículo 51 de la Constitución política;

f) Las formas asociativas y solidarias de propiedad que el Estado protege y promueve (C.N., art 58); y las que tiendan a lograr el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (art 64 ibídem);

g) Las que tienen por objeto prestar con espíritu altruista o filantrópico servicios de asistencia a la niñez, a la ancianidad o a quienes padecen ciertas enfermedades;

h) Las corporaciones y asociaciones consideradas en la legislación tributaria como entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto social consista en actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica o tecnológica o en programas de desarrollo social siempre que sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad;

i) Las cooperativas, definidas como empresas asociativas sin ánimo de lucro en las cuales los cooperados son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y a la comunidad en general;

j) Las sociedades que explotan con ánimo de lucro una o más actividades económicas organizadas para la producción, transformación, circulación, administración o custodio de bienes, o

para la prestación de servicios, a través de uno o más establecimientos, y con la finalidad de repartir periódicamente entre los socios las ganancias que se obtengan en desarrollo del objeto social.”²⁰

²⁰ NARVÁEZ, Op, Cit. Pág. 24

5.- El aspecto negativo de la libertad de asociación.

El respeto necesario a la individualidad de los sujetos dentro de la asociación, se expresa en el *doble aspecto*²¹ que ésta libertad reviste. Doble de modo que desde la primera observación el sujeto es titular del derecho subjetivo que lo legitima para formar parte del ente colectivo y, desde un segundo ángulo - *negativamente*²² - el individuo *tiene el derecho de rehusarse a celebrar ese acuerdo de voluntades. Así, libre para asociarse es también libre para no asociarse*²³.

En otras palabras, *si la libertad de asociación no es otra cosa que la libertad de ingresar a las entidades colectivas cuando el individuo lo quiera, también lo es la de salir de ellas, de desafiliarse a su voluntad.*²⁴ Este aspecto negativo existe, pues de lo contrario se haría nugatorio el mismo derecho de asociación. Es decir, la permanencia indefinida y obligatoria de los individuos en una relación asociativa, sería en efecto contraria a la libertad asociativa, y a la libertad individual, haría *improductiva e infecunda la función encomendada al grupo*²⁵, ya que solo es eficiente y vale la pena el esfuerzo que se presta voluntaria y espontáneamente. Conocer la atadura

²¹ PAEZ. Op. Cit. Pág. 23

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

perpetua al ente social no traería más que mal entendidos y problemas. Así, *ningún estatuto podría negar a los componentes de una colectividad la facultad de retirarse de ella cuando lo repute oportuno, porque sería ilegal, así como sería inconstitucional una ley que so pretexto de dar cohesión y fuerza al grupo negar a los sujetos el libertad albedrío individual.* ²⁶

5.1 Aproximaciones al aspecto negativo de la libertad de asociación según la Corte Constitucional.

Sin perjuicio del estudio que, con base en los casos concretos hicimos del aspecto negativo de la libertad de asociación, podemos resaltar algunas observaciones que ha hecho la Corte Constitucional. Según esta Corporación, en el artículo 38 de la Constitución se garantiza de manera general el derecho de toda persona de asociarse. Él comprende, tanto el aspecto positivo como el negativo de la asociación: a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse, ya que el

²⁴ *Ibíd.* Pág. 253

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro.²⁷

El aspecto negativo, claramente derivado del derecho general de libertad y pieza fundamental que todo sistema democrático implica, justamente, la facultad de toda persona para abstenerse de formar parte de una determinada asociación y del derecho correlativo a no ser obligado - ni directa ni indirectamente - a ello, se encuentra protegido tanto por los artículos 16 y 38 de la Carta, como por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el artículo 20-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indica que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una determinada asociación. Como consecuencia de la libertad negativa de asociación, surge, a cargo del Estado, el deber de no imponer, en principio, cargas que contravengan estas disposiciones. Así mismo, en el Estado reposa la obligación de evitar que, dentro de la sociedad, las organizaciones que ostentan una situación de predominio, adopten medidas que, directa o indirectamente, constriñan a las personas a asociarse o las sometan, en contra de su voluntad, al régimen jurídico de una determinada asociación.²⁸ Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se

²⁷ Corte Constitucional Sentencia C-110 de 1994.

trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad²⁹; así, a la libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto -, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de la libertad constitucional.³⁰ que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas³¹

5.2. Particularidades sobre el ejercicio del aspecto negativo de la libertad de asociación.

Al lado de una libertad consagrada en una norma superior (Art. 38 C.P) existe una reglamentación más precisa, fruto de la expresión democrática en cabeza del legislador, que tiende a delimitar y darle forma al libre ejercicio del derecho consagrado en la Constitución. Son dos ordenamientos distintos pero en relación de subordinación, ya que ninguna disposición legislativa podrá ir en contra del precepto

²⁸ Corte Constitucional Sentencia T-679 de 1997.

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-606 de 1992.

³⁰ Corte Constitucional Sentencia C- 041 de 1992

³¹ En otras latitudes el tema también ha sido llevado a estancias judiciales, es así como la Sala Constitucional de Costa Rica concluyó que *“el derecho de asociación, muestra dos facetas o manifestaciones cuales son por un lado el derecho positivo de asociarse para cualquier finalidad y por otro lado el derecho negativo o sea la libertad de dejar de pertenecer a una organización”* (Jorge Córdoba Ortega y otros. Constitución Política de la República de Costa Rica. Investigaciones

constitucional. La autonomía de la voluntad privada, que le da forma a las disposiciones estatutarias y contractuales, también le da vida al derecho de asociación y, también está subordinado a los dos ordenamientos a que nos acabamos de referir.

Todo aspecto relacionado con el retiro, en cuanto a responsabilidades, efectos, formalidades, oportunidad y características podrá estar regulado por la voluntad de los fundadores plasmada en el contrato. Por lo general, las leyes no se refieren a tales particularidades, sino que abordan el tema desde ópticas mucho más generales, de modo que la interpretación y análisis de las eventualidades o conflictos que suscita el ejercicio del derecho a no permanecer asociado deberá hacerse teniendo en cuenta esos ordenamientos.

Como ya lo hemos repetido en varias oportunidades, así como el asociado tuvo el derecho de adherirse a la asociación sin coerción exterior, también podrá desafiliarse en la oportunidad que lo juzgue conveniente. Sin embargo, las modalidades en que se puede presentar y ejercer ese derecho varían según la clase de asociación, de vínculo, del contenido estatutario y de las disposiciones normativas que regulen a esa persona jurídica

Jurídicas S.A. Centro para la Democracia, 2. ed. 1996. S.C.V. 1124-95)

específica³². Incluso se llega a afirmar que cualquier cláusula que haga nugatorio el ejercicio del aspecto negativo del derecho de asociación debe considerarse nula, y así mismo, esta nulidad alcanzaría a aquellas prescripciones que subordinaran expresamente el ejercicio de este derecho al consentimiento de los coasociados o de sus delegados.³³

La doctrina argentina³⁴ se ha acercado al tema y ha propuesto ciertos elementos de juicio para establecer la oportunidad, requisitos, efectos y responsabilidades a la hora de ejercer la facultad para desafiliarse. Aunque los Jueces de Tutela no se ha referido a todas estas particularidades o, haciéndolo han llegado a conclusiones distintas, vale la pena detenerse en estas teorías.

Considera el maestro Páez, que cuando el asociado decide retirarse, por cualquier razón, en virtud de la libertad de asociación, no se le debe exigir fundar o motivar su desistimiento. Sin embargo, cabe la posibilidad de

³² Al comparar el régimen de sociedades comerciales en general con el de las sociedades cooperativas se pueden notar las diferencias. En efecto, mientras que la separación del socio solo opera en los eventos taxativamente señalados en el artículo 12 de la ley 222 de 1995, para las sociedades cooperativas, fundamentadas sobre el principio de libre entrada y salida, no existen causales específicas para dimitir sino que la conveniencia y deseo del cooperado basta para que opere el retiro efectivamente. De igual forma, téngase en cuenta que dentro del mismo derecho cooperativo existe otra modalidad asociativa que imprime una régimen de retiro diferente, nos referimos a las cooperativas financieras, en las cuales el derecho a no permanecer asociado ha sido tratado de manera más estricta en la ley 510 de 1999.

³³ PAEZ. Op. Cit. Pág. 255.

³⁴ Ibídem. Pág. 254

limitar el ejercicio - formal y no materialmente- cuando los estatutos sociales establezcan la necesidad de expresar las razones en que se funda tal decisión. También pueden prever los estatutos algunos requisitos de publicidad para que el desistimiento produzca efectos.

En cuanto a la forma a través de la cual se separa el socio, éste puede operar expresa o tácitamente. Será expreso cuando hay una manifestación de voluntad por parte del asociado en donde expone su intención de separarse. Por otro lado, será tácita si no existe una manifestación pública de la voluntad sino que el deseo de no seguir vinculado a la asociación se concluye a través de conductas que así lo permiten inducir, son ellas, por ejemplo, la falta de pago de los aportes o cotizaciones, o la no concurrencia a las reuniones del grupo. Ahora bien, para que tales causales tácitas tengan efecto, se ha considerado que deben estar reconocidas en los estatutos de la asociación.³⁵ Finalmente, los estatutos también pueden obligar a que las manifestaciones expresas de separación se presenten por escrito.

En cuanto a la oportunidad para retirarse, también deberá constar en los estatutos sociales el momento en que el asociado puede dejar de

³⁵ *Ibidem.*

pertenecer a la asociación. A menudo se utilizan los preavisos para evitar perjuicios a la asociación y cuando siendo necesarios el asociado decide renunciar intempestivamente, se presentará un típico caso de sanción estatutaria. Ahora, si debe responder e indemnizar por su retiro improvisado es cuestión debatida entre los jueces.³⁶

Bajo los mismos argumentos, son los estatutos los instrumentos para asegurarle cierta estabilidad a la asociación. Sin contar con cierta certeza del desarrollo y futuro comportamiento de los asociados, toda asociación podría verse en dificultades económicas cuando ve que sus asociados se llevan sus aportes y desisten del vínculo colectivo. Para evitar tal desequilibrio y darle más estabilidad a la relación jurídica asociativa, los estatutos pueden prever una determinada duración del vínculo que sujeta el individuo al grupo, o precisar eventos en los que no podrá haber dimisión sin el previo cumplimiento de ciertas formalidades. De cualquier forma, no podrá haber una limitación total a la libertad de desasociarse, pero sí una regulación: *no se le impide su retiro, lo que se prohíbe es sólo la oportunidad del acto.*³⁷

³⁶ El derecho Francés considera que la asociación puede exigir una indemnización por parte del asociado que se retira. La opinión general es la contraria. (Paez. Op. Cit. Pág. 254)

³⁷ *Ibíd.* Pág. 255.

Una vez se retira el asociado, y según la forma asociativa, pueden sobrevenir diferentes consecuencias. En cuanto a las obligaciones del asociado para con el grupo, debe entenderse que no quedarán extintas y que por el contrario, para quedar desvinculado realmente puede exigírsele ponerse al día en cuotas atrasadas y aún más, en ocasiones, los estatutos establecen que el asociado que se retira deberá cancelar una suma adicional, asimilándose a una cláusula penal. En opinión nuestra, el cobro de esta cláusula no puede ser abusivo pues de ser excesiva podría interpretarse como una cláusula que niega la oportunidad de retirarse y en consecuencia quedaría viciada de nulidad.

Si por alguna circunstancia, el asociado se obligó anteriormente a su retiro según su calidad de asociado, deberá afrontar las consecuencias pecuniarias así no esté vinculado con la asociación.

El asociado renunciante dejará de tener derechos sobre los fondos de la asociación; así, no podrá reclamar una participación ni la devolución de sus aportes³⁸. Inversamente, no estará comprometido al pago de sumas

³⁸ Se exceptúan de esta afirmación algunas formas asociativas particulares, como por ejemplo, las cooperativas en donde está legalmente consagrado una devolución de aportes al momento del retiro.

adeudadas, a menos que se haya comprometido individualmente como sujeto autónomo o que haya pactado solidaridad con la asociación.

Veamos ahora, cuándo es responsable el asociado con ocasión de su retiro. Sin duda, la facultad que se le reconoce a todo asociado para que deje de permanecer a la asociación no excluye para ninguno de los dos la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad por la inejecución de cargas o compromisos sociales o por la existencia de responsabilidad extracontractual o delictual. De igual forma, si la organización induce o constriñe moralmente al retiro, también puede el asociado retirado demandar de la asociación la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Para que proceda esta indemnización, se ha considerado, las decisiones que adopta la asociación en perjuicio del asociado deben estar fuera de la ley y de los estatutos *-extraestatutarias-*, y de cualquier forma, antes de acudir a la justicia ordinaria, el asociado deberá iniciar la actuación administrativa interna y prevista en los estatutos – aunque el acto sea *extraestatutario-* buscando que se justifique la decisión adoptada. Para intentar la acción, no deberá renunciarse a la asociación aunque la realidad demuestra que las incomodidades son enormes cuando se sigue permaneciendo a ella.

6.- La tutela como instrumento regulador de las fuerzas internas de las asociaciones

A través de la Constitución de 1991 se introdujo en nuestro sistema de derecho la acción de tutela como mecanismo extraordinario, expedito y breve que impide o subsana la violación de los derechos fundamentales³⁹.

El artículo 86 de la C.P dice:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse

³⁹ Sobre la Acción de tutela en términos generales, pueden verse las sentencias T- 221 de 1992 , T-140 de 1993 y T- 037 de 1993, entre otras.

ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Como se dijo anteriormente, en todo fenómeno asociativo entran en conflicto dos fuerzas inherentes a él: *de una parte la asociación, de otra el individuo, fuerzas que no deben anularse ni destruirse porque recíprocamente se necesitan y se complementan*⁴⁰. Si esas dos fuerzas no

⁴⁰ PAEZ, op. Cit. Pág. 14

son equilibradas, el sujeto puede verse subordinado, y *las prerrogativas esenciales del individuo correrían el grave riesgo de un sacrificio a los intereses del grupo y a los derechos que representa*. Para evitar que una de estas fuerzas aniquile a la otra son las leyes y los jueces los llamados a interceder. Por esta razón, quiero en este documento hacer una referencia a la Acción de Tutela ya que en los casos en que se han enfrentado estas fuerzas a que nos referimos, trayendo a debate el alcance del aspecto negativo del derecho de asociación, ella ha sido el instrumento procesal que las ha equilibrado. Por tal razón hago referencia a ella ya que todos los casos que se expondrán se ventilaron, en primer lugar, por un enfrentamiento de las fuerzas referidas y, en segundo lugar, a través de la acción de tutela.

El alcance de esta acción informal⁴¹, es residual o subsidiario ya que el ordenamiento jurídico ha previsto un catálogo muy amplio de acciones jurisdiccionales, administrativas y policivas para la defensa de los derechos fundamentales⁴². De esta manera, existiendo acciones ordinarias mediante las cuales se puede garantizar la protección de los derechos

⁴¹ “La acción de tutela puede ser intentada por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, social o profesional y por supuesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisito formales ni las fórmulas exactas y ni siquiera un escrito , por cuanto puede ser verbal”. (Cfr. Corte Constitucional. T- 501 de 1992.Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo).

⁴² T- 020 de 1997. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

citados, la acción de tutela debe tenerse como un mecanismo excepcional, lo cual lleva a sentar un principio básico a través del cual gira parte de este documento: si existe otro mecanismo de defensa judicial para amparar los derechos violados o en riesgo, la acción de tutela es improcedente⁴³. Esto quiere decir que, en los casos que nos ocupan, solo procedió la tutela cuando ella era la única herramienta disponible y eficiente⁴⁴ para amparar el aspecto negativo del derecho de asociación.

Aunque ya dijimos que la acción de tutela sólo procede cuando no existe un mecanismo ordinario eficaz que evite la vulneración del derecho fundamental, el numeral 1º del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 estableció que la acción de tutela puede ejercerse como mecanismo transitorio ⁴⁵ para evitar un perjuicio irremediable ⁴⁶. Así, sobre la tutela como mecanismo transitorio (*modalidad* de la acción de tutela) la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

⁴³ Cfr. Corte Constitucional T- 221 de 1992 y T- 534 de 1992.

⁴⁴ Es tarea del juez de tutela examinar el catálogo de mecanismos judiciales con los que cuenta el individuo para proteger el derecho fundamental supuestamente violado. Tal estudio debe determinar, en primer lugar, si ese medio ordinario existe y, en segundo lugar, si existiendo, y en consideración a las circunstancias de hecho, es eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales que el accionante considera vulnerados o en peligro. Cfr. Corte Constitucional T-414 de 1992.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional T- 278 de 1995.

⁴⁶ El concepto de “perjuicio irremediable” ha quedado bien precisado en la sentencia T -553 de 1993, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

*“Tratándose de la segunda modalidad de la acción de tutela - cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -, el dato legal, esto es, la existencia de un medio judicial ordinario no es óbice para que la persona pueda instaurarla. Por el contrario, el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona puede apelar **transitoriamente** a la acción de tutela justamente para evitar un **perjuicio irremediable**. (...) La segunda modalidad de acción de tutela en la obra del Constituyente se concibió como variable independiente de la ley - se reitera: su ejercicio es procedente no obstante la existencia de un medio **legal** de defensa judicial; el Legislador, sin embargo, en virtud de la definición legal que consagra, convierte esta suerte de tutela en variable dependiente de la ley.”⁴⁷*

6.1- La acción de tutela contra particulares

En todos los casos en que la acción de tutela se impulsó para amparar el derecho de asociación en su aspecto negativo (incluidas todas las

⁴⁷ Corte Constitucional C- 531 de 1993.

situaciones que son el objeto de este análisis), ello se hizo en virtud de la prerrogativa establecida en la Constitución y la Ley. En efecto, al establecer la acción de tutela, el Constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que tal acción también procediera contra de particulares⁴⁸.

Esta circunstancia nos permite estudiar algunos casos en los que se viola o en los que hay supuestas violaciones a derechos fundamentales por causa o con ocasión del contrato de sociedad o en general, por la presencia de cualquier forma asociativa. El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procederá contra particulares cuando se presenten las siguientes situaciones: a) que estén encargados de la prestación de un servicio público; b) que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o c) que respecto de ellos el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión.

Por su parte, el artículo 42 del decreto 2591 de 1991 regula la acción de tutela en contra de particulares de la siguiente manera:

“ Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional T-276 de 1995 y T- 139 de 1995.

(...)

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.”.

Para que la acción de tutela proceda contra una asociación, una cooperativa, una sociedad civil o comercial, una fundación o cualquier otra persona jurídica de derecho privado, es necesario que el actor esté con respecto a ella en un grado de subordinación, lo cual significa que cuando por cualquier motivo haya desaparecido la alteridad y la parte demandada real o potencialmente esté en situación de preponderancia económica con respecto a la parte actora o que, el actor esté indefenso frente al particular contra el cual presenta la demanda, indefensión que no supone una especial intensidad en la fuerza o agresión de la parte demandada y que, inclusive, nada tiene que ver con la capacidad de daño del sujeto pasivo de la acción de tutela porque, desde el punto de vista constitucional, para este análisis se considera indefenso a quien carece de instrumentos

adecuados en consideración a la oportunidad, el costo, la calidad y la intensidad de la defensa que la parte ofendida, amenazada o víctima del desconocimiento de sus derechos constitucionales debe intentar contra el individuo que compromete, amenaza o irrespeta el derecho susceptible del amparo constitucional.

Refiriéndose a la indefensión y a la subordinación, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

*“Tiene bien definido la jurisprudencia constitucional que el estado de **subordinación** alude a una relación de índole jurídica, por cuya virtud una persona depende de otra, en tanto que el estado de **indefensión** comporta, de igual manera, una dependencia pero derivada de circunstancias fácticas que colocan a quien lo padece en imposibilidad de defenderse de una agresión”.*⁴⁹

⁴⁹ Corte Constitucional. Auto de 13 de marzo de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz) .En el mismo sentido : Corte Constitucional, Fecha: Octubre 28 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, Corte Constitucional, fecha : Agosto 24 de 1993, Magistrado Ponente : Dr. Alejandro Martínez Caballero. Véase, así mismo, T- 493 de 1999.

En lo que tiene que ver con la subordinación la Corte ha concluido que por el simple hecho de participar como socio en una compañía el asociado no se encuentra subordinado a ella. En este caso el contrato de sociedad que el socio formalizó cuando le dio nacimiento a la persona jurídica o al cual adhirió cuando su ingreso fue posterior a la fundación de la persona jurídica, ese contrato que regula la existencia, extensión y modalidades de los derechos que al socio pertenecen y esa regulación, organizada en lo que expertos y legos denominan estatutos sociales, impone a todas las partes ataduras de carácter legal pero en sí misma esas regulaciones no suponen subordinación con respecto a la persona jurídica sino más bien reglas contractuales que conceden derechos a los consocios o a la sociedad con respecto a los asociados en general y que en ocasiones imponen cargas a unos y a otros. En síntesis, la subordinación implica una posición de poder y que para que ella exista no es necesario que tal poder, fuerza o preponderancia se hayan manifestado total o parcialmente porque basta que tal potenciabilidad de fuerza legal exista para que se considere que quien la padece está subordinado con respecto al titular de semejante poder. La subordinación nada tiene que ver con minoridad, menosprecio o mando de uno con respecto a otro sino más bien con el grado de dependencia económica que el actor tiene con respecto a la parte demandada. Con lo dicho va quedando claro que la subordinación es

fundamentalmente de carácter económico y que ella puede darse en las relaciones propias del derecho laboral pero que también es admisible en las relaciones de carácter profesional, en los contratos de suministro, en los contratos y operaciones de crédito y en cuantas hipótesis una parte tenga con respecto a otra una situación preponderante que legalmente le podría permitir acciones o abstenciones en perjuicio de otro individuo.

En lo que tiene que ver con el segundo elemento, es decir la indefensión, la Corte ha dicho que tal circunstancia ocurre cuando quien interpone la tutela carece de medios de defensa contra los ataques o agravios que a sus derechos constitucionales fundamentales realice el particular contra el cual se intenta la tutela.

Haciendo un paralelo entre los conceptos de subordinación y de indefensión la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“Las situaciones de subordinación e indefensión a las que alude el artículo 42, significan que la persona que interpone la tutela dependa de la organización privada o de quien la controle efectivamente o carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales

fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra. El estado de indefensión o impotencia se debe analizar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes. El concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos”.⁵⁰

La Corte Constitucional sugiere que la indefensión supone ataque o agravio actual contra los derechos fundamentales constitucionales.⁵¹ Desde nuestro punto de vista la indefensión no supone agresión actual o inminente sino inferioridad de quien potencialmente puede ser agredido. ⁵²

Bajo estos supuestos legales nuestro análisis se contrae al estudio de casos en los que se ha interpuesto la acción de tutela (en modalidad contra particulares) en contra de una sociedad de derecho privado o una

⁵⁰ Corte Constitucional - Sentencia proferida el 24 de agosto de 1993 con ponencia del Magistrado, doctor Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido puede verse la sentencia AC 11769 proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Consejero, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-573 de Octubre 28 de 1992

⁵² Sobre el origen de algunos conflictos que se relacionan con la distinción entre propiedad y control de la riqueza, las argumentaciones de Marx y de Galbrath, puede verse Galgano Francesco, Derecho Comercial. Volumen II. Las sociedades ; páginas 56 y ss. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.

asociación civil. En tales casos se ha estudiado la procedibilidad de la acción de tutela desde el punto de vista de la subordinación del actor y de su indefensión en contra de la persona jurídica a la cual pertenece.

6.2 La referencia obligatoria

Como lo afirman varios, la redacción del artículo 38 de la Constitución, en donde se consagra la libertad de asociación, no fue enteramente afortunada, y por el contrario, *la acumulación de las nociones de garantía, derecho y libertad, en breve frase para referirse a la asociación es tautológica y resulta incoherente; igualmente, en nada contribuye a precisar el alcance del derecho y, por el contrario, lo deja suspenso en una vaguedad e indeterminación muy inconvenientes en un precepto constitucional.*⁵³

Si eso es así, y es clara la necesidad de interpretar correctamente ese precepto, los más autorizados en el tema deben ponerse en la tarea de desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma. Nos referimos a la Honorable Corte Constitucional y en general a los jueces que en ocasiones ostentan la calidad de jueces constitucionales en sede de tutela. En la

⁵³ LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; ARENAS, Carlos; CHARRY, Juan Manuel y HERNÁNDEZ, Augusto. *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Editorial Carrera 7ª. Santafé de Bogotá. 1992. Pág. 133

valiosísima obra del Doctor Diego López Medina se expone una opinión que comparto y que considero se acomoda a lo que queremos anotar:

“La crítica general consiste en lo siguiente: seguimos creyendo, la mayoría de nosotros, que el derecho constitucional consiste en tomar una norma o situación fáctica y descubrir qué derecho fundamental se está violando. Este proceso de tipificación es, además, extremadamente sencillo: las normas constitucionales son en su mayoría tan generales que no resulta difícil afirmar que tal norma o tal hecho son violatorios del “debido proceso”, de la “dignidad humana”, del “Estado Social del Derecho” o “de la vida, honra y bienes” de las personas. Esta tipificación apresurada se basa en la idea errónea de que las garantías constitucionales nacieron genéricas y continúan en el mismo estado. Su única especificación se encuentra en los textos constitucionales y, por tanto, la dogmática de los derechos constitucionales carece todavía de una estructura propia. Creo, como es natural, que esta descripción es cierta de la dogmática de los derechos fundamentales durante su etapa de infancia. Pero también creo que estos años de actividad intensa de la Corte Constitucional nos han llevado, por lo

menos, a la juventud de nuestro derecho constitucional de los derechos fundamentales. Pero también creo que se equivocan los que todavía ven en la Carta de Derechos una tierra virgen donde los textos pueden ser interpretados de manera absolutamente indefinida y abierta.”⁵⁴

De esta manera, aunque el artículo 38 pueda ser vago o abstracto y su contenido esté comprometido a la interpretación que de él se haga, no cabe duda que para darle forma y una correcta interpretación, son los jueces los que deben pronunciarse al respecto. ¿Cómo? A través de acciones de tutela, pues es a través de ella que se debaten las violaciones, contenidos, alcances, aspectos y características de los derechos fundamentales, además de ser el mecanismo procesal a través del cual los sujetos llevan a instancia de los jueces los conflictos que se presentan cuando se les están vulnerando sus derechos fundamentales. Para el caso que nos ocupa, las acciones de tutela dieron pie para que los jueces se manifestaran sobre el contenido del aspecto negativo del derecho de asociación y sus conclusiones constituyen hoy la fuente más valiosa al respecto ya que las otras jurisdicciones no se detienen en tales asuntos. Por tal razón su breve referencia se hizo obligatoria en este escrito.

⁵⁴ LOPEZ, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Legis. Primera. Bogotá. 2000. Pág. 5

7.- Los casos frecuentes que llegaron a las Altas Cortes:

Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido el derecho de asociación como la libertad de unir esfuerzos comunes para alcanzar objetivos comunes (bajo una estructura de persona jurídica o no), es decir, ha enfocado el derecho de asociación desde el punto de vista o desde el ángulo positivo (entendido como aptitud u opción), los conflictos entre socios y sociedades y las sentencias de la Corte Constitucional permiten esbozar los elementos de la expresión negativa del derecho de asociación. Más adelante haremos referencia a un conjunto de casos que han llevado a que las altas Cortes se pronuncien sobre el derecho de asociación. En algunos de ellos la Corte se detiene a estudiar el aspecto negativo de este derecho, en otros analiza el aspecto positivo y éstos últimos, aunque traten del aspecto positivo del derecho de asociación, ofrecen los fundamentos teóricos y las reglas aplicables al caso negativo por lo cual hemos considerado indispensable hacer referencia a todos ellos.

7.1 Contenido del Derecho de Asociación

A través de la Sentencia T - 169 de 1994 ⁵⁵ la Corte Constitucional trazó algunos parámetros sobre el contenido del derecho de asociación. En este caso, la Unión de Pensionados de Ministerio de Obras Públicas y Transporte buscaba obtener el pago de los descuentos por aportes de los pensionados, pago que el Pagador de la Caja Nacional de Previsión Social Seccional Tolima estaba demorando, actitud que generaba, según los demandantes, la violación de los derechos contemplados en los artículos 38 y 39 de la Carta Política y en el Art. 53, aparte 3º ibídem. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte concluyó que la tardanza del pago no significaba violación al derecho de asociación. En efecto, la Corte dijo:

⁵⁵ Según el peticionario, sirvieron de fundamento para el ejercicio de la acción de tutela, los siguientes hechos:

1.- "La ASOCIACION DE PENSIONADOS como toda organización, posee una infraestructura administrativa, lo que infiere el pago de arrendamientos, servicios públicos, sueldo de empleados, apropiaciones para comisiones de la directiva, o sea, el desplazamiento a cumplir con las funciones y otras, concurso de circunstancias que requieren una infraestructura económica representada en los aportes de los afiliados, cuyos descuentos, se hacen directamente de la mesada pensional de cada afiliado en la forma establecida en el Artículo 5o. de la Ley 71 de 1988".

2.- El pagador de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SECCIONAL IBAGUE, demoró injustificadamente la elaboración y entrega del cheque, que le corresponde a la ASOCIACION DE PENSIONADOS correspondiente al mes de junio, no obstante haberse efectuado los

“Confrontada la situación que motiva la acción de tutela con el contenido mínimo del derecho invocado, para la Sala resulta claro que no se presenta la violación alegada por cuanto la falta del pago pretendido no se traduce en una afectación real y efectiva de la libertad de crear asociaciones o de unirse a las ya conformadas o en el entorpecimiento de las tareas propias de la

UNION DE PENSIONADOS DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.

El derecho de asociación impone a las autoridades el respeto hacia la realización libre de las actividades lícitas que desarrollan las asociaciones constituidas. Analizadas las circunstancias concretas del caso sublite, no puede pensarse que la actitud de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, SECCIONAL TOLIMA y de su PAGADOR abrigue la intención o el propósito dañino de obstaculizar o poner trabas a las labores de la persona jurídica accionante o de perseguir su desaparición mediante la retención de los recursos destinados a la asociación. En relación con este aspecto las explicaciones del demandado son clarificadoras, en efecto, expresa el funcionario lo siguiente:

descuentos, tal como consta en el desprendible que adjunto como prueba. Por esta razón, considera el actor que se les está violando el derecho de asociación”.

"en el mes de mayo fui retirado del cargo provisionalmente hasta fines de julio fecha de ingreso nuevamente a la pagaduría y las nóminas o descuentos del mes de junio no fueron giradas por el pagador que me reemplazó y a la fecha estamos girando los meses de julio y junio/93 los cuales se entregarán en la presente semana".

Nótese que para la Corte Constitucional, el Principio de Legalidad, que dicho de paso a lo largo de la historia del constitucionalismo no ha tenido un contenido unívoco y constante, sino más bien ha presentado modulaciones de diverso grado porque en sus orígenes se concibió como el sometimiento de los poderes públicos a la Ley formal, como manifestación de la voluntad general del Congreso, criterio que viene de los revolucionarios franceses quienes rompieron con la tradición precedente según la cual el Monarca era la fuente auténtica del derecho, fuente que no se sometía a la Ley que él mismo dictaba. Frente a estas dos grandes opciones se ha ido construyendo el Principio de Legalidad de la Administración para aceptar que los funcionarios públicos entre los cuales los pagadores y tesoreros como los del caso presente, están sometidos a la Ley y sus posibilidades de actuación deben justificarse porque armonizan o encajan con la razón de ser de

una Ley previa, anterior y superior a su decisión, criterio según el cual las posibilidades de actuación del servidor público están limitadas por la Ley de tal modo que el comportamiento del funcionario es legítimo cuando satisface el propósito y voluntad que anima la norma superior e ilegítimo cuando lo contraría.

La Corte no lo dice claramente pero en el contexto de la Sentencia está recordando que la misión del poder ejecutivo, del más humilde de los funcionarios es pues, meramente instrumental y se circunscribe a ejecutar la Ley, a cumplir lo que la Ley quiere, a particularizar las hipótesis abstractas y generales contenidas en las Leyes superiores sin que pueda ir más allá de lo que las Leyes prescriben y sin que puedan enredar, posponer o complicar las respuestas que a ese funcionario le corresponde. En consecuencia, el comportamiento impropio de pagador de la Caja de Previsión Seccional Ibagué quien demora injustificadamente la elaboración y entrega de los cheques de descuentos a los pensionados, descalifica al funcionario y probablemente lo compromete en procesos de carácter administrativo y disciplinarios pero no significa que el destinatario final de las sumas descontadas y retenidas a los pensionados, que era la asociación que ellos habían constituido, resulte perseguido, o que el pagador con su

negligencia esté limitando o comprometiendo el derecho de asociación sino tal vez otros derechos como el que habilita al dueño para disponer de lo suyo, una de cuyas formas dispositivas consisten en autorizar retenciones y descuentos para que el valor correspondiente se le gire a un tercero como puede ser un club social, una asociación de carácter gremial o una persona o entidad a quien el propietario del crédito quiere favorecer.

Una vez definido el fondo del asunto, la Sala le recordó al accionante que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para ventilar controversias de este tipo. Al respecto dijo:

“Pese a que la no cancelación de los aportes por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, SECCIONAL TOLIMA a la UNION DE PENSIONADOS DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE se tiene por injustificada, la acción de tutela no está llamada a prosperar, porque, tal como lo señaló el Tribunal Administrativo del Tolima el ordenamiento jurídico ha dispuesto las vías ordinarias para ventilar controversias de este tipo, no siendo atendibles los argumentos expuestos por el representante legal de la persona jurídica demandante, en el

sentido de que como en Colombia todos los derechos constitucionales tienen medio de defensa judicial, la tutela ante la justicia está desaparecida de hecho..." por cuanto, "dadas la características de preferencia, sumariada y celeridad propias de esta acción, ninguna de las vías judiciales estatuidas podría compararse en términos de eficacia, por lo cual, si se aceptara siempre este argumento quedarían desuetos esos otros medios de defensa judicial y sucumbirían ante la fuerza expansiva de la acción de tutela que tornándolos innecesarios absolvería, en forma inconveniente, toda clase de controversias judiciales".

Esta providencia confirmó que en este caso la acción de tutela era improcedente, porque, en primer lugar, la tardanza en el pago de los aportes, como ya dijimos, no constituye desconocimiento o quebranto del derecho de asociación ; y, en segundo lugar, porque al existir otro mecanismo de defensa judicial eficaz para solucionar la controversia presentada, la acción de tutela no era procedente. La decisión de la Corte es imprecisa porque no define con exactitud cuál es la vía adecuada para evitar la situación irregular bajo examen y no obstante dejar claro que al ser la tutela un mecanismo excepcional y residual y que ella no procede ante este tipo de eventos olvida que la eficacia de

esos mecanismos, que casi siempre existen, también debe ser objeto de valoración para precisar si son eficaces o no. En realidad no lo son y por ello se ha visto que en algunos casos, como el de la Flota Mercante Grancolombiana en el cual mientras se tramita el proceso liquidatorio los pensionados fallecen por falta de servicios médicos oportunos y no obstante ello, al menos desde el punto de vista contable con cargo a las partidas de la Flota Mercante debe abonar a los pensionados, se descuentan unos dineros que la Flota debería girar a los prestadores de servicio de salud (E.P.S) los fondos de pensiones y cesantías y a compañías de seguros que han expedido pólizas para asegurar la cobertura médica que todo el mundo requiere pero que en el caso de los hombres mayores resulta indispensable y en ocasiones urgente. En este caso específico, que es el mismo de Anson Drilling, el de Payment Technologies S.A de Colombia, el de Croydon S.A y en breve términos será el de Acerías Paz del Río, las leyes laborales legitiman a las E.P.S, el pago de los descuentos correspondientes, y en muchos casos las leyes penales también contribuyen a garantizar los derechos de los prestadores de servicios médicos institucionales y masivos, pero la realidad demuestra que el tiempo que tardan las medidas cautelares y los pronunciamientos definitivos resultan tan dilatados que se convierten en ineficaces. Esta sería una buena razón para que la Corte

matizara el rigor que ha puesto para negar ciertos amparos de tutela porque para la situación concreta existen mecanismos procesales o administrativos pertinentes y aplicables al caso específico.

La providencia que acabamos de mencionar, a pesar de su tangencialidad con respecto del fondo de nuestra investigación viene a ser antecedente fundamental para la comprensión y análisis de otros casos a los que nos referiremos más adelante y a través de los cuales van surgiendo nuevas valoraciones sobre el derecho de asociación para facilitar que en el término de pocos años la jurisprudencia colombiana haya podido sistematizar los principales elementos relacionados con el derecho de asociación, el derecho a no permanecer asociado y el derecho a no asociarse.

7.2 El penoso caso de los médicos barranquilleros.

Tratándose de conflictos surgidos entre el asociado y la asociación, es decir, entrando en conflicto las dos fuerzas opuestas a las que nos hemos venido refiriendo, la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales a la asociación (en su aspecto negativo) y al debido proceso⁵⁶. Los hechos que

⁵⁶ Véase la sentencia T-679 de 1997 de la Corte Constitucional.

dieron motivo a la acción de tutela se pueden sintetizar de la siguiente manera: a partir de 1995 se produjo en la ciudad de Barranquilla una negociación entre las asociaciones médicas por especialidades -a las cuales pertenecían los actores- y algunas empresas intermediarias en el mercado de los servicios de salud (empresas promotoras de salud, compañías aseguradoras etc.). El objetivo de las asociaciones médicas era lograr, por una parte, que las empresas intermediarias ampliaran sus cuadros de servidores médicos, lo cual, a su turno, garantizaría el derecho de los pacientes a escoger el médico de su predilección. De otro lado, este proceso de negociación pretendía concertar el monto y la forma de pago de los servicios que los médicos deberían prestar a las personas afiliadas a cada una de las empresas intermediarias.

A fin de alcanzar los propósitos anotados, los médicos decidieron suscribir, en cada asociación, un “acta de compromiso” que establecía la prohibición de atender pacientes afiliados a empresas con las cuales la asociación médica respectiva no hubiese llegado a un acuerdo sobre los honorarios. En caso de incumplimiento de esta obligación, se establecieron las siguientes sanciones: (1) la expulsión de la asociación a la que pertenecía el respectivo médico; (2) la publicación, en las primeras páginas de la prensa nacional y local, de la expulsión y su correspondiente motivación; (3) la solicitud, a las

empresas con las cuales se hubiese alcanzado un acuerdo, para que excluyeran al médico expulsado de sus cuadros médicos y se abstuvieran de contratar sus servicios (del médico expulsado); (4) el cobro de una multa por un monto que oscila - según cada asociación - entre 200 y 500 salarios mínimos legales vigentes, garantizada a través de la firma de un pagaré a favor de la asociación médica respectiva.

Los actores firmaron el acta de compromiso que, a su turno, se elevó, en algunas asociaciones, a reforma estatutaria. Posteriormente, cinco médicos fueron expulsados de las asociaciones a las cuales pertenecían por haber incumplido, según ellas, el compromiso gremial o profesional. Otros cuatro demandantes renunciaron a la asociación, motivados, de una u otra forma, por las disposiciones estatutarias antes anotadas. A todos esos médicos se les aplicaron las sanciones consagradas en el acuerdo. Incluso, en algunos casos, las medidas adoptadas por las asociaciones médicas superaron las adversidades previstas en el acta de compromiso. Así, por ejemplo, algunas asociaciones le solicitaron a los laboratorios farmacéuticos que suspendieran sus servicios a los médicos disidentes y, a las otras asociaciones, que dieran instrucciones a sus asociados en el sentido de suspender - salvo en casos de urgencia - los servicios de interconsulta y asistencia profesional a dichos profesionales.

Del análisis de las acciones acumuladas, se pudo inferir que los actores consideraron que las asociaciones a las cuales pertenecían vulneraron, a través de los actos que descritos, sus derechos fundamentales.

Los médicos expulsados alegaron que les vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad de asociación, toda vez que la expulsión se decidió sin concederles las mínimas garantías de defensa. Alegaron que no fueron escuchados en descargos y que su caso no fue objeto de investigación alguna tendiente a dilucidar la realidad de los hechos.

A su turno, los profesionales que renunciaron y fueron objeto de las sanciones establecidas en el acta de compromiso correspondiente, alegaron la violación de su derecho fundamental de asociación. Consideraron que la decisión de desvincularse de ese gremio o asociación no puede tener como consecuencia la aplicación de las sanciones contenidas en el compromiso, reclamando, en el fondo, el derecho a no permanecer asociados contra su propia voluntad.

La descripción de los hechos que acabamos de narrar que parece sacado de un cuento o de alguna novela del medioevo, en realidad crispa la piel porque

resulta prácticamente imposible entender como en éstos tiempos de apertura, de racionalidad, en los cuales el comportamiento solidario y respetuoso es exigible, existen organizaciones de profesionales, de seres humanos que tiene educación superior, que pueden considerarse privilegiados, cultos, sensibles y respetuosos de la Ley y de los valores que animan al vida en comunidad, ocurran éstos hechos tan crueles y penosos. Aunque la Corte no se detuvo a examinar todas las particularidades de estos casos es inocultables que los profesionales expulsados tal vez fueron víctimas de una sanción extrema y que, por otra parte, los médicos que voluntariamente decidieron renunciar al gremio o asociación a la que pertenecían, lo hicieron previendo que en fecha futura se les pudiera deshonar y castigar como en los mejores tiempos de las corporaciones de oficio en las cuales el secreto era regla de oro a tal extremo que su violación facultaba a los maestros para castigar físicamente a los infidentes, expulsarlos de la corporación o gremio de artesanos y negarles en el futuro cualquier enseñanza y servicio de los miembros de la corporación.

En los dos casos los de las expulsiones y los de las renunciias preventivas, hay una descalificación respecto del comportamiento de la entidad gremial pero en el segundo caso, en el de las renunciias, verdaderamente emerge los elementos que tiene que ver con el aspecto negativo del derecho de

asociación porque en esos casos específicos, los médicos que manifestaron su propósito de retirarse de la entidad gremial de ninguna manera solicitaron reembolso de lo que ellos había pagado como aporte o cuotas de sostenimiento de la asociación y no siendo ellos garantes de la asociación ni estando vinculados a la persona jurídica por contrato sometido a término, es claro que perfectamente podían, en cualquier tiempo, con cualquier pretexto y aún sin razón de ninguna clase para repudiarla o sencillamente para recogerse en su individualidad y para dedicarse, en el caso de los médicos que consideraban que su ciclo profesional había concluido, a otras ocupaciones no profesionales. El caso a que nos venimos refiriendo, que académicamente resulta virtuoso porque no soporta los obstáculos y acondicionamientos que si pueden presentarse en el caso de las sociedades de carácter mercantil, tal vez es el caso paradigmático a través del cual se comprende la existencia inocultable e indiscutible del “derecho a no permanecer asociado”. En la primera de las hipótesis a la que nos acabamos de referir, en la de los médicos, que fueron expulsados como un acto de retaliación del gremio, el derecho fundamental que se quebrantó no fue el de permanecer asociado sino mas bien el derecho de defensa que como garantía general el gremio ha debido conceder a sus afiliados antes de obrar para sonrojarlos.

Antes de analizar el aspecto negativo del derecho de asociación conviene recordar algunos aspectos fundamentales que se relacionan con la libertad de asociación en sentido amplio. El fallo que venimos analizando establece precisiones muy convenientes sobre el aspecto negativo del derecho de asociación, pero el juez, tal vez por vocación académica quiso sentar como premisa lo indispensable y lo conveniente de las bases del derecho de asociación. Creemos que esta precisión de la Corte ennoblece el trabajo del magistrado pero en estricto sentido no era necesaria. La Corte dijo:

“El derecho fundamental de asociación (C.P. art. 38), tiene dos dimensiones. La primera, de carácter positivo, comporta la facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico etc., a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado y capacitada para operar en el tráfico jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio del derecho de asociación apareja el deber de someterse a las reglas estatutarias cuando éstas han sido adoptadas en debida forma y cuando su contenido no afecta bienes, derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

La segunda dimensión del derecho de asociación presenta una faceta negativa, claramente derivada del derecho general de libertad y pieza fundamental de todo sistema democrático. Se trata, justamente, de la facultad de toda persona para abstenerse de formar parte de una determinada asociación y del derecho correlativo a no ser obligado - ni directa ni indirectamente - a ello. La libertad negativa de no asociarse se encuentra protegida tanto por los artículos 16 y 38 de la Carta, como por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el artículo 20-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indica que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una determinada asociación.”

La sentencia podría criticarse reclamando alguna falta de técnica porque el fallador no diferenció las categorías jurídicas de libertad y derecho y porque alternativamente hace alusión a un *derecho de asociación* y posteriormente se refiere a la *libertad negativa de no asociarse* con lo cual se produjeron algunas inconsistencias menores que para el análisis que nos interesa, lo que hay que rescatar, es la intensión de fondo de la Corte, la que está más allá

de los nombres con que se denomine algunas instituciones o derechos y que también está más allá de la forma. Hecha esta salvedad guardamos la esperanza en que alguna Sentencia de Unificación (SU) se resuelva prontamente este problema de las denominaciones impropias. Entrando en concreto a lo que tiene mérito podemos observar que al referirse al aspecto negativo del derecho de asociación, la Corte hizo énfasis en la tarea que tiene el Estado para amparar y mantener su efectividad y vigencia, así, la Corte anota que:

“Como consecuencia de la libertad negativa de asociación, surge, a cargo del Estado, el deber de no imponer, en principio, cargas que contravengan estas disposiciones. Así mismo, en el Estado reposa la obligación de evitar que, dentro de la sociedad, las organizaciones que ostentan una situación de predominio, adopten medidas que, directa o indirectamente, constriñan a las personas a asociarse o las sometan, en contra de su voluntad, al régimen jurídico de una determinada asociación.”

Además de lo antedicho la Sentencia a que nos venimos refiriendo puso de presente dos aspectos que consideramos esenciales dentro del desarrollo de los diversos criterios de la Corte, criterios que según puede verse en el contexto de este trabajo todavía son insuficientes e imprecisos para descubrir en ellos un pensamiento constante que se repite y se mejora progresivamente para constituir lo que en lenguaje arquitectónico se denomina ahora “línea jurisprudencial”. Lo que la Corte ha hecho hasta ahora puede considerarse una aproximación a un problema de más amplio esfuerzo y ello no descalifica el trabajo de las altas corporaciones sino más bien lo amerita porque este tema parecería parcela de los especialistas en derecho de sociedades y en realidad no lo es, pero que los textos de los más conocidos tratadistas, las tesis de grado que se elaboran en las universidades más prestigiosas, los trabajos que se desarrollan en la especialización en derecho comercial y de sociedades de la pontificia universidad Javeriana no hacen referencia a este problema que parece oculto y demasiado nuevo pero que está presente desde hace mucho rato tanto en el ámbito del derecho privado, como del derecho constitucional y del derecho administrativo. Téngase en cuenta que la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de

Valores, prestigiosas y especializadas las tres no han dicho – por lo menos de manera pública- ni una frase que se relacione con estos asuntos, razón por la cual el mérito pertenece a quienes se atreven a desglosar el camino. Los dos aspectos que consideramos esenciales en la sentencia que nos ocupa y a los cuales nos referiremos más adelante son a saber:

- Que el derecho de asociación conlleva un doble aspecto (positivo y negativo) y,
- Que también es deber del Estado evitar la violación del aspecto negativo.

Hechas las precisiones que acabamos de reseñar, esta Sentencia vuelve sobre algunos aspectos que la misma Corte había mencionado en la Sentencia C-041 de 1994 para subrayar que en desarrollo del aspecto negativo del derecho de asociación, el gremio, la sociedad o la cooperativa no pueden imponer sanciones al individuo que deja de pertenecer a ella, lo cual no significa que en las corporaciones de derecho privado esté prohibido organizar y poner en funcionamiento mecanismo de carácter penal, como la

expulsión del asociado, la suspensión de los derechos.

Textualmente la Corte hizo la precisión a que nos referimos:

*“De lo anterior, puede concluirse que, una **consecuencia necesaria de la renuncia a la condición de afiliado a una determinada asociación, resulta ser la liberación de los deberes que le imponían a la persona, en su condición de asociado, los estatutos sociales. En otras palabras, si el poder del grupo persigue a la persona que no ha manifestado su voluntad de someterse, debe afirmarse que se trata de una injerencia indebida en la órbita propia de su autonomía y, en particular, en la libertad que tiene para decidir si se somete o no al régimen jurídico propio de cada asociación. Por supuesto, lo anterior implica, adicionalmente, que la asociación puede, legítimamente, suspender integralmente el goce de los derechos societarios a quien ha decidido, libremente, desvincularse.***

Ciertamente, el derecho de asociación apareja un conjunto de derechos y deberes correlativos que, en principio, sólo son predicables de la persona que voluntariamente decidió asociarse. Lo anterior implica que los deberes derivados de la

asociación deberán ser suspendidos al momento de la desafiliación - salvo que se trate de obligaciones no resueltas, adquiridas con antelación al momento de la desafiliación, como el pago de cuotas atrasadas, etc. -, y el goce de los derechos sólo podrá ser postergado, si así lo deciden libremente los asociados.” (las negrillas son nuestras)⁵⁷

La Sentencia precisa que el retiro del asociado no pone fin a la responsabilidad que a él le corresponde por acciones u omisiones o por el simple estatutos que se radicó en su cabeza durante la época en la que formó parte del grupo. Debe quedar bien claro que por razones elementales de derecho civil, los compromisos radicados en cabeza del asociado antes de retirarse de la entidad corporativa continúan a su cargo porque el derecho del recedente de ninguna manera puede modificar o extinguir las obligaciones de carácter patrimonial, aún las de carácter contingente y las sometidas a plazo, las condicionales y litigiosas, porque todas las obligaciones y cargas del derecho civil resultan inmodificables como consecuencia del retiro, y aún cabe la posibilidad de considerar que algunas obligaciones patrimoniales no exigibles a la fecha de retiro pudieran explicitarse en fecha posterior y generar consecuencia vinculante

⁵⁷ Es una simple consecuencia de ostentar el status de socio.

para quien ejerce el derecho a no permanecer asociado. Las palabras que ha utilizado la Corte no son las que nosotros utilizamos ahora pero la Corte si ha dejado claro que las obligaciones civiles no se alteran por el retiro porque en efecto las obligaciones del derecho privado previamente contraídas tiene como causa la pertenencia a la asociación, causa que deja de existir como consecuencia del retiro pero que ya produjo consecuencias, las cuales se independizan de la causa y pueden considerarse perfectas y exigibles si en el caso concreto concurrieron las razones que la justifican y por ello, como tantas veces lo hemos dicho, quien se retira no por ello deja de responder en los términos que le corresponde. En un aspecto que consideramos secundario la Corte precisó que la imposición de sanciones a los asociados sin que exista un proceso previo que demuestre la conducta irregular del sujeto pasivo quebranta el derecho de asociación, vulnera no solo el derecho de defensa sino también el derecho de asociación en sentido negativo. Nosotros dudamos de la validez de esta última aserción pero la definición de la Corte es opuesta a nuestra opinión y se recoge en los siguientes términos:

“La imposición de sanciones de disciplina interna, a quien ha renunciado voluntariamente a la asociación, sin que exista un proceso en el cual se demuestre que, mientras gozaba del status

de asociado, incumplió los respectivos estatutos, sólo puede ser entendida como una medida ilegítima que tiende a afectar la libertad negativa o de no asociación. En efecto, el derecho de asociación entendido en su dimensión negativa, prohíbe a la asociación perseguir a quien ha decidido no pertenecer al grupo, imponiéndole medidas disciplinarias que se fundan en la extensión ilegítima del poder societario y entrañan, indirectamente, una advertencia a los asociados para que permanezcan en el grupo. Con ello se afecta el derecho fundamental de asociación de quien ha dejado de participar y se amenaza la libertad de quienes aún forman parte de la asociación.⁵⁸ (Las negrillas son nuestras)

En estos términos, la Sala encontró que las medidas disciplinarias adoptadas por la Asociación de Obstetricia y Ginecología del Atlántico (publicación de avisos de prensa en los que no se aclara la razón de la desvinculación; solicitud a la Sociedad de Sociedades Científicas para que las asociaciones filiales “sancionen” a los actores; petición a los

⁵⁸ Con esto se puede llegar a establecer un silogismo : gozar del status de socio comporta cargas derivadas del contrato social ; al ejercer el derecho de asociación negativo el status de socio se pierde ; luego, en ejercicio del derecho de asociación negativo desaparecen las cargas derivadas del contrato social.

laboratorios farmacéuticos y clínicas para que no prestaran sus servicios a los médicos disidentes, amenaza de hacer efectivo el pagaré firmado como garantía del cumplimiento de las obligaciones estatutarias etc.), contra los médicos que instauraron la acción de tutela, afectaba el derecho fundamental de asociación (C.P. art. 38) de los demandantes. En consecuencia, y dado que no existía otro medio judicial apto para garantizar el ejercicio pleno del derecho fundamental vulnerado, la Corte procedió a ordenar que se “anulen, rectifiquen y corrijan” todas las medidas disciplinarias adoptadas contra los médicos en mención en desarrollo del acta de compromiso.

Dentro de los principios corporativos, es claro que si existe un procedimiento administrativo interno para resolver las controversias suscitadas entre los asociados y la asociación, tal proceso deberá aplicarse debidamente. De esta forma, existe un orden específico para hacer valer los derechos de los asociados. En primera instancia existe estatutariamente este procedimiento, por lo general breve y expedito, que impulsan las directivas de la organización. En segundo lugar y para controvertir esas decisiones, la justicia ordinaria puede revisar la legalidad de las decisiones de los órganos sociales. Esa cadena de

controles se concretó en este caso específico y fue en la segunda etapa en donde se corrigió la vulneración a las garantías constitucionales.

7.3 Los miembros de clubes sociales

La Corte ha estudiado un sin número de casos en los que el derecho de asociación parece amenazado cuando las juntas directivas de los clubes sociales deciden expulsar a uno de los asociados o se niegan a reconsiderar esa medida para reintegrar al asociado⁵⁹. En estos casos, el demandante ha desplegado la acción de tutela para el amparo al derecho a honra y al derecho de asociación. Consistentemente la Corte ha negado el amparo al considerar que ese tipo de caso no merece tratamiento singular a través de la acción de tutela porque esos maltratos y sanciones pueden y deben ventilarse a través de la justicia ordinaria. Por otra parte, la jurisprudencia ha dicho que ese tipo de relaciones contractuales no implican subordinación dentro del contexto del artículo 42 de decreto 2591 de 1991 y por esa otra razón ha concluido que la acción de tutela no ha de proceder. Estos

⁵⁹ Véase Corte Constitucional T-003 de 1994, T- 294 de 1998 y T-547 de 1992

pronunciamientos han tenido como base lo que se dijo en la Sentencia T-099 de 1993 ⁶⁰ la cual precisó que :

“en primer lugar el requisito de la 'indefensión' no se da en el caso concreto, pues la peticionaria puede acudir a la Jurisdicción Civil para defenderse mediante un trámite en proceso abreviado.

⁶⁰ “La señora Mónica Liévano Laserna otorgó poder al Dr. Francisco Morris Ordóñez para instaurar acción de tutela contra el Club Campestre Guaymaral de la ciudad de Santafé de Bogotá, con fundamento en los artículos 15 de la Constitución Política y el numeral 6º del artículo 42 del Decreto 2541 de 1.991, reglamentario de la acción de tutela.

Los hechos relacionados por la peticionaria son los siguientes:

Con fecha 20 de marzo de 1.992, y bajo la firma de Abel Hoyos Arango, la Sra. Liévano Laserna recibió un oficio en el que se le daba a conocer una amonestación adoptada por la Junta Directiva del Club Campestre Guaymaral por un incidente presentado en la piscina, debido a la inobservancia del reglamento.

Mónica Liévano como titular de la Acción del Club Guaymaral Nro. 671, respondió a la anterior notificación de amonestación y solicitó ser escuchada en descargos ante la Junta Directiva.

La Junta Directiva del Club Campestre Guaymaral acusó recibo del escrito y manifestó que con base en los descargos que por ella fueran presentados por escrito, examinaría y definiría las medidas pertinentes.

Con posterioridad la peticionaria recibió nuevamente un oficio de la Junta Directiva en el que se le expresó que por haber ocurrido un nuevo incidente referente a la utilización de la piscina del Club sin la observación de las exigencias reglamentarias para ello y por el incorrecto uso de la salacuna, se le solicitó rendir los descargos en el plazo de una semana.

La señora Liévano Laserna reiteró su solicitud de conocer en detalle la acusación que se le hizo para su adecuada defensa. Finalmente luego de analizadas estas comunicaciones, la Junta Directiva manifestó que :“... entendido que los comentarios y manifestaciones hechos por Usted, no despejan en forma alguna los cargos formulados ni la exoneran respecto a los reproches que sobre su conducta han expresado formalmente tanto socios como funcionarios del club. Por lo que en consonancia con lo anterior, ha dispuesto suspenderla por el término de 60 días a partir de la fecha”.

En efecto, la ciudadana Mónica Liévano Laserna puede acudir al trámite del proceso abreviado consagrado en el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

'ART. 408.- Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía:

...6. Impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas, y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o comerciales, cuando con ellos se contravenga la ley o los estatutos sociales, y la correspondiente indemnización...'

En segundo lugar, el requisito de la 'subordinación' tampoco se presenta por cuanto la decisión de pertenecer a una determinada corporación social o su desafiliación es voluntaria.

El hecho de que un socio acate los estatutos y las decisiones de la Junta Directiva de una corporación a la que voluntariamente se asoció, no implica dependencia o sujeción alguna, porque el socio no se encuentra bajo las ordenes de la entidad, salvo el caso del legítimo desarrollo de los estatutos que aquél voluntariamente conoció y consintió al afiliarse. Por ello para

esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional tampoco se presenta esta especial circunstancia.

Así pues, lo relativo al la vulneración del derecho al buen nombre, a la honra y al debido proceso no son motivo de pronunciamiento por esta Sala, por cuanto el sólo estudio de la pertinencia de la solicitud hace innecesario todo análisis posterior"

Esta sentencia del Corte y el caso que le da origen tiene un trasfondo que parece clasista porque el socio que se considera maltratado por las autoridades del club de alguna manera soporta una pena y un sonrojo porque la suspensión y en casos extremos, la expulsión, implica una censura de las partes quienes al descalificar a quien consideraban igual de alguna manera aunque sea temporal, ahora lo rechazan. Puede ser que el socio que padece esta molestia merezca la sanción pero también puede ocurrir que las autoridades del club, por fundamentalistas, por razones de origen político, por criterios religiosos, por las bajas pasiones, odios y envidias que se ven en mundo social, actúen en contra de un individuo y lo hostilicen sin verdadera causa justificativa. Acudir, como lo propuso la Corte, al mecanismo que consagra el Código

de Procedimiento Civil, es demasiado desalentador, no solamente porque la tutela por simple y expedita predispone al juez para tolerar los errores de carácter técnico sino que el más sencillo de los procesos civiles impone la contratación de un abogado y genera honorarios y, lo que es peor, frecuentemente se convierte en causa de no acabar porque con frecuencia las medidas cautelares se decretan en diez o quince días pero los oficios secretariales que se envían a las Cámaras de Comercio o las oficinas ante las cuales se debe hacer valer la suspensión de la decisión asamblearia o de la junta directiva demoran diez o más meses y en ninguna caso la sentencia se profiere antes de año y medio, lo cual hace que estos casos, cuando se ganan, reciben respuestas tardías. Ojalá las Cortes se animaran a conceder la tutela en los casos que lo merecen para ir estableciendo si estas reglas de convivencia en los clubes de sociedad se desconocen o se olvidan.

Las enseñanzas que se derivan de esta sentencia esencialmente son las siguientes:

- a. El socio que se siente ofendido y se queja del comportamiento y decisión de la junta directiva de los clubs sociales no se encuentra en indefensión porque para el restablecimiento de

sus derechos bien puede acudir al trámite de un proceso abreviado.

- b. La acción de impugnación de decisiones de juntas directivas a la que se refiere el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil es idóneo. Esta afirmación es bien discutible porque si bien es cierto que las decisiones de las juntas directivas civiles y comerciales se pueden impugnar ante los jueces, no parece que la misma respuesta se pueda ofrecer en que la junta directiva de una fundación o de una corporación civil, instituciones que son de carácter corporativo y son normalmente las que más utilizan los clubes sociales y concretamente apartadas en lo que tiene que ver con las sociedades comerciales. Pensamos nosotros que la Corte creyó ver en el 408 del Código de Procedimiento Civil una hipótesis que no está prevista en él porque no parece que los jueces civiles puedan conocer de acciones de impugnación a las que nos acabamos de referir. Si lo que proponemos es válido y el socio que es objeto de la censura participa en una corporación o una asociación de carácter civil, ese individuo sí se halla en verdadera indefensión y si su derecho lo merece sí debe ser tutelado porque la objeción de procedibilidad no cabría.

c. La corte consideró que el requisito de subordinación no se daba en este caso porque la decisión de pertenecer o no a una corporación social, así como la desafilarse o renunciar a ella son asuntos voluntarios. Pensamos que este enfoque no resulta neutral y parece que hay cierto clasismo en la frialdad de la sentencia porque en varias ocasiones la Corte ha dicho que entiende que hay “subordinación” cuando se presenta una *relación de índole jurídica, por cuya virtud una persona depende de otra, más específicamente, que la persona que interpone la tutela dependa de la organización privada o de quien la controle efectivamente*⁶¹ tal vez la Corte no tuvo en cuenta estas consideraciones y con el respeto que ella se merece y al afecto que naturalmente sentimos por las cosas que hacen y dicen las Altas Corporaciones del sistema Jurisdiccional debemos apartarnos del argumento que sirvió a la Corte como base para negar la tutela. Creemos que en estos casos puede haber subordinación en términos de derecho constitucional porque el contexto social dentro del cual se desenvuelve el individuo, el daño que para una persona puede significar ser expulsado del club, de las consejas

⁶¹ Corte Constitucional. Auto de 13 de marzo de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz) .En el mismo sentido : Corte Constitucional, Fecha: Octubre 28 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, Corte Constitucional, fecha : Agosto 24 de 1993, Magistrado Ponente : Dr. Alejandro Martínez Caballero. Véase, así mismo, T- 493 de 1999.

que se organizan y alimentan como consecuencia de estas decisiones podrí an dar lugar, sin importar el contrato que está de por medio, a esa subordinación Del mismo modo, aunque el socio haya aceptado someterse a las decisiones de las directivas del Club, no hay razón para que, si ellas son ilegales y violatorias de los estatutos sociales, el socio tenga que, de cualquier forma, someterse a ellas y verse sometido a los daños que causa el transcurso del tiempo mientras la justicia ordinaria se percata de las extralimitaciones de las juntas directivas.

Tiempo después, en 1995, la Corte Constitucional en Sentencia T - 543 de 1995, de la cual fue ponente el Doctor José Gregorio Hernández⁶² , precisó el mecanismo jurídico idóneo para evitar situaciones en que se

⁶² "Según la demanda, encontrándose divorciado por sentencia judicial desde el 22 de mayo de 1993, ALFONSO PONTON ESPINOSA, socio del Club Campestre "LOS ARRAYANES" desde hace dieciocho años, contrajo segundas nupcias con GLADYS RINCON GALINDO el día 20 de agosto del mismo año.

De acuerdo con el artículo 10 de los Estatutos del Club, el derecho de los socios al uso de sus instalaciones "se hace extensivo al cónyuge, a la madre, hijas legítimas solteras de cualquier edad e hijos legítimos menores", sin perjuicio de lo previsto a favor de los hijos legítimos mayores.

En septiembre de 1993, al solicitar el carnet para su nueva esposa, le fue expedido, pero la Junta Directiva del Club decidió por sí y ante sí -dice la demanda- que la señora GLADYS RINCON debía someter su nombre al trámite previsto para la admisión de un nuevo socio, sin que al efecto mediara facultad estatutaria alguna.

Al accionante se informó que Gladys Rincón no había sido admitida pero se le expidió carnet mediante el cual se la acreditaba como esposa de socio.

No obstante, el 20 de abril de 1995, Alfonso Pontón recibió una carta en la cual le comunicaban que su señora no era recibida en el Club y le pedían devolver el carnet a ella otorgado.

Según el actor, para justificar la inaplicación del artículo 10 de los estatutos, la carta en referencia dijo que la decisión se adoptaba "en interpretación" de los mismos.

vulnera - presuntamente - el derecho de asociación⁶³. En este caso, el socio de un club social consideró que se le violaba su derecho de asociación cuando la junta directiva del club decidió negarle la calidad de socia y el acceso a las instalaciones del club a quien había contraído con él segundas nupcias. El Club demandado alegó que había tomado tal decisión interpretando el artículo 10 de sus estatutos el cual dispone que el derecho de uso de las instalaciones del club se hace extensivo “al cónyuge, a la madre, hijas legítimas solteras de cualquier edad e hijos legítimos menores”.

Las dos instancias precedentes, encontraron improcedente la acción impetrada en contra del club al considerar que existía otro mecanismo de defensa judicial, que no se verificaba la relación de subordinación necesaria para que la tutela procediera contra un particular y que el actor contaba con el derecho de solicitarle a la Asamblea General del Club la reconsideración de la decisión tomada.

Consideró el demandante que la Junta Directiva del Club Campestre "Los Arrayanes" violó sus derechos fundamentales a la igualdad, a la honra y al buen nombre, a la intimidad familiar, a la libre asociación y al libre desarrollo de la personalidad.”

⁶³ También en la sentencia T- 294 de 1998 en la que se cuenta que: “El actor se hizo socio del Metropolitan Club el 26 de junio de 1991. El 13 de noviembre de 1996, la Junta Directiva de ese club social, *“considerando que en dos (2) reuniones no consecutivas... se analizó la conducta social del Sr. CESAR HERNANDO VILLEGAS ARCINIEGAS, titular de la acción No. 440, encontrándola contraria al espíritu y las buenas costumbres que deben caracterizar a los socios del Metropolitan club, por*

La Corte Constitucional decidió confirmar el fallo de segunda instancia por las siguientes razones:

1. Estimó que los problemas suscitados entre socios y clubes sociales son eminentemente privados lo cual excluye la procedencia de la acción de tutela. Para ello expuso lo siguiente:

“La jurisprudencia que ahora se ratifica ha sostenido invariablemente que los problemas suscitados entre los clubes sociales y sus socios son de carácter estrictamente privado y que no pueden encontrar respuesta en determinaciones de los jueces de tutela por cuanto, para solucionarlos, existen otros medios judiciales que no son menos idóneos que el previsto en el artículo 86 de la Carta para resguardar los derechos que puedan hallarse en peligro o que hayan sido o estén siendo objeto de violación.

Recuérdanse, entre otras, las sentencias números T-099 del 24 de febrero de 1993 y T-120 del 21 de marzo de 1995, proferidas por las salas Cuarta y Quinta de Revisión.

unanimidad resuelve: expulsar a partir de la fecha al Sr. Cesar Hernando Villegas Arciniegas, titular de

En ellas ha dicho la Corte:

"El hecho de que un socio acate los estatutos y las decisiones de la Junta Directiva de una corporación a la que voluntariamente se asoció, no implica dependencia o sujeción alguna, porque el socio no se encuentra bajo las ordenes de la entidad, salvo el caso del legítimo desarrollo de los estatutos que aquél voluntariamente conoció y consintió al afiliarse. Por ello para esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional tampoco se presenta esta especial circunstancia".

"La acción de tutela -ha repetido esta Corte- tiene por objeto específico y exclusivo la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando éstos son violados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad o de particulares. En cuanto a los segundos, como lo subrayó con acierto el Tribunal, la acción de tutela no procede en principio, a menos que se hallen encargados de la prestación de un servicio público, asuman una conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo, o

respecto de ellos el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, y que la ley contemple por vía general la procedencia del amparo.

Los clubes deportivos, que son personas jurídicas de Derecho Privado, no se encuentran cobijados normalmente por ninguna de las indicadas hipótesis".⁶⁴

2. Preciso que la acción de Tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales en cuanto resulten vulnerados o amenazados por otros. Para la Corte la acción de tutela contra particulares solo procede cuando a los demandados corresponde la prestación de un servicio público, como acontece con los bancos, asume una conducta que afecte el interés colectivo, como puede suceder con los transportadores; o con respecto de ellos el solicitante se halla en estado de subordinación o indefensión⁶⁵; siempre y cuando, para todos estos casos la ley contemple por vía general la procedibilidad del amparo.

⁶⁴ Como se ve, la sentencia simplemente analizó la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares según lo previsto en el Art. 42 del Decreto 2591 de 1991.

⁶⁵ Corte Constitucional. Auto de 13 de marzo de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz) .En el mismo sentido : Corte Constitucional, Fecha: Octubre 28 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, Corte Constitucional, fecha : Agosto 24 de 1993, Magistrado Ponente : Dr. Alejandro Martínez Caballero. Véase, así mismo, T- 493 de 1999.

Es cierto que los Clubes deportivos o sociales ordinariamente son personas jurídicas de derecho privado, pese a ello no significa que en todos los casos los socios no se encuentran en estado de subordinación e indefensión, para nosotros, si se tiene en cuenta las características que la Corte enunció en varias sentencias sobre estos dos asuntos, queda claro que en algunas hipótesis la acción de tutela sería procedente.

3. El contexto de la Sentencia da a entender que en ningún caso en la que la acción de tutela se intente contra clubes sociales o deportivos por razones que tienen que ver con la participación del socio la acción de tutela es improcedente. La conclusión, con el respeto que debemos a la Corte no parece afortunada por lo tantas veces dicho.

Lo anterior nos lleva a una forzosa conclusión: para analizar conflictos entre socios de clubes y el club mismo, respecto del derecho a no permanecer asociado, la tutela no será el mecanismo jurídico indicado. La razón: existe un contrato de por medio. Sin embargo, otros casos posteriormente analizados, como el caso de las cooperativas, también tienen contratos de por medio, y en ellos la acción de tutela sí procedió

y el Juez amparó la violación a la libertad a no permanecer asociado. En los casos de las cooperativas, hay una particularidad que permitió que el amparo tuviera lugar: la inminencia de un perjuicio irremediable. Con base en lo anterior, podemos decir que si en conflictos suscitados en clubes sociales está de por medio el acaecimiento de un perjuicio irremediable, el amparo podrá concederse.

7.4 La acción de impugnación de decisiones societarias frente a la acción de tutela:

En varias sentencias la Corte ha dicho que la acción ordinaria de impugnación de decisiones sociales a la que se refiere el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil es idónea para proteger los derechos de los socios y por ello ha negado el amparo de tutela. Ya dijimos que desde nuestro punto de vista no es afortunado por las siguientes razones: en primer término porque el Art. 421 a que nos acabamos de referir es idóneo de carácter civil cuando los actos impugnados proviene de órganos de sociedades civiles y comerciales, pero absolutamente impropio para atacar las decisiones de fundaciones o las de corporaciones y asociaciones de carácter civil, que frecuentemente son las formas a través de las cuales se organizan los clubes sociales

entidades que carece de ánimo de lucro, no reparten dividendos, no generan utilidades, no generan excedentes susceptibles de reparto o asignación individual y son absolutamente distintos de las sociedades mercantiles únicos sujetos a los cuales se puede circunscribir el artículo 421 si se tiene en cuenta que las sociedades civiles, por virtud de la ley 222 de 1995 dejaron de existir; en segundo término también consideramos que la acción a que se refiere el artículo 421 del C.P.C es, con respeto de los jueces, aceptable en la medida en que el quejoso e inconforme tenga con qué sufragar los costos del abogado y puede esperar los dos o tres años que tarda la primera instancia para esperar luego los dos o tres que se consumen en la segunda instancia; y, tercero, la acción de impugnación a la que se refiere el artículo 421 del C.P.C parece idónea en la medida en que se logre la suspensión provisional del acto atacado porque de esa manera cesan los efectos perniciosos de la decisión impugnada, sin embargo, con las observaciones precedentes no pierde valor esa circunstancia, y la bondad que se deriva de la suspensión provisional no parece suficiente para reestablecer al socio inconforme en los derechos que cree se quebrantaron sin justicia.

La Corte manifestó concretamente los siguiente:

“ no solamente puede atacarse ante la justicia civil la decisión del órgano social sino que existe la posibilidad de pedir la suspensión del acto impugnado, en los términos del artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual se obtiene un efecto similar al de la tutela.

La norma es del siguiente tenor literal:

"ARTICULO 421.- Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios. La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de juntas directivas o de socios de sociedades civiles o comerciales, sólo podrá proponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo, y deberá dirigirse contra la sociedad; si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.

En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado; el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la

cuantía que aquél señale. Este auto es apelable en el efecto devolutivo".⁶⁶

Por otra parte en esta ocasión, la Corte puso en claro la bondad y eficacia del régimen ordinario que le permite al Juez, en proceso abreviado, decretar la suspensión provisional de los actos demandados de donde resulta que en estos casos la tutela es innecesaria ya que la medida ordinaria es suficiente y contiene un mecanismo transitorio . Sobre tal posibilidad de suspender el acto demandado la Corte, en el mismo fallo, dijo:

“Tal figura legal hace innecesaria e inaplicable la tutela como mecanismo transitorio, pues sin acudir a ella el peticionario logra detener temporalmente los efectos del acto que en su sentir lo perjudica y que dice ser contrario a la ley, mientras se decide de fondo.

Por otra parte, el supuesto primordial e insustituible de la acción de tutela transitoria es la inminencia de un perjuicio irremediable para el ejercicio de derechos fundamentales, es decir, la

⁶⁶ Corte Constitucional T- 543 de 1995.

*posibilidad clara e indudable de que, si no se otorga el amparo provisional, se cause un daño que ya no podría ser reparado cuando se adopte la decisión judicial definitiva por ser ella tardía.*⁶⁷

Después de hacer este análisis sobre los mecanismos jurídicos disponibles para solucionar conflictos entre los socios de clubes sociales y esas personas jurídicas, la Corte Constitucional se detuvo a estudiar cuándo se viola el derecho de asociación. Tales mecanismos disponibles serán las herramientas para equilibrar los intereses contrapuestos en el caso de las sociedades comerciales. Así pues, una vez se agotó el análisis de procedibilidad para el caso concreto, la Corte en la misma providencia agregó que :

“En el caso presente, puede apreciarse sin dificultad que el más grave riesgo para Alfonso Pontón y Gladys Rincón Galindo es el de que esta última siga sin ser admitida al Club "Los Arrayanes" en calidad de esposa de aquél o como socia, circunstancia que,

⁶⁷ Curiosamente, en punto de Derecho Administrativo, el Consejo de Estado ha llegado a la misma conclusión cuando a través de la tutela se ataca la legalidad de un acto administrativo. En común, ambas situaciones permiten suspender provisionalmente los actos dañinos. Véanse Consejo de Estado AC11950, AC11313, AC 11207, sentencias del año 2000 proferidas por la Sección Tercera.

aún a pesar de la ilegalidad que pudiera llegar a deducirse respecto del acto que la provoca, no representa un daño de carácter irreparable y grave para ninguno de los derechos fundamentales de las personas accionantes. Bien pueden aguardar la determinación judicial que defina su controversia con el Club sin que se haga imperativo el uso de un mecanismo como el de la tutela transitoria, que supone un evento extremo y delicado de amenaza para derechos inherentes a la persona humana, cuya defensa inmediata se sobrepone incluso a la competencia de los jueces ordinarios, al menos temporalmente, con miras a la prevalencia del derecho sustancial.

A lo dicho debe agregar ahora esta Sala:

1. El de asociación es un derecho constitucional fundamental susceptible de ser vulnerado en varias formas, en especial cuando se impide que una o más personas cristalicen su voluntad de unir sus esfuerzos o aportes para fines lícitos o cuando, no obstante su deseo en sentido contrario, se las obliga a integrarse en sociedad, sometiéndose por ello a un régimen particular que naturalmente esquivan y repelen.

2. El derecho de asociación incluye la posibilidad de constituir personas jurídicas sin ánimo de lucro destinadas a satisfacer intereses comunes en el campo de la vida social y la recreación - los denominados clubes sociales -, dentro de un sistema normativo propio en el cual se pueden determinar aquellas características y requisitos que deben reunir los socios, así como las reglas referentes a su admisión.

En tales entidades el derecho de asociación incorpora la prerrogativa de decidir quiénes serán los consocios, lo que equivale a establecer que, dentro de los correspondientes estatutos, todo socio debe hallarse en posibilidades de participar en la escogencia de nuevos asociados.

3. De la misma manera, la normatividad adoptada libremente por los asociados debe establecer reglas acerca del comportamiento exigido a los socios y de las cargas que se les imponen, así como de los derechos que pueden ejercer y, por supuesto, sobre la manera de terminar el vínculo con la

asociación, por parte del afiliado, y de excluir al socio, por parte del club.

Sobre el último aspecto, en cuanto se trate de adoptar decisión que implique la imposición de sanciones, tiene aplicación el artículo 29 de la Carta, que plasma el derecho al debido proceso, por lo cual normas generales previamente definidas y conocidas por los asociados deben indicar las conductas sancionables, o faltas, las sanciones correspondientes y las mínimas garantías para la defensa de quien sea sindicado.

4. Existe libertad contractual para disponer la extensión de beneficios o prerrogativas de los socios a sus familiares, sobre la base de que se cumplan los requisitos señalados con antelación y por vía general en el respectivo estatuto.

Todo lo anterior significa que, a la luz de la Constitución, los asociados gozan de la más amplia libertad para estructurar el régimen jurídico particular al que se obligan, por lo cual, mientras se sometan a él y, desde luego, a la Constitución y a la ley, pueden resolver de manera autónoma y a nivel interno los

problemas que surjan entre la persona jurídica y los socios o entre éstos por causa o con ocasión del contrato.

La ley otorga competencia a los jueces de la República para decidir, en aplicación de sus preceptos, sobre aquellos conflictos que no puedan ser zanjados por el régimen interno.

Es así como, por ejemplo, para casos como el que nos ocupa, en los que se controvierte la validez de un acto adoptado por uno de los órganos sociales, el legislador ha consagrado la posibilidad de acudir al juez en breve término para anular y aun suspender, si es el caso, las determinaciones sociales que puedan lesionar o poner en peligro los derechos de los asociados frente a la asociación. Tal acontece con el ya mencionado artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.⁶⁸

Aunque en este caso la Corte no se detuvo a estudiar el aspecto negativo del derecho de asociación sí se aportaron reglas básicas para abordar este tema. En efecto, en esta sentencia se puede sintetizar lo siguiente: el de asociación es un derecho constitucional fundamental que aunado con las

⁶⁸ Corte Constitucional T- 543 de 1995.

facultades que la autonomía de la voluntad privada da como resultado la posibilidad de estructurar organizaciones con diferentes fines y calidades de sus socios, en sus estatutos se consagrarán reglas acerca del comportamiento exigido a los socios, sus derechos, obligaciones, facultades, formas y oportunidades para retirarse. Igualmente nos recuerda que el régimen interno de la asociación debe proveer de un procedimiento para estudiar y disciplinar los comportamientos de sus asociados, régimen que podrá ser controlado por los jueces de la República si viola la ley, los estatutos o la Constitución, todo lo anterior sienta las bases y parámetros dentro de los cuales se debe desarrollar el ejercicio del aspecto negativo de la libertad de asociación.

En otro caso, un socio del club Hatogrande también instauró acción de tutela para contrarrestar la decisión de la junta directiva de esta organización la cual lo expulsó del club⁶⁹.

Esta sentencia, comenzó por estudiar la procedibilidad de la acción de tutela en punto de clubes sociales y reiteró la posición jurisprudencial según la cual el amparo constitucional no está llamado a prosperar en estos eventos ya que la ley ha previsto otros mecanismos para impugnar

⁶⁹ Corte Constitucional T- 544 de 1995

las decisiones de los órganos directivos de sociedades comerciales. De ahí que en esa oportunidad la Corte dijera que:

“En torno a las diferencias surgidas entre los clubes sociales y sus socios, ha sostenido la Corte que, a falta de la posibilidad de arreglo según las normas internas de la institución, no es la tutela el mecanismo adecuado para buscar protección, puesto que existen medios de defensa ante la jurisdicción ordinaria.”⁷⁰

Al considerar que la relación contractual existente entre asociado y órganos de dirección del club no genera de por sí una vinculación de subordinación o de indefensión, la Corte rechazó la solicitud de tutela.

Al respecto consideró esta Corporación :

“Los clubes sociales y sus órganos no están encargados, por regla general, de la prestación de un servicio público y siendo muy difícil, si bien no imposible, que asuman conductas que

⁷⁰ En el mismo sentido C -180 de 1997

*afecten grave y directamente el interés colectivo. Una cosa es que, por razón del vínculo contractual contraído en ejercicio del libre derecho de asociarse, el socio quede supeditado al cumplimiento del régimen jurídico particular contenido en los estatutos, acogidos por él en el momento de su ingreso, y otra muy diferente es que dicha sujeción lo convierta en **subordinado** o subalterno de la entidad o de sus órganos, en términos tales que dependa de ellos en forma absoluta y que por virtud de tal dependencia no le sea posible oponerse a sus decisiones sino por medio de la acción de tutela. Para la Corte es claro que el estado de **indefensión** tampoco se configura, pues el ordenamiento jurídico contempla acciones alternativas a las cuales puede acudir el socio para protegerse contra las decisiones de la asociación y de sus organismos.”⁷¹ (Las negrillas son nuestras)*

De la jurisprudencia anteriormente transcrita se puede concluir que, en primera medida, la tutela no es el mecanismo jurídico adecuado para regular conflictos surgidos entre los socios y los clubes sociales; que todo socio tiene la posibilidad de escoger quién será su consocio,

⁷¹ Corte Constitucional T-544 de 95

siempre y cuando tal evento esté regulado en los estatutos sociales; que las normas estatutarias deben establecer reglas mínimas de comportamiento de los socios, al igual que sus derechos y obligaciones y sobre todo, la manera como se puede finalizar el vínculo con la asociación o se excluye al socio de la misma.⁷² Todo esto se puede sintetizar diciendo que cada club social podrá “estructurar el régimen jurídico particular al que se obligan los socios, por lo cual, mientras se sometan a él y, desde luego, a la Constitución y a la ley, pueden resolver de manera autónoma y a nivel interno los problemas que surjan entre la persona jurídica y los socios o entre éstos por causa o con ocasión del contrato”.

Las reglas expuestas en esta providencia son teóricamente aplicables al caso en que se obstaculiza el retiro de un asociado. Si bien cada organización privada, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puede estructurar un conjunto de reglas básicas para su funcionamiento (estatutos), tales reglamentos no podrán atentar contra lo dispuesto en la Constitución. Sin embargo, el derecho de asociación negativo, amenazado a causa de estas disposiciones estatutarias no puede ser tutelado a través de la acción de tutela puesto que, para tales eventos,

⁷² Debiendo respetar el debido proceso en aplicación del artículo 29 de la Carta.

existen las acciones ordinarias encaminadas a depurar e interpretar la relación contractual existente entre los sujetos fruto del clausulado de los estatutos. Desde otros puntos de vista: al ser un conflicto contractual, no es la tutela el mecanismo adecuado para resolver sobre su interpretación y existiendo otros mecanismos eficientes par hacerlo no cabe más que declararla . Aunque todo lo anterior es la opinión de la Corte no estamos totalmente de acuerdo según se expone en otros apartes del trabajo.

7.5 En la propiedad horizontal

Con ocasión de un conflicto entre propietarios de inmuebles vinculados a una asociación cívica y las directivas de esta organización, la Corte Constitucional definió el alcance del derecho de asociación en cuanto al Régimen de Propiedad Horizontal ⁷³. En este caso varios demandantes,

⁷³ En Sentencia T 247 de 1998 se presento el siguiente caso:

“Los demandantes son propietarios de unos inmuebles ubicados en la Urbanización "Belmira". Inmuebles que tienen la calidad de bifamiliares, sometidos al régimen de propiedad horizontal. La urbanización "Belmira", es un barrio conformado por el conjunto de bifamiliares y edificios, con vías públicas y parques que pertenecen al Distrito. La urbanización, como tal, no está sometida a ningún régimen especial de propiedad, a diferencia de lo que sucede con cada uno de los bifamiliares que la conforman. Algunos residentes de la urbanización crearon una asociación sin ánimo de lucro denominada "Asociación Cívica Belmira" (ACB), que, según sus estatutos, tiene por objeto la reglamentación del uso, mantenimiento, vigilancia, conservación, y mejoras de las zonas comunes de la urbanización. Los actores manifiestan que voluntariamente hicieron parte de la asociación acusada. Para el efecto, cancelaban las cuotas de administración correspondientes, y, algunos de ellos, llegaron a formar parte de su Junta Directiva. A partir de 1994, por anomalías de carácter administrativo, los actores dejaron de cancelar el valor de la cuota de administración, razón

propietarios de inmuebles bifamiliares ubicados en una urbanización del Distrito Capital, se asociaron a la Asociación Cívica Belmira y cancelaron cumplidamente las cuotas de administración correspondientes. A partir de 1994 los actores dejaron de cancelar la cuota de administración, razón por la cual, en 1997, la asamblea general decidió iniciar cobro prejurídico de las cuotas adeudadas. Para los actores “el que la asamblea general los obligue a pagar las cuotas de administración que dejaron de cancelar, vulnera el derecho a la libre asociación (artículo 38 de la Constitución), pues ya no pertenecían a la asociación. Consideraron que al dejar de pagar las cuotas periódicas habían manifestado su intención de no seguir vinculados con al Asociación y por ello no podían ser obligados a cancelar tales sumas ni constreñidos a pertenecer a una agrupación de la que no querían ser miembros. Con tales afirmaciones los actores encontraban vulnerado su derecho de asociación negativo.

Las dos instancias precedentes a la Corte Constitucional desestimaron las pretensiones de la demanda considerando que los actores no habían manifestado, en debida forma, su deseo de retirarse de la asociación demandada, y concluyeron que el hecho de dejar de cumplir con las

por la que en 1997, la asamblea general decidió iniciar el cobro prejurídico de las cuotas ordinarias y extraordinarias que los actores y otros residentes han dejado de cancelar. En caso de no lograrse el pago por esta vía, la Asociación procederá judicialmente, según se deduce de la circular del 11 de julio de 1997.”

obligaciones derivadas de la calidad de socio no implicaba la pérdida de esta calidad y por el contrario, daba lugar, al cobro jurídico de la deuda.

Esta sentencia es de vital importancia pues se refirió expresamente al tema que nos ocupa: el aspecto negativo de la libertad de asociación. En efecto, antes de entrar a decidir, la Corte precisó al respecto lo siguiente:

“El derecho de asociación, entendido como la facultad de pertenecer o no a determinada agrupación, es un derecho de rango fundamental y, por ende, susceptible de tutela, cuando el mismo resulta vulnerado o amenazado, en sus aspectos negativo y positivo. El primero, entendido como la libertad de pertenecer a un grupo, cualquiera que sea el fin de éste, y, el segundo, definido como la libertad de no pertenecer o retirarse de una asociación, cuando se es parte de ésta.”⁷⁴

La Corte precisó que este derecho constitucionalmente reconocido tiene carácter de libertad de todas las personas, que desean ser parte de cierta agrupación, o que por el contrario, quieren dejar de pertenecer a ella. Con apoyo en otra providencia la Corte advirtió que:

⁷⁴ Ibídem.

“...el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad.”⁷⁵

Al parecer, la Corte tiene claro que el aspecto negativo del derecho de asociación tiene como fuente la libertad de las personas, de modo que si los sujetos están facultados para constituir asociaciones, esta libertad se haría nugatoria si la libertad se limitara a un aspecto negativo. Individualismo y libertad están íntimamente ligados, y sin la libertad de desasociarme se me obstruye el desarrollo de mi individualidad. Es por esto que la protección al derecho de asociación en su aspecto negativo va, en últimas, destinado no solo a proteger prerrogativas para las colectividades sino también los derechos esenciales de las personas, dentro de los cuales está el respeto a su

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-606 de 1992. Magistrado ponente : Dr. Ciro Angarita Barón.

individualidad. Con lo anterior quiero decir que la libertad de asociación en sentido negativo tiene un objetivo final: respetar la individualidad.

Acto seguido, la Sala se detuvo a estudiar el caso concreto, es decir, el ejercicio del aspecto negativo del derecho de asociación cuando el asociado participa en una entidad sometida al régimen de propiedad horizontal. Para ello empieza definiendo el régimen de propiedad horizontal, es decir, aquel:

“en el que la ley busca fijar condiciones de convivencia en una determinada comunidad que, por sus características, requiere de quienes la conforman, el acatamiento de normas y decisiones que buscan la efectividad plena de sus derechos, uno de ellos, el de propiedad.”⁷⁶

Considera pues la Corte, que si bien el derecho de asociación tiene carácter fundamental, en ocasiones, “existen casos en los que la pertenencia a una determinada agrupación es el resultado del ejercicio de otros derechos”, tal es el caso a que nos hemos referido. Si el asociado a este tipo de regímenes desea seguir perteneciendo a la asociación, deberá cumplir con decisiones

⁷⁶ Corte Constitucional T 247 de 1998

que adopte sus órganos directivos, y así mismo, si desea dejar de pertenecer a la persona jurídica deberá dejar de residir en el inmueble perteneciente al régimen de propiedad horizontal. Con esto, la Corte plasma una especie de excepción al libre retiro de una asociación, de modo que el aspecto negativo del derecho de asociación, referido al régimen de propiedad horizontal, implica, no solo no querer seguir unido a un grupo colectivo sino que va a extremos más concretos: pues implica dejar de habitar en el inmueble; así lo plasmó la Corte en la Sentencia a que nos hemos venido refiriendo:

*“Los residentes de un inmueble sometido a este régimen, **deben acatar los reglamentos de copropiedad que prevén la conformación de un ente con órganos de deliberación y decisión, facultado para tomar decisiones que afecten e interesen a toda la comunidad.** Las decisiones adoptadas por estos órganos son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando, se tomen en forma democrática, y no afecten derechos fundamentales, como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso, entre otros derechos, tal como lo ha reconocido esta Corporación en diversos fallos, entre ellos, T-210 de 1993; T-233 de 1994, T-630 de 1997.*

Por tanto, la única forma de sustraerse de las decisiones así adoptadas, es dejando de residir en el inmueble sometido a este régimen especial. “ (Negrillas fuera de texto)

Con el análisis jurídico que acabamos de resumir, la Corte, en esta misma providencia a que nos hemos venido refiriendo, entró a determinar si a los actores se les estaba violando o no el derecho de asociación en su aspecto negativo. Determinó, primero que todo, que la asociación demandada no constituía un régimen de propiedad horizontal de modo que las restricciones ante citadas no le eran aplicables a los socios que quisieran retirarse de ella. Concluyó entonces que:

*“La Urbanización Belmira, constituida por 182 inmuebles, aproximadamente, no está sometida a un régimen especial de aquellos que se describieron anteriormente. Es decir, no se puede sostener que sus residentes, fueren ellos propietarios, poseedores, o meros tenedores, **estén sometidos a un régimen especial de propiedad que les obligue a pertenecer a una determinada agrupación y acatar decisiones de organismos que la ley, en aplicación de ese***

régimen especial de propiedad, obliga a constituir y respetar.

Precisamente, ante la ausencia de un régimen especial como aquel que rige la propiedad horizontal, y, ante la necesidad de contar con una organización que permitiera a los residentes de la urbanización coordinar acciones para el mantenimiento y conservación del espacio físico, ambiental, etc., algunos de los moradores decidieron crear la Asociación Cívica Belmira, asociación sin ánimo de lucro y cuyo objeto social es “el cumplimiento de las normas legales vigentes reglamentadas para la urbanización Belmira, especialmente en cuanto se refiere al uso, mantenimiento, vigilancia y conservación y mejoras de las zonas comunes y el mejoramiento de los servicios de las mismas” (artículo 2 de los estatutos).

*Así las cosas, mientras a la urbanización en comento no se le reconozca un régimen especial, como los que consagran las leyes 338 de 1997 o 428 de 1998, los residentes del sector de Belmira, **no pueden ser obligados a pertenecer a la***

Asociación Cívica Belmira. Por tanto, la vinculación de los residentes, estará supeditada a que éstos deseen asociarse y, por ende, acatar las decisiones que, para el cumplimiento de su fin social, lleguen a adoptar los órganos de gobierno correspondientes.

Entonces, no se puede afirmar que la adquisición de un inmueble en esta urbanización, implique el ingreso automático de su propietario a la Asociación. Mucho menos, que las decisiones que adopten sus órganos de representación sean oponibles a cualquier residente (propietario, poseedor, tenedor, etc), si no ha existido la libertad y la voluntad de éste de hacerse parte de la mencionada organización.” (Subrayas del texto original)⁷⁷

Sin embargo, aunque podría parecer que en el caso que se analiza el amparo procedería en aras a tutelar el derecho de asociación en su aspecto negativo, la situación fáctica que presentaba el caso no permitió que ello sucediera. En efecto, la Corte consideró que como el conflicto suscitado entre la asociación y los asociados se fundaba en la interpretación que cada uno de ellos había hecho de los estatutos sociales, la tutela no era el mecanismo adecuado para resolver el conflicto. Como ya se dijo, la tutela está encaminada a amparar

derechos fundamentales y no legales - tal como la interpretación del cláusulado de un contrato- y en consecuencia no procedió en este caso⁷⁸. Al respecto, la Corte Afirmó:

“Es claro para la Sala que si el asunto aquí planteado se somete al conocimiento del juez civil, éste podrá definir si los actores perdieron su calidad de asociados por el hecho del no pago, y concluir, en consecuencia, que a la Asociación no le asiste el derecho de realizar cobro alguno. Aún en el evento de un proceso ejecutivo, los actores podrían interponer la excepción correspondiente, cuyo fundamento sería, precisamente, el hecho de haber perdido la calidad de socio.

El juez de tutela, en este caso, so pretexto de proteger el derecho de asociación, no puede entrar a interpretar los estatutos de la Asociación, y dirimir un conflicto de tipo meramente económico que, expresamente, corresponde decidir a la jurisdicción ordinaria.”⁷⁹

⁷⁷ Ibídem.

⁷⁸ La doctrina Constitucional ha encontrado algunas excepciones en estos casos, al respecto véase T- 553 de 1997.

⁷⁹ Ibídem.

Aunque la Corte rechazó las pretensiones de la demanda por no tener competencia, al tratarse de un conflicto de derechos simplemente legales, se detuvo a estudiar el fondo del asunto y analizó la conducta de la asociación para precisar si en ese caso realmente se violaba el aspecto negativo del derecho de asociación. Del acervo probatorio la Corte concluyó que como los actores no habían manifestado inequívocamente su voluntad de retirarse de la asociación, no podía endilgársele a la demandada ninguna violación al derecho citado. Puso en claro, pues, que para que el derecho de asociación negativo opere en plenitud y para que el retiro realmente se lleve a cabo, es necesario, al menos, que el interesado manifieste ante la persona jurídica el deseo de dejar de pertenecer a ella y, por ello mismo, las conductas pasivas por parte de los asociados, como sería la mora en el pago de las cuotas de sostenimiento, no pueden tenerse como ejercicio del derecho de retiro. En otras latitudes, como Argentina, se ha concluido que el ejercicio del aspecto negativo puede tener lugar a través de formas tácitas, que curiosamente pueden coincidir con lo ocurrido en este caso⁸⁰. Sin embargo, la Corte precisó que:

⁸⁰ PAEZ. Op. Cit. Pág. 255.

“Porque no obra prueba alguna en el expediente que permita afirmar que los actores hubiesen manifestado su voluntad inequívoca de no seguir perteneciendo a la Asociación, y que ésta les hubiese impedido su retiro. La única actuación desplegada por la Asociación, y que los demandantes entendieron como una vulneración de su derecho de asociación, fue el inicio de algunos trámites para obtener el pago de lo que, en concepto de ésta, adeudan los actores.

Esta conducta de la Asociación, en principio, no puede entenderse como un ataque al derecho de asociación, por el aspecto negativo, pues, como se plateó, la Asociación sólo está haciendo una interpretación de sus estatutos. Válidamente cree tener derecho a realizar ese cobro, y los actores, por su parte, sostienen que han perdido su calidad de asociados, precisamente por haber dejado de pagar las mencionadas cuotas. Conflicto de interpretación que debe resolver el juez ordinario, pues de él no se deduce la violación del derecho fundamental que alegan los actores. Corresponderá, entonces, a la justicia ordinaria, determinar las obligaciones que puedan

existir en cabeza de los actores, función que es ajena a la competencia del juez de tutela.” (Las negrillas son del texto original)

7.6 Los casos relacionados con las Cooperativas :

El derecho de asociación no solo contiene la facultad de entrar y salir de una entidad que pretende resultados de contenido económico, social, cultural o recreativo (organizada bajo el esquema o estructura de las personas jurídicas o no); también, en ciertas ocasiones, el derecho de asociación se refleja en derechos económicos, específicamente, en el de la propiedad. Nos estamos refiriendo a la situación que se ha presentado respecto del retiro del cooperado, que, al verse en difícil situación económica o al darse cuenta de la crisis que atraviesa o que afectará a la persona jurídica, en ejercicio del derecho a no estar asociado sin una voluntad o, aspecto negativo del derecho de asociación, decide retirarse de la cooperativa a que pertenece y así obtener la restitución de sus aportes.

En un caso, los actores interpusieron acción de tutela en contra de una Cooperativa Multiactiva de Trabajadores en liquidación, al considerar

que se les había violado su derecho de asociación al haberseles negado sus solicitudes de desafiliación con su correspondiente cancelación de aportes sociales. La cooperativa demandada se opuso a las pretensiones de la demanda diciendo que solo era posible aceptar la renuncia de los socios cuando éstos se encontraban a paz y salvo con la Cooperativa y que sólo aceptaba cruces de cuentas cuando el socio se retiraba de la empresa; también afirmó que no podía aceptar la solicitud de retiro ya que los aportes sociales de la cooperativa se encontraba por debajo del monto mínimo irreductible fijado por la ley.

La Corte ha considerado que en este tipo de situaciones, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

“... si la Cooperativa... vulneró la libertad de asociación de los actores al negarse a concederles su solicitud de desafiliarlos de la misma y de reintegrarles el dinero que habían pagado por concepto de aportes sociales.”⁸¹

En primer lugar, esta misma Corporación ha dispuesto, contrario a lo que ocurre en el caso de los Clubes sociales, que la acción de tutela sí

⁸¹ Corte Constitucional. T 274 - de 2000

es procedente para solucionar las controversias de este tipo ya que en estos casos sí se ven amenazados derechos fundamentales, que aunque están enmarcados dentro de una estructura básicamente contractual y legal, merecen ser tutelados con preferencia a través del mecanismo dispuesto en el artículo 86 de la Carta.

Al respecto, en la sentencia T- 274 del 2000, en la cual se le puso fin al problema jurídico arriba planteado, la Corte dijo que:

“En la sentencia T-374 de 1996, esta Corporación estableció que si bien el artículo 45 de la Ley 79 de 1988 señala expresamente que "compete a los jueces civiles municipales el conocimiento de las impugnaciones de los actos o decisiones de la Asamblea General y del Consejo de Administración de las Cooperativas cuando no se ajusten a la ley o a los estatutos, o cuando excedan los límites del acuerdo cooperativo...", ello no obsta para que el juez de tutela se halle legitimado para actuar cuando la controversia no gira en torno únicamente a asuntos de naturaleza estatutaria, sino que también involucra derechos fundamentales de las personas. En estas situaciones, la controversia adquiere relevancia constitucional y, en consecuencia, puede ser tramitada ante los jueces de tutela.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que en los casos que ocupan ahora a la Corte la controversia se origina en decisiones adoptadas por el órgano directivo de la Cooperativa, no lo es menos que en los mismos se está poniendo en juego el derecho de asociación de los actores, en su aspecto negativo - esto es, en cuanto a la posibilidad de retirarse de la cooperativa -, un derecho fundamental que ha sido reconocido por esta Corporación en diferentes sentencias.

En orden de ideas, y siendo claro que el mecanismo constitucionalmente consagrado para la protección de los derechos fundamentales es la acción de tutela, ésta resulta procedente para resolver la controversia planteada.”

En sentencia T-374 de 1996 se resolvió el caso en que un asociado de una cooperativa había manifestado su deseo de retirarse y se le había negado, porque, según la cooperativa demandada, de aceptársele el retiro, “se reduciría el número mínimo de asociados previsto en el

artículo 14 de la ley 79 de 1988”⁸². La Corte, en este fallo, reconoce el doble aspecto del derecho de asociación, es decir, “a la libre constitución de asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto -, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de la libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas”⁸³ y deteniéndose también en el aspecto negativo precisa que consiste en “que nadie puede ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada”⁸⁴.

⁸² “Jaime Bernal Pérez, instauró acción de tutela contra la Cooperativa de Trabajadores de Inravisión, COINRAVISION, con el fin de obtener el amparo de su derecho fundamental a la libertad de asociación y, en tal virtud, se le ordene a su Consejo Administrativo aceptar su retiro como socio de la Cooperativa.

La referida petición tiene su fundamento en los siguientes hechos:

Jaime Bernal Pérez, en su calidad de trabajador de Inravisión es miembro de COINRAVISION desde 1974. Hace más de siete años obtuvo su pensión de jubilación, y trasladó su residencia a la población de La Palma (Cundinamarca).

El 3 de noviembre de 1995 presentó una solicitud de retiro como socio de la referida cooperativa. El 10 del mismo mes y año recibió respuesta del Gerente de la Cooperativa en la cual se le manifestó que el Consejo de Administración no aceptaba ninguna renuncia de los socios, hasta nueva orden, con fundamento en el artículo 18 de los Estatutos de la Cooperativa.

Posteriormente, el 21 de diciembre de 1995, el peticionario, por medio de apoderado, reiteró su voluntad de retirarse de la Cooperativa, y en esta oportunidad se le respondió por el Presidente del Consejo de Administración que no era posible aceptar su renuncia, con fundamento en el artículo 18 de los Estatutos, porque de aceptarse todas las renunciaciones que se habían presentado, reduciría el número mínimo de asociados previsto en el artículo 14 de la Ley 79 de 1988

⁸³ Corte Constitucional C- 041 de 1992

⁸⁴ Corte Constitucional C-606 de 1992

Teniendo en cuenta que cada cooperativa goza de cierta libertad para estructurar su esquema jurídico y reglas de funcionamiento, se debe anotar que tal facultad y libertad para regularse a sí misma tiene límites ya que tales entidades: “gozan de plena libertad para determinar y autorregular ciertos aspectos básicos que conciernen a su objeto social, a su estructura, organización y funcionamiento, al señalamiento de los órganos de administración, a través de los que actúa, a las condiciones de ingreso de sus miembros, a las relaciones con éstos y a su permanencia y retiro de la misma sin embargo, dicha libertad no es absoluta, porque debe ejercerse dentro del marco de la Constitución y de las restricciones impuestas por la vía legislativa...”⁸⁵

La Corte agregó que las cláusulas que limitan el retiro del cooperado violan la Constitución ya que se oponen a la libertad que le asiste para dejar de hacer parte de una asociación, esto es, violan el aspecto negativo del derecho de asociación en la cooperativa. Al respecto, la sentencia anteriormente citada expresó lo siguiente:

“La disposición estatutaria antes transcrita, el artículo 18 de los estatutos de Coinravisión, en cuanto impone restricciones para el

⁸⁵ Corte Constitucional T-374 de 1996

retiro de los socios de Coinravisión, cuando condiciona el retiro voluntario de sus asociados a que no se afecten los aportes sociales mínimos e irreductibles de la referida cooperativa, ni se reduzca el número mínimo de asociados que la respectiva legislación exige para la creación de dicha clase de asociación, vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la asociación y a la autonomía (arts. 38 y 16 C.P.). En efecto, los intereses particulares de la asociación, derivados del mantenimiento de las condiciones requeridas para subsistir en el mundo jurídico no pueden oponerse a la prevalencia y la efectividad constitucional de los derechos aludidos.”

Esta providencia dejó en claro que las normas contenidas en los estatutos cooperativos a través de las cuales se impide o condiciona el ejercicio del derecho de asociación en su manifestación negativa, contrarían la Constitución y deben inaplicarse. Para llegar a esta conclusión la Corte tuvo en cuenta el régimen legal sobre Derecho Cooperativo. En concreto, se refirió a la ley 79 de 1988 y en particular los artículos que a continuación se transcriben:

‘Artículo 5, numeral 1: *Toda cooperativa deberá reunir las siguientes características: 1. Que tanto el ingreso de los asociados como su retiro sean voluntarios.’*

‘Artículo 23, numeral 6: *Serán derechos fundamentales de los asociados: 6. Retirarse voluntariamente de la cooperativa’.*

‘Artículo 25: *La calidad de asociado se perderá por muerte, disolución, cuando se trate de personas jurídicas, retiro voluntario o exclusión.’*

Así, con apoyo en estos preceptos finalmente concluyó que:

“... el derecho de retirarse voluntariamente de una asociación no sólo es un derecho constitucional del asociado, sino que se erige además como una norma rectora del sistema cooperativo.

“Por lo demás, aun en el supuesto de que la disposición estatutaria fuera de recibo desde la perspectiva constitucional y legal, ello no sería argumento suficiente para denegar la solicitud de desafiliación del peticionario, toda vez que la Cooperativa demandada no acreditó

que con el retiro de aquél se afectaba el número mínimo exigido para su existencia.”

Ahora bien, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado con amplitud el tema del retiro del cooperado una vez manifiesta el deseo de no seguir perteneciendo a la institución. Sin embargo, no se había detenido a estudiar las consecuencias y efectos económicos que implican el retiro de la cooperativa : la restitución de los aportes.

Por esta razón, vale la pena detenerse a analizar lo dispuesto en la T- 274 de 2000, sentencia que examinó este punto específico y absolvió la siguiente pregunta: ¿Incluye el aspecto negativo del derecho de asociación el derecho a obtener la restitución de los aportes sociales?⁸⁶.

Se dijo que, en principio, los socios de una cooperativa pueden desafiliarse de la misma cuando así lo determinen y que las disposiciones estatutarias no pueden limitar el ejercicio de esta facultad. Sin embargo, se plantean interrogantes en relación con el artículo 107 de la ley 79 de 1988, el cual

⁸⁶ Doctrinalmente, el tema se ha tratado de la siguiente manera: “*La retirada de uno o varios socios de la entidad supone la puesta en práctica del derecho que le asiste para retirar el capital social que aportaron en su momento. El deber de la cooperativa es la devolución del capital aportado y el derecho del socio que se retira es el de reclamar la devolución*”. (ROSEMBUJ, Tulio. Op. cit. Pág.

dispone que la cooperativa se disolverá si el número de socios se reduce a menos de 20 asociados y tal defecto permanece por más de seis meses consecutivos. Al respecto, la Corte estimó que “la continuidad de la institución debe provenir de la voluntad clara de sus asociados de preservarla y no ser resultado de la prohibición a sus socios de retirarse de la cooperativa” y que como la ley concede el término de seis meses para incluir nuevos asociados y recuperar el mínimo de socios que la ley exige para su existencia, la norma citada no es motivo para prohibir el retiro del cooperado.

7.6.1 La reglamentación del retiro:

El artículo 19 de la ley 79 de 1988 es el punto de partida del análisis que se hace. La norma dispone que los estatutos cooperativos deben contener tanto “los derechos y deberes de los asociados; condiciones para su admisión, retiro y exclusión” ⁸⁷, como los “aportes sociales mínimos no reducibles durante la vida de la cooperativa; forma de pago y devolución; procedimiento para el avalúo de los aportes...” ⁸⁸. Con lo anterior, la ley dejó claro que la cooperativa tiene la obligación de devolverle a cada

28)

⁸⁷ Numeral 3º.

⁸⁸ Numeral 10º .

asociado sus aportes, cuando manifieste su deseo de retirarse de la institución. Con base en este soporte legal, la Corte consideró que en *“condiciones normales, el derecho de desafiliación incluye también el de la devolución de los aportes. Es por eso que en el mismo estatuto de Coopropal se establece, en el artículo 32, que “ocurrida la pérdida de la calidad de asociado, la cooperativa dispondrá de un plazo de 60 días para hacer la devolución de los aportes sociales (...)”* (Subrayas fuera de texto)⁸⁹

Ahora, si bien la Corte identificó la regla general, también planteó varias hipótesis en las que tal derecho de asociación negativo encuentra algunos límites. Uno de tales casos tiene que ver con las Cooperativas Financieras. En efecto, el artículo 7 de la ley 79 de 1988 dispuso que toda cooperativa debe contar con un patrimonio variable e ilimitado, respecto del cual los estatutos deben establecer un capital mínimo de aportes sociales irreducibles durante la existencia de la cooperativa. Para el caso de las Cooperativas Financieras, el artículo 42 de la ley 454 de 1998 estableció un monto mínimo de aportes sociales pagados que estas cooperativas debe acreditar y mantener. Para estas cooperativas, tal capital asciende a Mil Quinientos Millones de pesos (\$1.500.000.000,00);

⁸⁹ Corte Constitucional T-274 de 2000

para las cooperativas de ahorro y crédito y para las cooperativas multiactivas con secciones de ahorro y crédito tal monto no debe ser menor de Quinientos Millones de Pesos (\$500.000.000,00).

Además, para prevenir las dificultades económicas y las crisis financieras que puedan afectar a estas empresas, el párrafo del artículo 42 citado dispuso que *“las cooperativas que adelanten actividad financiera se abstendrán de devolver aportes cuando ellos sean necesarios para el cumplimiento de los límites previstos en el presente artículo así como de los establecidos en las normas sobre margen de solvencia”*.

De este modo, cuando una cooperativa tiene la calidad de cooperativa Financiera, o Multiactiva con sección de ahorro y crédito o de ahorro y crédito, en aras a mantener incólume el patrimonio de los terceros que en tal institución invierten parte de sus recursos, el derecho a que se reintegren los aportes encuentra un obstáculo objetivo: el mantenimiento de un capital determinado.

Lo anterior también encuentra sustento en el régimen jurídico y de competencia económica presente en el mercado financiero y cooperativo.

Como la Cooperativa es una empresa económica, la Corte precisó lo siguiente:

“El inciso 1° del artículo 4 de la ley 79 de 1988 define la organización cooperativa como una “empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y efectivamente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.” Esta definición fue reiterada - y ampliada - por el artículo 6 de la Ley 454 de 1998.

(...)

Toda empresa económica está sujeta a avatares: existe tanto la posibilidad de tener éxito en el propósito de consolidarse dentro del mercado, como la posibilidad de fracasar. Aún más, el éxito nunca está asegurado, y, por múltiples razones, una sociedad que se ha mantenido durante muchos años en el mercado puede perder en poco tiempo todo lo obtenido durante su existencia. Por lo tanto, toda sociedad con fines económicos implica la asunción

de riesgos patrimoniales para sus propietarios, los cuales pueden beneficiarse - de distinta forma de acuerdo con el tipo de sociedad - con la buena marcha de su empresa, o perjudicarse con el malogramiento de la misma.

El desarrollo de actividades económicas implica permanentemente la adquisición de obligaciones. Precisamente para proteger a las personas que son titulares de derechos frente a las empresas se ha establecido legalmente una serie de disposiciones relativas, por ejemplo, a la responsabilidad de los socios en relación con las pérdidas de su compañía y al orden de prioridades de pago en el momento de liquidación de las empresas. ⁹⁰

El fallo que hemos venido citando consideró prudente evidenciar que una cooperativa financiera debe cumplir sus obligaciones para con el público ahorrador, razón por la cual, para preservar su integridad patrimonial, en ocasiones se admiten trabas para el ejercicio del derecho de asociación negativo. En efecto, consideró que:

⁹⁰ Corte Constitucional. T- 274 de 2000

“ en el caso de las cooperativas, el artículo 9 de la ley 79 de 1988 determina que ellas son sociedades de responsabilidad limitada y que "se limita la responsabilidad de los asociados al valor de sus aportes y la responsabilidad de la cooperativa para con terceros, al monto del patrimonio social." Igualmente, el artículo 120 de la misma ley establece que para la liquidación de las cooperativas "deberá procederse de acuerdo con el siguiente orden de prioridades: 1. Gastos de liquidación. 2) Salarios y prestaciones sociales ciertos y ya causados al momento de la disolución. 3) Obligaciones fiscales. 4) Créditos hipotecarios y prendarios. 5) Obligaciones con terceros, y 6) Aportes de los asociados..." Las anteriores disposiciones significan que los aportes de los socios sirven como garantía de los derechos de terceros acreedores de la cooperativa y que, por lo tanto, los asociados deben responder con ellos.”⁹¹

Lo dicho sirve para sentar algunas bases que pueden ser útiles para definir cuál es el momento a partir del cual procedería el retiro del asociado de la

⁹¹ *Ibíd.*

cooperativa, para concluir que el estado financiero de la empresa presente al momento de la solicitud de retiro determina otro límite al ejercicio del derecho bajo examen. Se trata de un límite temporal que se le impone a su ejercicio y la Corte lo ha circunscrito de la siguiente manera:

*“Los socios pagan aportes a su cooperativa, con la esperanza de obtener servicios y utilidades de su desempeño económico, pero también a sabiendas de que, si éste es negativo, ellos pueden perder el capital pagado, tal como ocurre en toda empresa económica. Los aportes sociales constituyen, en realidad, un capital de riesgo. Por lo tanto, **en situaciones en las que se advierta - con claridad - que la empresa está en peligro, y con ello los derechos de terceros, las cooperativas pueden restringir la devolución de los aportes a los socios que expresan su voluntad de retirarse, hasta que la empresa vuelva a salir a flote.** Obsérvese que si se aceptara la tesis contraria se podría descapitalizar completamente a una entidad cooperativa, en detrimento de los intereses de los terceros que confiaron en ella. Este sería ciertamente un resultado inaceptable, pues conduciría a que en toda situación de riesgo los socios de las cooperativas solicitaran el reintegro de sus*

aportes, dejando ilíquida la entidad.” ⁹² (las negrillas son nuestras) ⁹³

En la práctica resulta importante demostrar cómo se aplica lo que se acaba de decir. Téngase en cuenta que la Corte Constitucional, en la sentencia T-274 de 2000, procedió a tutelar el derecho de asociación negativo, pero no ordenó la restitución de los aportes al advertir graves problemas financieros y económicos de la entidad demandada, los cuales amenazaban la integridad de los derechos de terceras personas y acreedoras de la Cooperativa. Dispuso el fallo citado:

“La cooperativa se encontraba ilíquida y las pérdidas eran millonarias. Ello implica que los derechos de terceros estaban realmente en peligro. Precisamente para solventar estas situaciones es que se constituyen los capitales mínimos irreductibles, de manera que las cooperativas puedan cumplir, por lo menos parcialmente, con sus obligaciones para con los

⁹² *Ibídem.*

⁹³ A similar conclusión ha llegado la Alianza Cooperativa Internacional cuando dice que “*el renunciante no tiene derecho a obligar a la sociedad a restituirle el capital*”, pero “*cuando no peligre su iliquidez o el estado financiero, actuará con un espíritu cooperativa – entregando los aportes- evitando causarle molestias al interesado mediante el cumplimiento de los estatutos o, en caso de urgencia, haciendo todo lo posible para aliviar su situación*” (ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, Nuevos enfoques de los principios cooperativos en el mundo. Ediciones

terceros. En estos casos, el derecho de los asociados a obtener el reembolso de sus aportes debe ceder ante el derecho de los terceros.

(...) Los actores solicitaron que Coopropal les reintegrara los aportes sociales que habían pagado: el señor Cuéllar a través de una compensación con las deudas que él tenía para con la cooperativa, y el señor Ospina con la restitución directa del capital que aportó. Sin embargo, como se ha expresado, en el momento en el que hicieron su petición era claro que Coopropal se encontraba en serios aprietos económicos y que estaba incumpliendo sus obligaciones para con los terceros. Por lo tanto, en ese instante la cooperativa tenía que anteponer los derechos de los terceros a los derechos de los socios, tal como lo hizo en la práctica, aun cuando en el caso del señor Cuéllar hubiera esgrimido un argumento distinto. “

Si la cooperativa se encuentra en proceso de liquidación la restitución de los aportes soporta un obstáculo más grande porque “la toma de posesión para administración que se impuso a la cooperativa se fundaba en la esperanza de que ella pudiera recuperar su solvencia. Sin embargo, ello no fue posible y, por lo tanto, hubo de declararse la toma de posesión para liquidación. En este caso, la solicitud de restitución de los aportes sociales habrá de atenerse a los resultados del proceso de liquidación, tal como lo estipula la ley”.⁹⁴

Por el contrario, el Consejo de Estado, en providencia AC- 11995 de la cual fue Magistrado Ponente el doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, procedió a tutelar el derecho de asociación negativo y a declarar la correspondiente devolución de los aportes cuando una cooperativa se lo negó a su asociado.

En este caso el Consejo de Administración de una cooperativa se negó a devolver sus aportes al actor aduciendo la mala situación financiera que atravesaba. Tal crisis, sin embargo, no se acreditó en el expediente y de ella solo existía la opinión del gerente .

⁹⁴ Ibídem.

En oficio del 21 de julio de 2000 la Cooperativa le informó al Tribunal Administrativo del Caquetá que su capital no reductible (en cumplimiento del artículo 42 de la ley 454 de 1998) ascendía, para el 30 de junio de 2000, a la suma de quinientos trece millones quinientos sesenta y cuatro mil ochocientos diez pesos (\$ 513.564.810.00). Con esa sola información, fue imposible averiguar si, en ese instante, la cooperativa demandada estaba o no en capacidad de devolver, sin riesgo o daño para los ahorradores, el capital del socio que decidió retirarse.

El Honorable Consejo de Estado consideró que:

“Probar su estado de insolvencia, su situación de iliquidez, su desmedro patrimonial y la caída de los depósitos o la deserción de los asociados es una carga que correspondía a la demandada, carga que es de fácil cumplimiento porque la ley 43 de 1990 permite que todos estos asuntos se prueben con la atestación y firma de un contador público, con certificaciones del revisor fiscal o estados financieros dictaminados o certificados.

Con tan poca información no es claro que la empresa esté en peligro, y con ello los derechos de terceros, por lo cual, la cooperativa no puede restringir la devolución de los aportes razón por la cual esta Sala confirmará el fallo del a quo en cuanto a la tutela del derecho a la libre asociación y a la propiedad.”⁹⁵

Una vez analizados algunos casos concretos podemos ver las conclusiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de los casos analizados arriba; la primera Corporación concluyó lo siguiente:

“Un punto debe ser todavía esclarecido: ¿desde cuándo puede una cooperativa negarle a los socios el reintegro de sus aportes? En realidad, la respuesta a este interrogante solamente puede ser dada con base en un conocimiento muy preciso de la situación de cada cooperativa. Pero la regla que debe orientar esa decisión es la de que ello solamente puede ocurrir en los casos en los que se advierta que la cooperativa se encuentra en

⁹⁵ Consejo de Estado. AC 11995. Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

serios problemas económicos y amenaza con incumplir sus obligaciones para con los terceros. En estos casos se puede restringir - aplazar - la restitución de los aportes hasta que se supere la situación. Además, en virtud del principio de igualdad, una vez se ha tomado la decisión habrá de ser aplicada a todos los socios, sin establecer tratos preferenciales”

Y el Consejo de Estado en la providencia citada concluyó que:

- “ a. En el cooperativismo, el derecho de retiro, sea cual sea la clase de cooperativa, no es absoluto.

- b. El derecho a retirarse de una cooperativa puede limitarse sin hacerse nugatorio.

- c. En el caso de las cooperativas financieras, el socio puede retirarse cuando quiera, pero la restitución de sus aportes no le será concedida mientras tales aportes sean necesarios para el capital mínimo irreductible o para mantener el margen de solvencia.

d. Esa decisión debe estar precedida de un estudio detallado de cada caso concreto.

e. Los administradores de una cooperativa financiera contravienen la ley cuando, a sabiendas del mal estado de los negocios de la cooperativa, permitan la deserción de los asociados y les faciliten la restitución de sus aportes en medio de la crisis.”

CONCLUSIONES

Con base en lo antedicho proponemos las siguientes conclusiones sobre el alcance del ejercicio del aspecto negativo de la libertad de asociación. Ellas son fruto del análisis jurisprudencial que en este escrito se ha hecho y de la interpretación de las normas jurídicas que regulan los casos citados.

- 1.- El de asociación es un derecho constitucional fundamental susceptible de ser vulnerado en varias formas, en especial cuando se impide que una o más personas cristalicen su voluntad de unir sus esfuerzos o aportes para fines lícitos o cuando, no obstante su deseo en sentido contrario, se las obliga a integrarse en sociedad, sometiéndose por ello a un régimen particular que naturalmente esquivan y repelen.
- 2.- El derecho de asociación incluye no solo la facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico etc., a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado y capacitada para operar en el

tráfico jurídico sino que también comporta la facultad de toda persona para abstenerse de formar parte de una determinada asociación y del derecho correlativo a no ser obligado - ni directa ni indirectamente - a ello.

- 3.- Si bien para que proceda la acción de tutela es necesario que no exista un mecanismo de defensa eficaz para proteger los derechos vulnerados, cuando este mecanismo ordinario está destinado a garantizar derechos legales, expresión de un contrato en sí mismo considerado, y no propiamente las garantías constitucionales, la acción de tutela se debe admitir. De otro modo, si el mecanismo judicial ordinario establecido en el ordenamiento jurídico está destinado a proteger ciertas garantías y derechos del contratante, mas no el derecho fundamental violado en sí mismo, la acción de tutela procederá en aras a salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales

- 4.- Ser miembro de una asociación, cooperativa, sociedad etc. no significa, de entrada, estar subordinado a ella. Por esta razón, para que la acción de tutela proceda en contra de una de estas instituciones, no se puede partir de la base de que el actor se encuentra en un grado de

subordinación respecto de la persona jurídica. Por el contrario, se debe entender que la relación que entre ellos existe aparece simplemente un vínculo contractual que, si bien comporta ciertos deberes y obligaciones para ambos sujetos no conlleva necesariamente la subordinación. Caso contrario ocurre cuando existe una relación laboral entre el actor y la persona jurídica ya que esta situación si haría procedente la acción de tutela contra el particular.

- 5.- Como las Cooperativas financieras, Cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito y las Cooperativas de ahorro y crédito desarrollan un servicio público, en virtud del artículo 42 del Decreto 2591, la acción de tutela sí procede en su contra.

- 6.- Los problemas suscitados entre los clubes sociales y sus socios son de carácter estrictamente privado y que no pueden encontrar respuesta en determinaciones de los jueces de tutela por cuanto, para solucionarlos, existen otros medios judiciales que no son menos idóneos que el previsto en el artículo 86 de la Carta para resguardar los derechos que puedan hallarse en peligro o que hayan sido o estén siendo objeto de violación.

- 7.- El medio judicial ordinario destinado a solucionar los problemas surgidos entre sociedades civiles o comerciales y sus socios es el previsto en el artículo 421 del C.P.C: acción de impugnación de decisiones de asambleas o juntas directivas de sociedades civiles o comerciales. Como este proceso incluye la suspensión provisional de la decisión atacada, éste se hace igualmente eficaz que la acción de tutela.

- 8.- A la a la luz de la Constitución, los asociados gozan de la más amplia libertad para estructurar el régimen jurídico particular al que se obligan, por lo cual, mientras se sometan a él y, desde luego, a la Constitución y a la ley, pueden resolver de manera autónoma y a nivel interno los problemas que surjan entre la persona jurídica y los socios o entre éstos por causa o con ocasión del contrato.

- 9.- Para que el derecho de asociación negativo opere en plenitud, y el retiro realmente se lleve a cabo, es necesario, al menos, manifestar a la persona jurídica el deseo de dejar de pertenecer a ella y algunas conductas pasivas por parte de los asociados no pueden tenerse como el ejercicio del derecho estudiado.

- 10.-** Los residentes de un inmueble sometido a régimen de propiedad horizontal, deben acatar los reglamentos de copropiedad que prevén la conformación de un ente con órganos de deliberación y decisión, facultado para tomar decisiones que afecten e interesen a toda la comunidad. Las decisiones adoptadas por estos órganos son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando, se tomen en forma democrática, y no afecten derechos fundamentales, como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso, entre otros derechos. Por tanto, la única forma de sustraerse de las decisiones así adoptadas, es dejando de residir en el inmueble sometido a este régimen especial.
- 11.-** Todas las formas asociativas, gozan de plena libertad para determinar y autorregular ciertos aspectos básicos que conciernen a su objeto social, a su estructura, organización y funcionamiento, al señalamiento de los órganos de administración, a través de los que actúa, a las condiciones de ingreso de sus miembros, a las relaciones con éstos y a su permanencia y retiro de la misma, sin embargo, dicha libertad no es absoluta, porque debe ejercerse dentro del marco de la Constitución y de las restricciones impuestas por la vía legislativa.

- 12.-** El derecho de retirarse voluntariamente de una asociación no sólo es un derecho constitucional del asociado, sino que se erige además como una norma rectora del sistema cooperativo.
- 13.-** La continuidad de una cooperativa debe provenir de la voluntad clara de sus asociados de preservarla y no ser resultado de la prohibición a sus socios de retirarse de ella. Por esta razón, la ley 79 de 1988, que exige un mínimo de 20 cooperados para que exista la persona jurídica, no puede ser óbice para el ejercicio del derecho de asociación negativo.
- 14.-** Por regla general y en condiciones normales, el derecho de desafiliación de una cooperativa incluye también el de la devolución de los aportes.
- 15.-** Para las cooperativas financieras, multiactivas con sección de ahorro y crédito y de ahorro y crédito, al prestar un servicio público, el derecho de asociación negativo encuentra dos limitaciones. Según la primera de ellas, el cooperado no podrá retirar sus aportes si con ello afecta el capital mínimo irreductible que exige la ley y, según la segunda limitación, solo podrá retirar sus aportes cuando la

cooperativa supere su crisis financiera y exista certeza de que los terceros acreedores no se afectarán en sus derechos.

16.- Dentro de una organización privada, el derecho que le asiste al asociado para retirarse de tal persona jurídica podrá ser amparado a través de la tutela si tal conducta restrictiva de la organización comporta una violación exclusiva de sus derechos fundamentales. Por el contrario, si se le están violando derechos legales y existe otro mecanismo jurídico eficaz para suspender la violación de tales derechos la tutela no procede.

17.- Finalmente, aunque la Constitución en algunos aspectos parece insuficiente y de igual forma la ley no aporta los instrumentos suficientes para establecer el alcance de derechos e instituciones, tal como sucede en el caso del derecho de asociación y su aspecto negativo, son los jueces los llamados a establecer el alcance de esas normas. En el caso concreto, la acción de tutela fue el mecanismo a través del cual las hipótesis y situaciones fácticas llegaron a manos de los jueces y sin ella nunca hubieran existido pronunciamientos al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, Nuevos enfoques de los principios cooperativos en el mundo. Ediciones idelcoop. Rosario. 1966.

CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales. Temis. Santafé de Bogotá. 1992.

CONSEJO DE ESTADO AC 11769 de 2000

CONSEJO DE ESTADO AC 11955 de 2000

CONSEJO DE ESTADO AC 11313 de 2000

CONSEJO DE ESTADO AC 11207 de 2000

CORTE CONSTITUCIONAL T- 501 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL T- 020 de 1997

CORTE CONSTITUCIONAL T- 414 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL C- 531 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL T- 573 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL T- 340 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL T- 242 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL T- 347 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL C- 110 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL T- 169 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL T- 679 de 1997

CORTE CONSTITUCIONAL C- 041 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL T- 099 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL T- 003 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL T- 547 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL T- 543 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL T- 294 de 1998

CORTE CONSTITUCIONAL T- 544 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL C- 180 de 1997

CORTE CONSTITUCIONAL T- 247 de 1998

CORTE CONSTITUCIONAL C- 606 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL T- 374 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL T- 221 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL T-140 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL T- 037 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL T- 534 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL T- 278 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL Auto de 13 de marzo de 1997

CORTE CONSTITUCIONAL Agosto 24 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL Octubre 28 de 1992

GALGANO FRANCESCO, DERECHO COMERCIAL. Volumen II. Las sociedades. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.

LINARES QUINTANA. S.V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Alfa. Buenos Aires. 1956. Volumen 3.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos ; ARENAS, Carlos; CHARRY, Juan Manuel y HERNÁNDEZ, Augusto. Interpretación y Génesis de la

**Constitución de Colombia. Editorial Carrera 7ª . Santafé de Bogotá.
1992.**

**NARVAEZ, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava
Edición. Legis. Bogotá. 1998.**

**PAEZ, Juan L. El derecho de las asociaciones. Guillermo Kratf Editores.
Primera. Buenos Aires: 1940. Pág. 24**

**WEBER, Max. Economía y Sociedad. Primera Reimpresión Colombiana.
Fondo de Cultura Económica. Bogotá. 1997**