



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

**Boletín
jurídico**

No. 44

Octubre - Noviembre de 2005
ISSN-1794-4538

Superintendente Bancario (E)
Segismundo Méndez Méndez

Director Jurídico (E)
Jeannette Santacruz De La Rosa

Subdirector de Representación
Judicial y Ediciones Jurídicas
José Yesid Benjumea Betancur

Edición

Luis Fernando López Garavito
Myriam Stella Daza Correa

Diseño y Diagramación

Héctor Alirio Chitiva V.
Luz Mireya Barreto Aguirre
Neira Luz Calderón Martínez
Grupo de Comunicaciones y Publicidad

Publicación

Subdirección de Representación
Judicial y Ediciones Jurídicas

www.superbancaria.gov.co

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Portada:

"Templo del Sol"

*Museo Arqueológico - Sogamoso
Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez
Superintendencia Bancaria de Colombia
Año 2005*

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Decreto 3767 de 2005. Bolsa de Valores. Consejo Directivo	6
---	---

JURISPRUDENCIA

Defensor del cliente. Funciones y suplencia	10
Intereses. Reajuste de la UVR. Junta Directiva Banco de la República	19

CONCEPTOS

Entidad financiera pública. Contratación	32
Lista Clinton. Entidades financieras. Derechos humanos	34
Mesadas pensionales. Cuentas individuales. Comisiones. Cuota de manejo	41
Oficinas de representación. Régimen	46
Sociedades fiduciarias. Representante legal. Contratos fiduciarios	48
Relación de conceptos	56

TEMAS DE CONSULTA

Compañías de seguros. Riesgo operacional	60
Cooperativas. Unidad de materia. Ley 795 de 2003	60
Fondos de pensiones obligatorias. Régimen de inversiones	68
Hábeas data. Ley. Conflictos de interés	70
Prevención y control de actividades delictivas. Entidades vigiladas	78

RESEÑA GENERAL

Normas	80
Jurisprudencia	83
Otros pronunciamientos	87

Presentación

En este número, el Boletín Jurídico publica el Decreto 3767 de 2005, por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la integración de los consejos directivos de las bolsas de valores.

Con relación a la jurisprudencia financiera se publican dos sentencias del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad contra:

- a) el Decreto reglamentario 690 de 2003 contentivo de las atribuciones del Defensor del Cliente y la previsión de su suplente, fallo que niega las pretensiones de la demanda y,*
- b) el Decreto 234 de 2000, cuya nulidad se declara porque la materia regulada es de la órbita de competencia de la Junta Directiva del Banco de la República por cuanto se trata de fijar la tasa máxima de interés remuneratorio y moratorio para préstamos denominados en UVR.*

En materia de doctrina se incluye una selección de conceptos de la Superintendencia Bancaria que abordan temas de particular interés. En primer término se presenta un pronunciamiento sobre las sociedades de economía mixta con actividad financiera y las normas que rigen su objeto social. El segundo concepto aborda los efectos de la Lista Clinton y el acceso al sistema financiero. El siguiente concepto se pronuncia sobre la apertura de oficinas de representación de instituciones financieras o reaseguradoras del exterior, sus servicios autorizados y excepciones previstas en el Decreto 2951 de 2004. Igualmente, se edita un concepto relacionado con la representación legal en el marco de los contratos fiduciarios con precisiones sobre las operaciones de las sociedades y la administración. Por último, se incluye un pronunciamiento sobre las comisiones y cuotas de manejo cobradas por las entidades financieras por retiros de dinero de cuentas en las que se consignan mesadas pensionales.

Esperamos que el presente Boletín resulte de interés para nuestros suscriptores y lectores.

***Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas***

De especial interés

*Decreto 3767 de 2005. Bolsa de Valores.
Consejo Directivo*

BOLSA DE VALORES - CONSEJO DIRECTIVO.**Decreto 3767 de 2005***

(octubre 21)

Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la integración de los consejos directivos de las bolsas de valores

El Presidente de la República de Colombia

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 25 del artículo 1889 de la Constitución Política y el literal k) del artículo 4° de la Ley 964 de 2005

Decreta:

Artículo 1°. Integración de los consejos directivos de las bolsas de valores. Cuando menos el cuarenta por ciento (40%) de los miembros del consejo directivo de las bolsas de valores tendrán la calidad de independientes. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderán por independientes todas las personas naturales, salvo las que se encuentren en las siguientes situaciones:

1. Empleado o directivo de las bolsas de valores o de alguna de sus filiales o subsidiarias, incluyendo aquellas personas que hubieren tenido tal calidad durante el año inmediatamente anterior a la designación, salvo que se trate de la reelección de una persona independiente.
2. Accionistas que directamente o en virtud de convenio dirijan, orienten o controlen la mayoría de los derechos de voto de las bolsas de valores o que determinen la composición mayoritaria de los órganos de administración, de dirección o de control de la misma.
3. Socio o empleado de asociaciones o sociedades que presten servicios de asesoría o consultoría a las bolsas de valores, cuando los ingresos por dicho concepto representen para aquellos, el veinte por ciento (20%) o más de sus ingresos operacionales.
4. Empleado o directivo de una fundación, asociación o sociedad que reciba donativos importantes de las bolsas de valores. Se consideran donativos importantes aquellos que representen más del veinte por ciento (20%) del total de donativos recibidos por la respectiva institución.
5. Administrador de una entidad en cuya junta directiva participe un representante legal de las bolsas de valores.
6. Persona que reciba de las bolsas de valores alguna remuneración diferente a los honorarios como miembro del consejo directivo o de cualquier comité creado por el mismo.

* Diario Oficial 46.072 de octubre de 2005.

Parágrafo 1°. Las bolsas de valores podrán establecer en sus estatutos las calidades generales y particulares de los miembros que no tengan la calidad de independientes.

Parágrafo 2°. Los miembros independientes y los que no tengan tal calidad, serán elegidos mediante votaciones separadas, siguiendo el procedimiento a que se refiere el artículo 436 del Código de Comercio.

Parágrafo 3°. Las bolsas de valores podrán disponer en sus estatutos que no existirán suplencias en sus consejos directivos.

Artículo 2°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Jurisprudencia

*Defensor del cliente. Funciones
y suplencia*

*Intereses. Reajuste de la UVR. Junta Directiva.
Banco de la República*

DEFENSOR DEL CLIENTE - FUNCIONES Y SUPLENCIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta. Sentencia del 3 de noviembre de 2005. Radicación 48801.

Síntesis: *El Decreto Reglamentario 690 de 2003 no se aparta de la delimitación legal de las atribuciones del Defensor del Cliente, pues en manera alguna le da fuerza vinculante y menos con vocación de cosa juzgada a sus pronunciamientos en relación con los asuntos que conozca y decida en el ejercicio de sus funciones, que es lo propio de la función jurisdiccional. La previsión de un suplente tampoco excede la ley reglamentada, pues es claro que de esa forma se busca asegurar la continuidad de la función del Defensor del Cliente y, por ende, asegurar la necesaria ejecución de la ley. Se evidencia una interpretación muy personal de las disposiciones acusadas que no corresponden a su tenor, de modo que los cargos de la demanda de nulidad no prosperan y se niegan las pretensiones de la misma.*

«(...)

La Sala decide en única instancia la demanda que en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha sido interpuesta para que se declare la nulidad parcial de un decreto expedido por el Gobierno Nacional.

I. LA DEMANDA

El ciudadano (...), en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda para que en proceso de única instancia, la Sala acceda a las siguientes:

1. Pretensiones

Que declare la nulidad del Decreto 690 de 19 de marzo de 2003, *"por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 24 de la Ley 795 de 2003"*, expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público o, en subsidio, los apartes que a continuación se (resaltan):

(...)

"Artículo 2º. Funciones. El defensor del cliente de las entidades vigiladas tendrá como fun-

ciones ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, y conocer y resolver de forma objetiva y gratuita las quejas individuales, *dentro de los términos aquí establecidos, que estos le presenten relativas a un posible incumplimiento por parte de la entidad vigilada, de las normas legales o internas que rigen el desarrollo o ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos.*

Artículo 3º. Requisitos. El defensor del cliente ejercerá sus funciones con absoluta independencia de los organismos de administración de la entidad vigilada y, sus vinculadas, *y deberá garantizar la total imparcialidad y objetividad en la resolución de las quejas sometidas a su conocimiento.* El defensor del cliente no podrá desempeñar en la entidad para la cual fue designado como tal, su matriz, sus filiales o subsidiarias, funciones distintas a las previstas en la ley *y en el presente decreto*, y en todo caso podrá desempeñar sus funciones como tal simultáneamente en varias entidades vigiladas.

El defensor del cliente no podrá intervenir en los casos en los cuales tenga un interés particular y directo, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. *En este evento, el defensor impedido será reemplazado por su suplente.*

(...)

Artículo 4°. Designación y suplencia. El defensor del cliente *tendrá un suplente que lo reemplace en sus faltas absolutas o temporales*. Ambos serán, designados por la asamblea general de accionistas o de asociados de las entidades vigiladas *para un período de dos años* y podrán ser reelegidos indefinidamente por el mismo período. En la misma sesión en que sean designados deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas.

Parágrafo. *En el evento en que sea encargada una persona jurídica de desempeñarse como defensor del cliente, le corresponderá a ésta nombrar la persona natural que actuará como suplente de la persona natural encargada de ejercer dichas funciones.*

Artículo 5°. Vocería de clientes o usuarios. *Con el objeto de cumplir con su función de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, y de manera independiente de los asuntos relacionados con las quejas planteadas, el defensor del cliente podrá dirigir en cualquier momento a las juntas directivas o consejos de administración de las entidades vigiladas recomendaciones, propuestas, peticiones, de la actividad de las propias entidades que hubieran merecido su atención y que, a su juicio puedan mejorar, facilitar, aclarar o regularizar las relaciones, la correcta prestación del servicio, la seguridad y la confianza que debe existir entre las entidades vigiladas y sus clientes o usuarios. Las solicitudes, se realizarán a través del funcionario que cada institución haya designado para llevar a cabo sus relaciones con el defensor.*

Así mismo, los clientes o usuarios podrán dirigirse al defensor del cliente con el ánimo de que este formule recomendaciones y propuestas ante las entidades vigiladas, en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre las entidades vigiladas y sus clientes o usuarios.

Parágrafo. En el ejercicio de esta función el defensor del cliente no podrá solicitar información que esté sujeta a reserva.

Artículo 6°. Resolución de quejas. 1. En cumplimiento de sus funciones, al defensor del cliente le corresponde conocer, evaluar y resolver íntegramente, dentro de los términos esta-

blecidos en el presente decreto, las quejas que los clientes o usuarios de las entidades vigiladas le presenten acerca de posibles incumplimientos de normas legales o internas que rigen el desarrollo de las operaciones, contratos o servicios que ofrecen, prestan, o ejecutan las entidades vigiladas y que afecten directamente al cliente o usuario, así como las relativas a la calidad en la prestación de los servicios a cargo de la entidad.

2. *Están excluidos de la competencia del defensor del cliente los siguientes asuntos:*

a) *Los que no correspondan o estén directamente relacionados con el giro ordinario de las operaciones autorizadas a la entidad vigilada;*

b) *Los concernientes al vínculo laboral entre las entidades vigiladas y sus empleados;*

c) *Aquellos que se deriven de la condición de accionista de una entidad vigilada;*

d) *Los relativos al reconocimiento de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, así como el reconocimiento de las indemnizaciones o sumas aseguradas del contrato de seguros, salvo los que estén relacionados con la calidad del servicio en el reconocimiento en uno y otro caso, evento en el cual serán de conocimiento del defensor del cliente;*

e) *Los que se refieren a cuestiones que se encuentren en trámite o hayan sido resueltas en vía judicial, arbitral o administrativa;*

f) *Aquellos que correspondan a la decisión sobre la prestación de un servicio o producto, la celebración de un contrato y sus condiciones, o a la vinculación o admisión como cliente;*

g) *Los que se refieran a hechos sucedidos con tres (3) años de anterioridad o más a la fecha de presentación de la queja;*

h) *Las quejas que tengan por objeto los mismos hechos y afecten a las mismas partes y que hayan sido objeto de decisión previa por parte del defensor del cliente;*

i) *Las quejas cuya cuantía individual, sumados todos los conceptos, superen los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su presentación.*

Parágrafo. En la decisión de los asuntos sometidos a su competencia, el defensor del cliente no podrá establecer perjuicios o sanciones salvo aquellas que estén determinados por la ley o el acuerdo de las partes.

Artículo 7°. Procedimiento en la resolución de quejas. 1. El interesado iniciará su reclamación con la formulación de su queja ante el defensor del cliente, mediante documento que consigne sus datos personales, nombre, identificación, domicilio, la descripción de los hechos y los derechos que considere vulnerados. La queja podrá ser remitida a la dirección física o electrónica del defensor, o podrá ser presentada en las oficinas del defensor o en las agencias o sucursales de las entidades.

2. En el evento en que el defensor del cliente advierta, en su criterio, que la queja interpuesta corresponde a aquellas en interés general o colectivo, deberá dar traslado de la misma a la Superintendencia Bancaria para su trámite.

3. Una vez recibida la queja, el defensor del cliente decidirá si el asunto que se le somete es de su competencia o no. Si estimase que no lo es, negará su admisión, comunicando su decisión a la entidad involucrada y al cliente o usuario, *dentro del término de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente en que sea recibida la queja en su oficina o en las agencias o sucursales de la entidad, o en el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado para el efecto.*

Inadmitida una queja, el cliente o usuario podrá dirigirse a las autoridades administrativas o judiciales que considere competentes, y esta no podrá ser presentada de nuevo ante el defensor, mientras se mantengan las condiciones que dieron lugar al rechazo.

4. Si el defensor entendiese que para la admisión de la queja necesita conocer datos que debe facilitarle la entidad involucrada o el cliente o usuario, procederá a comunicarles a fin de que alleguen la información que le permita determinar sobre su admisión. En este evento, la entidad o el cliente o usuario deberán dar respuesta dentro de un término de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente en que se les remita la solicitud de información y una vez recibida la contestación, el defensor del cliente deberá resolver sobre la admisión dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente en que reciba la respuesta.

5. Se entenderá que la queja ha sido desistida si el cliente o usuario no aporta la información requerida por el defensor del cliente dentro del término mencionado en el numeral anterior. Ello, sin perjuicio que posteriormente pueda tramitar su queja con la información completa.

6. Admitida la queja el defensor dará traslado de ella a la respectiva entidad, a fin de que *allegue la información* y presente los argumentos en que fundamenta su posición. *En este evento, la entidad deberá dar respuesta dentro de un término de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente en que se le remita la solicitud de información, término que se ampliará hasta por otros cinco (5) días hábiles, en caso de requerirse, información de terceros ajenos a la entidad vigilada.*

7. Si después de iniciado el trámite de la queja el defensor tuviese conocimiento de la ocurrencia previa a la presentación de la queja, de alguna de las circunstancias mencionadas en el numeral 2 del artículo 6° del presente decreto o que una vez efectuada dicha presentación hubiese sobrevenido cualquiera de las circunstancias aludidas, el defensor dará por terminada su actuación, comunicando su decisión a la entidad vigilada y al cliente o usuario.

8. El defensor deberá estudiar la información aportada por las partes y tomará la decisión en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja.

9. La decisión que profiera el defensor deberá ser motivada y comunicada tanto al cliente o usuario, como a la propia entidad vigilada.

10. La queja se suspenderá de inmediato en el supuesto en que el interesado opte por acudir a la vía judicial.

11. Si el cliente o usuario no está satisfecho con la decisión, podrá someter su queja ante la Superintendencia Bancaria.

12. El cliente o usuario podrá desistir de su queja en cualquier momento, así mismo la entidad vigilada podrá rectificar su situación con el cliente o usuario en cualquier momento anterior a la decisión por parte del defensor del cliente. En ambos supuestos, se pondrá tal situación en conocimiento del defensor del cliente.

13. En el evento del numeral anterior, si la rectificación fuese a satisfacción expresa del reclamante o si se produce el desistimiento expreso del mismo, se procederá al archivo de la queja dando informe a ambas partes.

(...)

Parágrafo 2°. Las entidades vigiladas podrán acordar la publicación de aquellas decisiones que crean convenientes, dado su interés general, manteniendo en todo caso la reserva respecto a la identidad de las partes intervinientes. *Así mismo, la Superintendencia Bancaria podrá hacer públicas las decisiones que considere útiles para el logro de sus objetivos y funciones legales.*

(...)

Artículo 10. Obligaciones de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria en relación con la defensoría del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria adoptarán todas las medidas necesarias para el mejor desempeño de las funciones del defensor del cliente y para asegurar la total independencia de su actuación.

En particular, corresponde a las entidades vigiladas:

1. Aprobar anualmente un presupuesto de gastos adecuado al normal funcionamiento de los servicios del defensor del cliente.

2. *Colaborar con el defensor del cliente en todo aquello que facilite, haga más eficiente o eficaz el ejercicio de su cargo y especialmente, poner a su disposición toda la información necesaria que le sea solicitada para la resolución de las quejas sometidas a su conocimiento.* Para estos efectos, las entidades vigiladas deberán comunicarle al defensor el funcionario encargado de atender las comunicaciones entre la respectiva entidad y éste, de forma tal que las peticiones de información o de colaboración necesarias para el desempeño de las funciones del defensor respecto a las quejas o cuestiones suscitadas en relación con esa entidad se lleven a cabo a través de dicho funcionario, en los términos establecidos en el presente decreto.

3. *Hacer público e informar a sus clientes o usuarios, en las comunicaciones que dirija a estos, o en la forma que estimen pertinente, de la existencia y funcio-*

nes del defensor, de la dirección física y electrónica para contactarlo, así como de los derechos que les asisten para presentar sus quejas, la forma de interponerlas y el procedimiento para resolverlas.

4. *Recibir las quejas que sus clientes o usuarios puedan formularles respecto de la actuación del defensor y trasladarlas a la Superintendencia Bancaria para su evaluación.*

5. Informar al defensor del cliente de las decisiones que hayan sido aceptadas expresamente por las partes, con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Artículo 12. Causales de terminación. El defensor cesará el ejercicio de las funciones por cualquiera de las causas siguientes:

1. Expiración del plazo para el que fue nombrado, a menos que la asamblea general de accionistas o de asociados o delegados de las entidades vigiladas disponga su reelección.

2. Incapacidad sobreviniente.

3. Haber incurrido en alguna de las conductas señaladas en los incisos 3 y 4 del numeral 5 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 8° de la Ley 795 de 2003.

4. Renuncia.

5. Por decisión de la asamblea general de accionistas o de asociados o delegados, de las entidades vigiladas.

6. Por decisión de la Superintendencia Bancaria.

Parágrafo. Vacante el cargo, las entidades vigiladas procederán al nombramiento de un nuevo titular y su suplente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al que se produjo la vacante.

Hasta dicho nombramiento, las funciones del defensor del cliente serán atendidas por su suplente."

(...)

VI. DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. El acto acusado

El Decreto 690 de 19 de marzo de 2003, *"por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 24 de la Ley 795 de 2003"* fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003.

De él se pide la nulidad en su integridad o, subsidiariamente, las disposiciones del mismo que se (resaltan) en las ya transcritas en el punto de las pretensiones de la demanda.

2. Competencia de la Sala

Se trata, entonces, de un decreto reglamentario y por ende su control jurisdiccional le corresponde a la Sala mediante acción de nulidad, en proceso ordinario de única instancia.

3. Las excepciones

(...)

3.1 Respecto de la primera, la acción de nulidad no excluye que se invoque normas constitucionales entre las normas que se indiquen como violadas en la demanda, pues la nulidad puede originarse por violación de cualquier norma que le sea superior al acto administrativo acusado, independientemente del orden jerárquico de dicha norma.

La acción de nulidad no excluye que se invoque normas constitucionales entre las normas que se indiquen como violadas en la demanda, pues la nulidad puede originarse por violación de cualquier norma que le sea superior al acto administrativo acusado, independientemente del orden jerárquico de dicha norma.

De modo que no por invocarse como violada una disposición constitucional se está necesariamente incoando la acción de nulidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 237, numeral 2, de la Constitución Política, ya que ello puede ser parte de los cargos contra cualquier acto administrativo en todas las acciones contencioso administrativa de las "que son pasibles los actos administrativos según el caso".

3.2 En cuanto a la segunda, baste decir que la cosa juzgada sobre un asunto de competencia de esta jurisdicción sólo se configura en virtud de decisiones o providenciales proferidas en la mis-

ma jurisdicción, como igualmente ocurre en el ámbito de las demás jurisdicciones, de suerte que la Sentencia C-1150 de 2 de diciembre de 2003, que declaró exequibles los numerales 4.2, 4.3 y 4.4, de la Ley 795 de 2003, salvo el requisito de procedibilidad para presentar quejas ante la Superintendencia Bancaria, es cosa juzgada respecto de tales disposiciones legales y de los cargos allí des-

pachados, 'empero no en relación con los preceptos reglamentarios aquí demandados, puesto que ni su examen es de competencia de la Corte Constitucional ni fueron, por ello, enjuiciados en dicha sentencia y menos bajo los cargos que aquí se han formulado. Otra cosa es que lo expuesto en esa sentencia sirva como criterio auxiliar para esta jurisdicción y que lo decidido en ella se deba tener como cosa juzgada constitucional pero, se reitera, sólo en cuanto a los cánones legales allí enjuiciados, situaciones muy distintas de la cosa juzgada sobre el asunto del presente proceso.

En consecuencia, las excepciones propuestas se desestiman.

4. Examen de los cargos

4.1 Las normas que se invocan como violadas y el concepto de su violación

De las disposiciones impugnadas se dice que violan los artículos 116, 152, literal a), 189, numeral 11, y 228 de la Constitución Política, y 24 de la Ley 795 de 2003, por razones en las que el actor lo que les cuestiona es que facultan al Defensor del Cliente para conocer y resolver reclamaciones y quejas de los clientes, y que regulen el procedimiento para el trámite que ha de darle a tales quejas y reclamaciones, de donde deduce que le dan atribuciones jurisdiccionales permanentes y regulan el derecho de petición, regulación que sólo puede adoptarse mediante ley estatutaria y en varias de ellas se adoptan disposiciones no contempladas en la ley, e incluyen una serie de obligaciones a cargo de las entidades vigiladas que no están incluidas en la ley, por lo tanto exceden la norma reglamentada.

4.2 Las cuestiones a dirimir

Se observa, entonces, que el núcleo del asunto es saber si por las razones que esgrime el actor hubo o no exceso de la norma reglamentada, para cuya solución se hace necesaria

El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.

rio partir del texto de tal norma, que viene a ser el artículo 98, numeral 4.2 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según modificación que del mismo se hizo mediante el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, mediante el cual se establece la figura del Defensor del Cliente y que a la letra dice:

"4.2 Defensor del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán contar con un defensor del cliente, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, *así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios.*

El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.

Dentro de los parámetros establecidos en este numeral el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general señalará las reglas a las cuales deberá sujetarse la actividad del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Corresponderá a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigiladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas.

4.3 Procedimiento para el conocimiento de las quejas. "(...) *previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer*" aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el cliente o usuario deberá presentar su reclamación al defensor, quien deberá pronunciarse sobre ella en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el momento en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de las acciones judiciales que pueden presentar tanto clientes y usuarios como las mismas instituciones vigiladas a efectos de resolver sus controversias contractuales y de aquellas quejas que en interés general colectivo se presenten ante la Superintendencia Bancaria.

4.4 Sanciones. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del defensor del cliente será sancionado por la Superintendencia Bancaria en la forma prevista en la Parte Séptima del presente Estatuto. En los términos de dichas disposiciones las instituciones vigiladas podrán ser sancionadas por no designar al defensor del cliente, por no efectuar las apropiaciones necesarias para el suministro de los recursos humanos y técnicos que requiera su adecuado desempeño o por no proveer la información que necesite en ejercicio de sus funciones. El defensor del cliente podrá ser sancionado por el incumplimiento de las obligaciones que le son propias."

4.3 Confrontación con los textos enjuiciados

Sin mayor esfuerzo se observa que las facultades para conocer, tramitar y resolver las reclamaciones y quejas de los usuarios

respecto de los servicios del banco, le vienen dadas al Defensor del Cliente por la norma superior reglamentada, luego en ello no hay exceso de la potestad reglamentaria ni hay lugar a censurar el decreto por reproducir y precisar esas facultades, que por lo demás fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1150 de 2 de diciembre de 2003, en cuyas consideraciones, incluso, la califica como su función esencial, al decir: *"Igualmente, la facultad esencial del defensor del cliente (resolver quejas individuales) es, para todos los efectos, distinta a la de inspección y vigilancia, pues no tiene la competencia expresa para imponer sanciones ni para declarar responsabilidad administrativa. Por el contrario, su función se restringe a la de ser el vocero de los usuarios ante las entidades vigiladas y a la de conocer y resolver las quejas relacionadas con la prestación de los servicios"*.

Ahora, el alcance de esa facultad se ha de entender en la forma precisada por la citada corporación en la sentencia referenciada al considerar que *"esto indica que el defensor del cliente es una instancia mediadora al interior de las entidades financieras, que busca promover la solución ágil de las quejas presentadas por los usuarios ante la entidad, servir de instancia de autocomposición de conflictos y procurar que ciertos asuntos sean tratados por la entidad y el cliente, aunque ello no elimine la competencia de la Superintendencia Bancaria"*, y que *"la expresión 'resolver las quejas' se refiere a la capacidad del defensor de hacer recomendaciones, sugerencias o expresar su punto de vista sobre la prestación del servicio. Por lo tanto, tales pronunciamientos carecen en absoluto de fuerza vinculante tanto para la entidad vigilada, como para el ente de control. Ello explica que la Superintendencia Bancaria y la entidad vigilada no estén sometidas a las recomendaciones del Defensor y, en consecuencia, están en total libertad para decidir si aceptan o no sus sugerencias"*.

En lo que se refiere a la regulación del trámite, cabe decir que también se encuadra en lo previsto en la norma reglamentada, en cuanto en ella justamente se prevé que tales quejas y reclamos pueden ser presentadas, a

opción del cliente, ante el Defensor del Cliente y, como es apenas obvio, que éste debe darle un trámite en orden a "resolverlas" en el sentido expuesto en la comentada sentencia, para lo cual le otorga unas atribuciones básicas, como son las de recabar la información necesaria para ello, y le fija un término, que es el que se reproduce en las disposiciones impugnadas. El numeral 4.3, de la norma reglamentada precisamente establece que *"el cliente o usuario deberá presentar su reclamación al defensor, quien deberá pronunciarse sobre ella en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el momento en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja"*.

En ese orden, el numeral 4.4, ibídem le impone a las entidades financieras la obligación de suministrarle la información que requiera para atender las aludidas reclamaciones el prever que pueden ser sancionadas, entre otras razones, *por no proveer la información que necesite en ejercicio de sus funciones*, lo que también fue declarado exequible en la citada Sentencia C-1150 de 2003.

De modo que al estar señalados los extremos de dicho trámite, como son los sujetos, el objeto y el término, el decreto no hace otra cosa que precisar y desarrollar esos extremos, con lo cual no está regulando en modo alguno el derecho de petición, como lo piensa el demandante, sino un asunto privado que la ley ha querido que cuente con un mecanismo que facilite una solución concertada entre las

partes por la intervención de un tercero, como lo es el Defensor del Cliente.

En cuanto al carácter de las funciones del Defensor del Cliente, se tiene que al estar dadas esas funciones por la ley y que el decreto no se aparta de ellas, la cuestión se ha de tomar tal como esté configurada o determinada en la ley, y en ese orden la Corte Constitucional ya verificó el carácter de esas funciones, tal como lo han advertido la parte demandada, la tercera impugnante de la demanda y el Ministerio Público, en la sentencia precitada, de modo que la Sala se atiene a lo dicho en ella sobre el particular, y que para mejor ilustración traen los pronunciamientos pertinentes, así:

"19. Como resumen, podemos afirmar lo siguiente: i) el defensor del cliente no cumple ningún tipo de función pública, (resaltado de la Sala) ni administrativa, porque la ley no le confirió tal potestad. En efecto, la competencia que le fue atribuida no se enmarca en ninguna de las figuras de delegación, desconcentración o descentralización por colaboración. El tenor literal de las normas aplicables muestra que su naturaleza es eminentemente privada, lo que se sigue de su origen y financiación y sobre todo de la definición legal de sus competencias.

ii) Por lo anterior, sus funciones están restringidas a la vocería de los intereses de los usuarios de los servicios y a la resolución de quejas en interés particular a través de la mediación entre los usuarios y los representantes de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Las funciones del defensor del cliente no pueden entonces ser asimiladas o

El defensor del cliente no cumple ningún tipo de función pública, ni administrativa, porque la ley no le confirió tal potestad. En efecto, la competencia que le fue atribuida no se enmarca en ninguna de las figuras de delegación, desconcentración o descentralización por colaboración.

tenidas como funciones propias de control, inspección y vigilancia, o de control de gestión interna, disciplinario personal o institucional, o de cualquier otro tipo de control semejante pues la ley no le ha otorgado tales competencias.

iii) De otro lado, la expresión "resolver las quejas" se refiere a la capacidad del defensor de hacer recomendaciones, sugerencias o expresar su punto de vista sobre la prestación del servicio. Por lo tanto, tales pronunciamientos carecen en absoluto de fuerza vinculante tanto para la entidad vigilada, como para el ente de control. Ello explica que la Superintendencia Bancaria y la entidad vigilada no estén sometidas a las recomendaciones del Defensor y, en consecuencia, están en total libertad para decidir si aceptan o no sus sugerencias."

La Sala observa que el decreto reglamentario acusado no se aparta de esa definición y delimitación legal de las atribuciones del Defensor del Cliente, pues en manera alguna le da fuerza vinculante y menos con vocación de cosa juzgada, que es lo propio de la función jurisdiccional, a sus pronunciamientos en relación con los asuntos que conozca y decida en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, la previsión de un suplente tampoco excede la ley reglamentada, pues es claro que de esa forma se busca asegurar la continuidad de la función del Defensor del

Cliente y, por ende, asegurar la necesaria ejecución de la ley.

Así las cosas, lo que se evidencia es una interpretación muy personal que hace el actor del alcance o significado de las disposiciones acusadas y que no corresponden a su tenor, de modo que no es cierto que se dé la violación de las normas superiores invocadas como violadas, ya que nada de lo que en ellos se prevé se oponen a las mismas.

En resumen, los cargos de la demanda no prosperan, de allí que se deban negar las pretensiones de la misma, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad que el ciudadano (...) presentó contra el Decreto 690 de 19 de marzo de 2003, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 24 de la Ley 795 de 2003", y, en subsidio, contra los apartes de dicho decreto que se (resaltan) al inicio de esta providencia.

(...).»

*INTERESES - REAJUSTE DE LA UVR - JUNTA DIRECTIVA
BANCO DE LA REPÚBLICA*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. María Inés Ortiz Barbosa. Sentencia del 1º de septiembre de 2005. Radicación 13903.

Síntesis: *Acción pública de nulidad contra el Decreto 234 de 2000. Se declara la nulidad del citado decreto sin que esta decisión de lugar a la reliquidación de créditos. La materia regulada por la norma está en la órbita de competencia de la Junta Directiva del Banco de la República por cuanto se trata de fijar la tasa máxima de interés remuneratorio y moratorio para préstamos denominados en UVR.*

«(...)

Los ciudadanos (...), en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitan la nulidad y suspensión provisional del Decreto 234 de 2000 expedido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO ACUSADO

La demanda recae sobre el Decreto 234 de 2000, cuyo texto es el siguiente:

"Decreto 234 de 2000
(febrero 15)

por medio del cual se reglamenta el artículo 64 de la Ley 45 de 1990

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

Considerando:

Que la Ley 546 de 1999 estableció normas generales para regular un sistema de financiación de vivienda a largo plazo ligado al índice de precios al consumidor;

Que el artículo 3º de la mencionada ley, creó la unidad de valor real -UVR- como "una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, cuyo valor se calculará de conformidad con la metodología que establezca el Consejo de Política Económica y Social, Conpes";

Que el Conpes, en su sesión del 23 de diciembre de 1999, recomendó la metodología para el cálculo de la UVR, la cual fue adoptada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2703 de 30 de diciembre de 1999;

Que para el cálculo de la UVR, se debe tener en cuenta la variación mensual del índice de precios al consumidor certificada por el DANE para el mes calendario inmediatamente anterior al mes del inicio del período de cálculo;

Que esta metodología significa que durante los meses en los cuales estacionalmente es alta la inflación, la UVR tendrá un reajuste mayor que el que se presenta en meses de baja inflación; por esta razón, anualizar la inflación de un mes determinado, presupone que esa va a ser la inflación total del año, con lo cual se distorsiona la inflación real que puede resultar en dicho período;

Que los créditos individuales para vivienda a que se refiere la Ley 546 de 1999, deben tener un plazo de cinco (5) años como mínimo y treinta (30) años como máximo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 17 de la mencionada ley;

Que en consecuencia, en los créditos de vivienda denominados en UVR, al cabo de cada período anual la UVR se habrá reajustado con la inflación real ocurrida durante el año;

Que por lo tanto, para establecer mensualmente la tasa de interés efectivamente cobrada durante el período, es preciso eliminar la distorsión generada por la estacionalidad de la inflación para los créditos a largo plazo denominados en UVR,

Decreta:

Artículo 1°. De conformidad con el artículo 64 de la Ley 45 de 1990, para efectos de establecer el valor del reajuste de la unidad de valor real, UVR, se computará como interés en los créditos a largo plazo denominados en esta unidad, la Superintendencia Bancaria informará mensualmente la inflación registrada durante los doce meses inmediatamente anteriores, de acuerdo con las certificaciones publicadas por el Departamento Nacional de Estadística, DANE.

Dicha información, conjuntamente con la tasa remuneratoria pactada en cada operación de crédito, se utilizara para la determinación de la tasa de interés cobrada en el mes.

Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias."

LA DEMANDA

Se indican como violados los artículos 113, 150-1-2 y 154 de la Constitución Política; 64 de la Ley 45 de 1990; 3° y 17 de la Ley 546 de 1999.

El concepto de violación se explica en los siguientes términos:

La Superintendencia Bancaria en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1° del Decreto 234 de 2000, informó que el valor del reajuste de la UVR que computará como interés para los créditos a largo plazo en los meses de enero a julio de 2000, es de 9.23%, 7.25%, 9.73% 9.96%, 10.10% y 9.68%, respectivamente, según Circulares 98, 496, 198, 240, 306 y 367 de 2000.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-955 de 2000 declaró exequible el artículo 3° de la Ley 546 de 1999, salvo en las disposiciones que conferían al CONPES la facultad de establecer la metodología para el cálculo de la UVR, y al Gobierno Nacional la de determinar la equivalencia entre la UVR y la UPAC.

El Decreto 234 de 2000 crea un régimen jurídico al reajuste de la UVR, calculando como tasa de interés el promedio de las variaciones del IPC, circunstancia opuesta a la forma de cálculo decretada en la Ley 546. En consecuencia el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de sus funciones, pues no es competente para convertir el IPC en una tasa de interés que

refleja los movimientos monetarios de la economía a través de las captaciones y colocaciones de dinero, ni para ejercer la función legislativa que corresponde al Congreso.

Se desconoce la división tripartita del poder público y el mandato constitucional según el cual las Leyes que regulan la actividad financiera no pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno.

La ley no estipuló que el IPC computara como interés en los créditos a largo plazo denominados en UVR. Además, la Superintendencia Bancaria toma como doctrina el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, 1276 de julio 5 de 2000, en el aparte que dice "según el artículo 717 del Código Civil los intereses de capitales exigibles se llaman frutos civiles, al igual que los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo. Dichos frutos civiles, agrega la misma norma, se llaman pendientes mientras se deben y percibidos desde que se cobran (...)". Esta definición confirma que los intereses pendientes de un capital hacen parte del derecho de usufructo y su tratamiento legal debe contener condiciones específicas tanto para el deudor como para el acreedor.

El Decreto 234 estableció que la UVR computa como intereses, haciendo concordancia con el artículo 64 de la Ley 45 de 1990. La Superintendencia Bancaria aplicó la norma para los meses de enero a julio de 2000, sin que la ley hubiera sido modificada en este aspecto, como lo confirma la Sentencia C-955. Tampoco se podría pensar que el DANE tiene atribuciones de entidad que controla y determina el sector financiero.

La Superintendencia Bancaria a través de la Circular Externa 14 de 1997, define los tipos de intereses aceptables con su significado y ejemplos que explican cuál es el tipo efectivo de interés anual pagado por mes.

Desde el punto de vista teórico los tratadistas definen los intereses simples y compuestos, y los elementos de los mismos, esto es: capital, intereses y tiempo. Conforme a tales definiciones quiere decir que a la UVR se le está dando el mismo tratamiento de una tasa de interés, cuando simplemente es una medida que facilita una clasificación y que no tiene en sí misma relación con un valor en pesos. Para validar lo anterior se transcriben apartes de lo expresado por la accionante en su intervención contenida en la Sentencia C-955, respecto a los conceptos de interés e inflación.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante Auto de julio 3 de 2003 y se negó la medida de suspensión provisional solicitada. Decisión confirmada con Auto de agosto 28 de 2003.

Mediante Oficio 038830 radicado el 15 de octubre de 2003 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que el decreto acusado carece de antecedentes administrativos.

OPOSICIÓN

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al contestar la demanda argumentó en defensa de la legalidad del acto acusado, en resumen, lo siguiente:

El accionante pretende mediante la acción de nulidad incoada, forzar un pronunciamiento contrario sobre aspectos en donde la Corte Constitucional ha sido clara al establecer la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley 546 de 1999, en lo referente a las facultades del Gobierno Nacional en materia de regulación del sistema de la UVR.

El Decreto 234 de 2004 no establece función adicional a las previstas en la ley para la Superintendencia Bancaria y el DANE, dado que la primera cumple con una labor informativa que parte necesariamente de la certificación de la tasa de interés bancario corriente prevista en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La parte actora omite señalar una fundamentación razonada acerca de la violación a las normas constitucionales que cita, tal como está previsto en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, y lo ha precisado la jurisprudencia.

El actor confunde aspectos de orden económico, ya que el IPC mide el comportamiento de la inflación, esto es el aumento sostenido de los precios en la economía, labor que se cumple en forma mensual.

El aumento de los precios hace que el valor del capital de la obligación se vea desactualizado en la medida en que el tiempo transcurra y la inflación crezca, y además impide que la tasa remuneratoria de la obligación tenga como referente un capital que no corresponde a la realidad económica. Para que el sistema financiero funcione adecuadamente, en especial en las obligaciones a largo plazo, es necesario que se permita el reconocimiento de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que genera la inflación, tal como lo entendió la Corte en su Sentencia C-955 en relación con el artículo 3°, donde se concluye que la definición de la UVR se ajusta a la Constitución, siempre y cuando dicha unidad al reflejar el poder adquisitivo de la moneda se base exclusivamente en el IPC.

El Decreto 234 de 2000 al reglamentar el artículo 64 de la Ley 45 de 1990, simplemente adecúa, mediante una reglamentación apropiada, la norma legal al ajuste introducido por la Ley 546 de 1999.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora reitera en esta oportunidad los cargos de la demanda y adicionalmente observa que el artículo 64 de la Ley 45 de 1990 se refiere a los límites de los intereses en los que la corrección monetaria es un rendimiento, más no un interés, así se establezca con base en la inflación, dado que los rendimientos se asimilan a los intereses, pero sólo para efectos de establecer el límite de los mismos.

Agrega que la Constitución, la ley y la jurisprudencia de las Altas Cortes, proscriben cualquier elemento extraño que afecte la inflación certificada por el DANE a través del IPC, y que aumente el valor de la UVR en forma desproporcionada, generando un mayor cobro en la tasa de interés remuneratoria en los créditos de vivienda.

Presenta a título de ejemplo la liquidación de intereses de un crédito por \$10.000.0000, denominado en UVR, con base en el cual concluye que el cobro en exceso de intereses asciende en este caso a la suma de \$6.056.395, sin perjuicio de lo ordenado por el artículo

884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999. Al efecto adjunta una gráfica que muestra el comportamiento de la UVR.

La parte opositora advierte que la Ley 45 de 1990 tuvo origen en la necesidad de actualizar la legislación nacional en materia cambiaria a los estándares internacionales, así como otras recomendaciones del Comité de Basilea para supervisión bancaria. Ley que fue expedida al amparo de la Constitución de 1886, en cuyo esquema se contemplaban las facultades del Gobierno Nacional para expedir "reglamentos autónomos constitucionales", con el objeto de regular lo relacionado con el manejo y aprovechamiento del ahorro privado. Y si bien en la actualidad el marco de intervención en el sector financiero está regulado por el Decreto Ley 663 de 1993 y las Leyes 510 de 1999 y 546 de 1999, el Ejecutivo conserva en la actualidad la facultad de expedir otro tipo de normas de orden reglamentario de forma complementaria a la función de intervención, facultades que responden a una labor administrativa.

Advierte que el decreto acusado no se expidió al amparo de facultades reglamentarias ni hace parte del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Sobre los cargos formulados reitera los fundamentos expuestos en la contestación a la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación conceptúa en los siguientes términos:

El Presidente de la República al expedir el Decreto acusado no transgrede los artículos 113 y 150 numerales 1 y 2 de la Constitución, porque no ejerció facultades propias del legislador, simplemente ejerció la facultad de reglamentar que le atribuye el artículo 189 numeral 11 de la Carta, como lo expresa el mismo Decreto al decir "*se reglamenta el artículo 64 de la Ley 45 de 1990*".

Carece de sentido el cargo que afirma violación al artículo 154 de la Constitución porque esta norma se refiere a las leyes que expida el Congreso y no a los decretos que profiera el Presidente de la República.

No se observa ninguna contradicción entre lo reglamentado en el artículo 1° del Decreto 234 de 2000 y lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 45 de 1990, sino más bien una correspondencia, puesto que ambos prevén que el valor del reajuste de la UVR "*computará como interés*".

La circunstancia de que el decreto acusado, disponga que para determinar el valor del reajuste de la UVR, se debe tener en cuenta la inflación registrada durante los doce meses anteriores, no constituye desconocimiento del artículo 64 de la Ley 45, ya que esta última no previó cómo se establecería el reajuste, y al no considerar esa situación, el Presidente de la República, para evitar que la ley fuera inoperante, podía mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, señalar reglas para la determinación de aquel valor.

Además debe tenerse en cuenta que el artículo 3° de la Ley 546 de 1999, expresa que la UVR refleja el poder adquisitivo, con base en la variación del IPC. No se debe declarar en consecuencia la nulidad del decreto acusado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por haber sido negado el proyecto de fallo presentado por la doctora Ligia López, corresponde a este Despacho presentar nuevo proyecto en el que se recoge la posición mayoritaria de la Sala.

De acuerdo con los términos de la demanda, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 234 de 2000, convirtió el IPC en una tasa de interés, para ser aplicada a los créditos denominados en UVR, modificando en tal sentido los artículos 3º y 17 de la Ley 546 de 1999, y contrariando lo precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-955 de 2000, en cuanto a que se proscribe cualquier elemento extraño que afecte el valor de la UVR, con lo cual habría excedido el Ejecutivo sus facultades constitucionales en cuanto a su intervención en la actividad financiera.

Al respecto proceden las siguientes consideraciones:

Con la expedición de la Ley 546 de 1999 *"por la cual se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para financiación de vivienda individual a largo plazo"*, se sustituyó el sistema UPAC por la Unidad de Valor Real UVR, que se define como una unidad de cuenta determinada con base exclusivamente en el índice de precios al consumidor -IPC- así:

"Artículo 3º. Unidad de valor real (UVR). La unidad de valor real (UVR) es una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, cuyo valor se calculará de conformidad con la metodología que establezca el Consejo de Política Económica y Social, Conpes. Si el Conpes llegara a modificar la metodología de cálculo de la UVR, esta modificación no afectará los contratos ya suscritos, ni los bonos hipotecarios o títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria de vivienda ya colocados en el mercado.

El Gobierno Nacional determinará la equivalencia entre la UVR y la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, así como el régimen de transición de la UPAC a la UVR."

La Corte Constitucional en la Sentencia C-955 de julio 26 de 2000, encontró ajustada a la Constitución la norma, en cuanto define el concepto de la UVR y establece una base primordial, el IPC, para la posterior regulación de la actividad financiera que se desarrolle dentro de ese sistema. Sin embargo advirtió al considerar el contenido mismo de la definición, que en virtud del mandato previsto en el artículo 372 de la Constitución, la facultad para establecer la metodología de cálculo de la UVR correspondía a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria y crediticia, y no al Conpes, como organismo integrante de la Rama Ejecutiva.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declaró inexecutable las disposiciones que se resaltan de la norma, y exequible el precepto normativo en lo demás *"(...) en el entendido de que la Junta Directiva del Banco de la República deberá proceder, una vez comunicada esta sentencia, a establecer el valor de la UVR, de tal manera que ella incluya exclusiva y verdaderamente la inflación, como tope máximo, sin elemento ni factor adicional alguno, correspondiente exactamente al IPC. Bajo cualquiera otra interpretación o aplicación, la norma se declara INEXEQUIBLE."*

En el artículo 17 de la misma Ley 546, se consagraron los criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para establecer en lo de su competencia, las condiciones de

los créditos de vivienda individual a largo plazo, denominados exclusivamente en UVR, entre ellos el siguiente:

"2. Tener una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR, que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse. Dicha tasa de interés será fija durante toda la vigencia del crédito, a menos que las partes acuerden una reducción de la misma y deberán expresarse única y exclusivamente en términos de tasa anual efectiva."

La Corte Constitucional al decidir en la Sentencia C-955 sobre la exequibilidad de la anterior disposición hizo las siguientes precisiones:

"Que los créditos tengan una tasa de interés remuneratoria no contraviene la Constitución, pues es lícito que el prestamista obtenga un rendimiento. Pero esta Corte estima que *sí resulta abiertamente opuesto a la Carta Política que esa tasa de interés no tenga límite alguno y que en ella se vuelvan a incluir los puntos del aumento de la inflación.*

En la tasa de interés nominal, esto es, la que se dice que se está cobrando, no está comprendido solamente el rendimiento que percibe el rentista por el servicio de prestar, sino que están incluidos los siguientes elementos:

- La indemnización del acreedor por la disminución del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia de la inflación, *de manera que en los puntos del interés nominal están incluidos los de la inflación.*
- Los gastos administrativos y de operación efectivos en que incurra el ente financiero.
- La remuneración a que tiene derecho la entidad prestamista, en desarrollo de su negocio, es decir, lo que gana por el préstamo, que no puede ser sino proporcional y adecuado al servicio que presta, y que debe estar intervenida por el Estado en los préstamos de vivienda, como se ha dicho.

Si de la tasa de interés nominal deducimos los puntos correspondientes a la inflación, queda un tasa real. Para la Corte, la tasa real debe incluir la rentabilidad más costos administrativos, los que obviamente deben ser probados y aparecer en los registros contables.

Como en los préstamos de vivienda en UVR, en el sistema de la ley examinada, el saldo del capital prestado es actualizado al ritmo de la inflación, en dicha unidad de cuenta ya está comprendida la inflación. Incluir la de nuevo en los intereses es cobrarla doble, lo cual, de acuerdo con lo expuesto, es inconstitucional. Luego, para que la norma

**Que los créditos tengan una
tasa de interés remuneratoria
no contraviene la
Constitución, pues es lícito
que el prestamista obtenga un
rendimiento. Pero esta Corte
estima que *sí resulta
abiertamente opuesto a la
Carta Política que esa tasa de
interés no tenga límite alguno
y que en ella se vuelvan a
incluir los puntos del
aumento de la inflación.***

no sea declarada inexecutable, debe entenderse que la tasa remuneratoria solo es la tasa real, esto es, la nominal menos la inflación.

(...) Entonces, la Junta Directiva del Banco de la República, en su condición de autoridad monetaria y crediticia, mediante acto motivado en que se justifique su decisión, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratoria que se puede cobrar por las entidades financieras en este tipo de crédito.

El numeral 2, objeto de consideración, manifiesta que la tasa de interés remuneratorio será "calculada sobre la UVR".

Esta parte de la disposición es executable *siempre y cuando se entienda que lo que debe ser objeto de actualización son los saldos insolutos*, a medida que se paguen las cuotas por el deudor, amortizando en ellas desde el principio a capital, como en esta sentencia (se) prevé (Resaltados fuera de texto).

3. Declárase EXEQUIBLE, con las salvedades y condicionamientos aquí previstos, el artículo 17 de la Ley 546 de 1999. La executable de este precepto se declara únicamente si se lo entiende y aplica bajo las siguientes condiciones:

- El numeral 2 es executable en el sentido de *que la tasa de interés remuneratoria a que se refiere no incluirá el valor de la inflación*, será siempre inferior a la menor tasa real que se esté cobrando en las demás operaciones crediticias en la actividad financiera, según certificación de la Superintendencia Bancaria y su máximo será determinado por la Junta Directiva del Banco de la República."

Bajo los parámetros expuestos y frente a los cargos formulados en la demanda, la Sala observa:

El decreto acusado fue expedido por el Presidente de la República, invocando las facultades reglamentarias conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, con el fin de reglamentar el artículo 64 de la Ley 45 de 1990 "*por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones,*" en cuanto dispone:

"Artículo 64. **Aplicación de las normas sobre límites a los intereses.** Para efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés."

Por su parte el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999, artículo 111, al que remite la norma, expresa:

"Artículo 884. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y medio veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

Como se observa, la norma que es objeto de reglamentación mediante la disposición acusada regula los aspectos que tienen relación con el límite de los intereses remuneratorios y moratorios que pueden cobrarse en los créditos pactados en UPAC, los que en vigencia de este sistema corresponden a los créditos destinados a la financiación de vivienda individual a largo plazo, y al efecto se indica, que tratándose de tales créditos, la corrección monetaria

Como se observa, la norma que es objeto de reglamentación mediante la disposición acusada regula los aspectos que tienen relación con el límite de los intereses remuneratorios y moratorios que pueden cobrarse en los créditos pactados en UPAC, los que en vigencia de este sistema corresponden a los créditos destinados a la financiación de vivienda individual a largo plazo, y al efecto se indica, que tratándose de tales créditos, la corrección monetaria constituye un factor de cómputo de la tasa de interés.

constituye un factor de cómputo de la tasa de interés, el cual, como se sabe, incluía a su vez un factor de actualización del valor de la deuda, basado en la variación de las tasas de interés en el mercado financiero (DTF), que fue precisamente la razón para considerar dicho sistema contrario a la equidad, la justicia y la vigencia de un orden justo que pregonaba el artículo 2º de la Constitución¹.

La disposición prevista en el artículo 1º del decreto impugnado se aplica a los créditos de vivienda a largo plazo denominados en UVR, y para el efecto deberá adicionarse a la tasa remuneratoria pactada, el promedio del índice de inflación informado por la Superintendencia Bancaria, con base en lo certificado por el DANE. Es así como se dispone que para efectos de establecer el valor del reajuste de la UVR, *"se computará como interés en los créditos a largo plazo denominados en esta unidad (...) la inflación registrada durante los doce meses inmediatamente anteriores (...) conjuntamente con la tasa remuneratoria pactada en cada operación de crédito (...) para la determinación de la tasa de interés cobrada en el mes"*.

Lo anterior significa que según el reglamento, "la tasa remuneratoria pactada en cada operación de crédito", debe incrementarse en los puntos de interés que resulten del promedio de la inflación certificada por el DANE, con lo cual se estaría modificando la tasa de interés remuneratoria, que según la Ley 546, "será fija durante la vigencia del crédito", de acuerdo con lo dispuesto por la Junta Directiva del Banco de la República, "mediante acto motivado en el que se justifique su decisión", y que en todo caso dicha tasa será inferior a "todas las tasas reales" que se estén cobrando en el sistema financiero según certificación de la Superintendencia Bancaria, como lo advirtió la Corte Constitucional en la Sentencia C-955 de 2000.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-383 de mayo 27 de 1999

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el Decreto 234 de 15 de febrero de 2000, es expedido con anterioridad a la fecha en que se profirió la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000, surge a partir del pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional en la citada providencia, una inconstitucionalidad sobreviniente que desvirtúa la legalidad del decreto reglamentario acusado, motivada por la incompetencia del Gobierno Nacional para expedirlo, pues no cabe duda que la materia regulada por reglamento, está en la órbita de la competencia que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República.

Para la Sala el procedimiento reglamentario contradice abiertamente los criterios y parámetros que rigen el sistema especializado de financiación de vivienda previsto en la Ley 546 de 1999, puesto que tratándose de los préstamos de vivienda denominados en UVR, el saldo del capital prestado ya está actualizado al ritmo de la inflación.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que tratándose de regular el régimen de financiación de vivienda a largo plazo previsto en la Ley 546 de 1999, es competencia privativa de la Junta Directiva del Banco Emisor, fijar los límites de las tasas máximas de interés que pueden cobrar las entidades financieras para los créditos de vivienda denominados en UVR, por lo que en este aspecto no tiene el Gobierno Nacional facultad de regulación, tal como precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-955.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el Decreto 234 de 15 de febrero de 2000, es expedido con anterioridad a la fecha en que se profirió la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000, surge a partir del pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional en la citada providencia, una inconstitucionalidad sobreviniente que desvirtúa la legalidad del decreto reglamentario acusado, motivada por la incompetencia del Gobierno Nacional para expedirlo, pues no cabe duda que la materia regulada por reglamento, está en la órbita de la competencia que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República, por cuanto se trata es de fijar la tasa máxima de interés remuneratoria y moratoria (art. 884 C. de Co.) que pueden cobrar las entidades financieras a los créditos a largo plazo denominados en UVR, que son los de vivienda, en los términos posteriormente precisados por la Corte.

Según el 5° considerando del decreto acusado, la metodología analizada en las motivaciones que lo preceden, "(...) durante los

meses en los cuales estacionalmente es alta la inflación, la UVR tendrá un reajuste mayor que el que se presenta en meses de baja inflación; por esta razón, anualizar la inflación de un mes determinado, presupone que esa va a ser la inflación total del año, con lo cual se distorsiona la inflación real que puede resultar en dicho período".

Para la Sala en caso de darse efectivamente las anotadas distorsiones, que podrían eventualmente afectar el valor de la UVR y por ende aumentar la carga crediticia para el usuario, la facultad de regular el valor de la unidad permanece en cabeza de la Junta Directiva del Banco de la República, en la cual recae el deber de adoptar las medidas que permitan eliminar o reducir los efectos de tales distorsiones, en beneficio de los usuarios de este sistema.

Es diferente la facultad que se reconoce a la Superintendencia Bancaria, para certificar sobre las tasas de interés nominal que se estén cobrando en el sistema financiero (num. 6 artículo 326 EOSF), con la finalidad específica de que con base en dicha certificación, la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad monetaria y crediticia, fije la tasa máxima de interés remuneratoria que se puede cobrar por las entidades financieras para los créditos de vivienda denominados en UVR.

Bajo las anteriores consideraciones procede la declaratoria de nulidad del decreto acusado. Sin embargo se advierte que esta decisión no da lugar a reliquidaciones de créditos, por las siguientes razones:

El 11 de agosto de 2000, la Junta Directiva del Banco de la República expidió la Resolución Externa 13, con base en la cual se llevaron a cabo las reliquidaciones de los créditos de vivienda, antes pactados en UPAC, para ajustarlos a la nueva unidad UVR.

Es diferente la facultad que se reconoce a la Superintendencia Bancaria, para certificar sobre las tasas de interés nominal que se estén cobrando en el sistema financiero (num. 6 artículo 326 EOSF), con la finalidad específica de que con base en dicha certificación, la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad monetaria y crediticia, fije la tasa máxima de interés remuneratoria que se puede cobrar por las entidades financieras para los créditos de vivienda denominados en UVR.

En la citada resolución se reitera la metodología para el cálculo de la UVR, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 546 de 1999, metodología que ya había sido prevista en el Decreto 856 de 1999 y que fue ratificada mediante el Decreto 2703 de diciembre 30 de 1999, cuya nulidad fue denegada por esta Corporación en las Sentencias de marzo 20 del 2003, Expediente 13087, Actor: (...), C.P. Ligia López Díaz y de julio 15 del 2004, Expediente 13088, Actor: (...), C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

De otro lado, para el período comprendido entre el 1° de enero y el 10 de agosto del año 2000 (fecha de expedición de la Resolución 13), la forma de calcular la UVR para efectos de los créditos de vivienda, fue regulada por el Decreto 2703 de 1999, que como se puede apreciar en la sentencia que decidió sobre su legalidad², uno de los factores de la fórmula ya contemplaba la variación mensual del índice de precios al consumidor durante el mes anterior.

Lo anterior significa que desde el 1° de enero del año 2000 hasta el 10 de agosto del mismo año, la metodología para el cálculo de la UVR estuvo regulada por el Decreto 2703 de 1999 y a partir de esa fecha y hasta hoy, está regulada por la Resolución 13 del 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Además, la tasa de interés remuneratoria, fue fijada mediante la Resolución Externa 14 del 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, la cual fue demandada y esta Sección al decidir sobre su legalidad en las Sentencias de 12 de octubre del 2001, Expediente 11151, Actor: (...) y otros, C.P. Germán Ayala Mantilla y de marzo 1° del 2002, Expediente 11404, Actor: (...), C.P. Ligia López Díaz, negó la nulidad pretendida.

Por las razones anotadas se reitera que no procede reliquidación de créditos de vivienda denominados en UVR, por causa de la nulidad que habrá de decretarse en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

DECLÁRASE la nulidad del Decreto 234 de febrero 15 de 2000, expedido por el Gobierno Nacional.

(...).»

2 Sentencia de 10 de junio del 2004, Expediente 12631, Actor: (...), C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Conceptos

Entidad financiera pública. Contratación

Lista Clinton. Entidades financieras.

Derechos humanos

Mesadas pensionales. Cuentas individuales.

Comisiones. Cuota de manejo

Oficinas de representación. Régimen

Sociedades fiduciarias. Representante legal.

Contratos fiduciarios

Relación de conceptos

Entidad financiera pública - Contratación

Concepto 2005042214-3 del 9 de septiembre de 2005

Síntesis: *Las sociedades de economía mixta con actividad financiera se rigen por normas de derecho privado para el desarrollo de su objeto y por la Ley 80 de 1993 en lo relacionado con la contratación pública administrativa.*

«(...) solicita las normas que regulan la contratación de instituciones financieras estatales.

Al respecto, proceden los siguientes comentarios:

Como es sabido, de conformidad con lo señalado en los artículos 85 y 97 de la Ley 489 de 1999, el Estado puede a través de sus empresas industriales y comerciales del Estado¹ o de las sociedades de economía mixta² desarrollar actividades de naturaleza

1 "Artículo 85. *Empresas industriales y comerciales del Estado.* Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa y financiera;
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo. Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.

2 Artículo 97. *Sociedades de economía mixta.* Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

industrial o comercial propia de los particulares de acuerdo con las reglas del derecho privado, situación a la que no escapan algunas de las entidades cuyo objeto es la prestación de la actividad financiera.

Ahora bien, a voces del artículo 93 de la mencionada ley, los actos que expiden las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial y comercial o de gestión económica se sujetan a las disposiciones del derecho privado, mientras que los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de las entidades estatales.

En tal sentido, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta dedicadas a la actividad financiera en el desarrollo de las operaciones propias del objeto se rigen por las normas de derecho privado, en tanto que para aspectos relacionados con la contratación administrativa se regulan por lo consagrado en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la reglamenta.

participación superior al cincuenta por ciento (50%).

De igual manera, el artículo 32 de dicha ley dispone en el párrafo primero que: *"sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades"* (Resaltado extratextual).

En tal sentido, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta dedi-

Así mismo, a la luz de lo dispuesto en el párrafo del artículo 97 de la precitada ley, los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la nación es igual o superior al 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por su parte, el artículo 2º de Ley 80 de 1993, conocida como ley de la contratación de la administración pública, consagra el ámbito de aplicación de la misma, dentro de los cuales se encuentran las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una

cadadas a la actividad financiera en el desarrollo de las operaciones propias del objeto se rigen por las normas de derecho privado, en tanto que para aspectos relacionados con la contratación administrativa se regulan por lo consagrado en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la reglamenta.

Debe señalarse que a la Superintendencia Bancaria de Colombia, según las facultades consagradas en la ley, le corresponde supervisar que dichas entidades -al igual que las demás de carácter privado que realizan tal actividad- en el desarrollo de las operaciones propias de su objeto social se ajusten a

las normas que regulan la materia, entre otras las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), las instrucciones impartidas por este organismo (Circular Básica Jurídica, Circular Básica Contable y Financiera), las disposiciones del Código de Comercio o el régimen cooperativo, según el caso, en lo que no riñan con las disposiciones de carácter especial. Sin embargo, no le compete la vigilancia sobre la gestión de la contratación pública administrativa que las mismas realizan en el ejercicio de su actividad.

Finalmente, es necesario precisar que teniendo en cuenta la naturaleza de los recursos que conforman estas sociedades existe reglamentación adicional, diferente a las atrás anotadas, que deben ser observada por éstas como por ejemplo la Ley 863 de 2003 (que prorroga en algunos aspectos la vigencia de la Ley 716 de 2001) sobre el saneamiento de la información contable en el sector público. Así mismo deberá tener en cuenta los parámetros y directrices que fijó la Contraloría General de la República para efecto de vigilancia y control fiscal (...).»

Lista Clinton - Entidades financieras - Derechos humanos

Concepto 2005035801-4 del 3 de agosto de 2005

Síntesis: *Lista Clinton y acceso al sistema bancario, de seguros y previsión social, causal objetiva para no negociar con quienes están incluidos en ella. El pronunciamiento sobre la presunta violación de los derechos humanos por la aplicación de la Lista Clinton compete exclusivamente a los jueces de la República.*

«(...) refiere algunos antecedentes de las inconformidades que los peticionarios han venido presentando como violatorias de los derechos humanos, con ocasión de la aplicación de la denominada "Lista Clinton" (...).

Analizado el contenido de la petición junto con el anexo remitido, proceden las siguientes consideraciones en relación con situaciones similares que se han ventilado previamente ante esta Superintendencia sobre la Orden Ejecutiva 12.978 proferida por el Presidente de los Estados Unidos de América, comúnmente conocida como "Lista Clinton" y que de la misma manera resultan aplicables al caso en estudio.

Tal como lo ha sostenido esta entidad en reiteradas oportunidades respecto del tema objeto de la situación a que alude su petición¹ (...), nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las entidades financieras y aseguradoras el principio de la autonomía de la voluntad privada y

1 Oficios 2004015605-2 del 22 de abril de 2004, 2004053989-2 del 15 de octubre de 2004, 2004063698-2 del 9 de diciembre de 2004, 2004061688-1 del 14 de enero de 2005 y 2005010672-2 del 8 de marzo de 2005 entre otros.

libertad de contratación en el desarrollo de su actividad. Dicho principio -el cual tiene rango constitucional dado que se deriva de varios derechos consagrados en la Carta Política²- otorga a todos los particulares, dentro de ellos las entidades vigiladas, plena libertad para escoger y decidir libremente con quienes celebran sus negocios o a quienes brindan sus servicios.

Sin embargo, la naturaleza especial de la actividad que desarrollan las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, reconocida ésta por la Carta Política al imponer el control y vigilancia permanente del Estado respecto de ellas, limita expresamente ese principio de autonomía de la libertad privada. En ese sentido, ha sostenido la Corte Constitucional que dicha autonomía "*se encuentra restringida o limitada: (i) Por la naturaleza especial de la actividad que prestan; (ii) Por la circunstancia de ser el crédito y el aborro instrumentos necesarios para garantizar los derechos de las personas; (iii) Por la prohibición constitucional de no abusar de los derechos propios; (iv) Por el principio de prevalencia del interés público; (v) Por la vigencia del principio de solidaridad y, adicionalmente; (vi) Por las exigencias éticas de la buena fe*"³.

Tal limitación, al sentir de esa Corporación "*(...) no significa que la Constitución le imponga a las instituciones financieras restricciones desproporcionadas que desborden el núcleo esencial del derecho a la autonomía privada*, como serían la obligación de aprobar automáticamente todo tipo de créditos, '*(...) pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente (...)*' " (se resalta, Sentencia T-468 de 2003).

Así las cosas, a efectos de atender las inquietudes planteadas por los señores (...), este Despacho expondrá las consideraciones pertinentes en lo que atañe a su competencia, tanto de tipo legal y jurisprudencial que han sido expuestas frente a situaciones de similar naturaleza y (...), como a algunos de los aspectos fundamentales a tratar: El acceso al sistema bancario y a la seguridad social (cesantías y pensiones), sin perjuicio del pronunciamiento que otras instancias gubernamentales hayan adoptado sobre el particular.⁴

1. Acceso al sistema bancario y de seguros

Sobre esta materia no puede perderse de vista el hecho de que los contratos que celebran las entidades vigiladas con sus clientes son considerados *intuitu personae*⁵ en virtud de que se

2 Artículos 333 y 334 C.P.

3 Sentencia T-468 de 2003 Corte Constitucional.

4 En Oficio 002483 de 17 de noviembre de 2004 el Ministerio de Protección Social señaló que "no existe autorización legal para negar la afiliación de una persona o un trabajador cuya empresa o empleador se encuentre relacionado en la Orden Ejecutiva 12978 del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, ni tal circunstancia autoriza su desafiliación (...)".

5 Sobre este tipo de contratos ha señalado la doctrina nacional lo siguiente: "La labor o la obra pueden ser consideradas personalmente indiferentes cuando el interés del acreedor radica en ellas mismas y no en quién las realice, sabiendo que, de todas maneras, no puede esperar o exigir su satisfacción de nadie distinto del deudor, pero que eventualmente un tercero puede ejecutarlas; o, por el contrario, puede haber de por medio un *intuitus personae vel qualitatit personae*, en cuanto que para el acreedor, cierta y legítimamente, no sea indiferente quién realice el hecho, toda vez que las condiciones personales, científicas, profesionales, técnicas, artísticas y aun morales del deudor están íntimamente ligadas a la prestación y la determinan y califican, en forma que el acreedor no tiene por qué recibir obra o trabajo de nadie distinto del deudor, y es potestativo de su parte aceptarlos o no de otra persona (...)" HINESTROSA FORERO, Fernando. "Tratado de las Obligaciones", Tomo I, Editorial Universidad Externado de Colombia, año 2002, pág. 209.

celebran teniendo en cuenta las condiciones específicas de la persona o contratante. En ese sentido, señala la Alta Corte lo siguiente: *"La doctrina ha reconocido que los contratos financieros son de naturaleza intuito personae o de contenido personalísimo, precisamente en atención a la preponderancia de las calidades personales de quienes contratan con los bancos"*⁶ por ello *"se han establecido mecanismos de control para el acceso a los servicios financieros, con el objeto de conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes o usuarios. Dichos mecanismos se encuentran catalogados por el Comité de Basilea en las reglas de conocimiento del cliente o KYC"*⁷.

Es claro que aunque el principio de autonomía contractual se reconoce a las entidades financieras y aseguradoras con algunas limitaciones, la naturaleza personalísima de las relaciones contractuales que éstas celebran con sus clientes conlleva la implementación de los mecanismos de control señalados por el Comité de Basilea los cuales tienen como finalidad el conocimiento adecuado del cliente y la medición de los riesgos definidos.

Con base en las consideraciones antes expuestas y los apartes de la sentencia transcritos, es claro que aunque el principio de autonomía contractual se reconoce a las entidades financieras y aseguradoras con algunas limitaciones, la naturaleza personalísima de las relaciones contractuales que éstas celebran con sus clientes conlleva la implementación de los mecanismos de control señalados por el Comité de Basilea los cuales tienen como finalidad el conocimiento adecuado del cliente y la medición de los riesgos definidos en la misma sentencia. Así, la posibilidad de que alguno de esos riesgos se presente, o todos, faculta a las entidades vigiladas para abstenerse válidamente de celebrar contratos con sus potenciales usuarios o decidir la cancelación de los mismos.

6 Sentencia T-468 de 2003 Corte Constitucional.

7 En la Sentencia T-468 de 2003 la Corte ha resumido los riesgos en las siguientes cuatro categorías:

"a) **Riesgos de reputación:** Consistentes en la publicidad negativa que puede afectar la confianza de los depositantes, como resultado de la ejecución de prácticas anormales o de la utilización de las entidades financieras como medios para la realización de actividades ilegales por parte de sus clientes.

"b) **Riesgos operativos:** Relacionados con la violación a los procedimientos de control y de debida diligencia previstos en la ley y desarrollados por las autoridades de control, los cuales pueden involucrar una afectación o alteración al ejercicio corriente de sus operaciones financieras activas, pasivas o neutras.

"c) **Riesgos legales:** Aquellos vinculados con los posibles multas, responsabilidades penales y sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control, como consecuencia de la ausencia de la debida diligencia en el momento de identificar clientes y en la prestación corriente de sus servicios.

"d) **Riesgos de concentración:** Destinados a controlar la concentración indebida del crédito, es decir, tienen como propósito evitar la violación a los cupos individuales de crédito o su asignación a un prestatario único o a un grupo de prestatarios relacionados. Su fundamento constitucional se encuentra en la obligación de democratizar el crédito, de conformidad con el artículo 335 Superior".

Sumado a lo anterior y frente a este último aspecto, esto es, la cancelación unilateral de los contratos por parte de las entidades financieras y/o aseguradoras, debe tenerse en cuenta que es la misma ley la que reconoce a los contratantes tal facultad. Es así como el artículo 1389 del Código de Comercio al regular el contrato de cuenta corriente señala que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato en cualquier término⁸; en el caso de las cuentas de ahorro el numeral 1 del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero faculta a los bancos no sólo para limitar las sumas que una persona decida ahorrar sino para negarse a recibir un depósito o incluso devolverlo en cualquier tiempo total o parcialmente; en el contrato de apertura de crédito a término indefinido el artículo 1406 del Estatuto Mercantil faculta a cada una de las partes para darlo por terminado en cualquier tiempo⁹; en el contrato de seguro el artículo 1071 del Código de Comercio establece que este contrato podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes¹⁰.

Sin embargo, la decisión de dar por terminado un contrato o de abstenerse de celebrarlo por parte de una entidad financiera o aseguradora *debe tener como fundamento la existencia de causas objetivas y razonables que la justifiquen*¹¹. Dentro de ellas, la Lista Clinton es considerada no sólo por las entidades que conforman el sector financiero y asegurador del país sino por la misma Corte Constitucional como una causal objetiva que fundamenta la decisión de abstenerse de celebrar un determinado contrato o prestar un servicio a las personas allí incluidas precisamente no sólo por las graves consecuencias económicas que podría conllevar una decisión contraria sino en aras de proteger el interés general de los ahorradores¹².

En relación con el tema la Corte Constitucional dijo: "la banca colombiana considera que la Lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista.

"La banca colombiana considera que la Lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista.

8 Advierte la citada norma que si la decisión proviene del banco deberá éste pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos. Igualmente dispone el literal e) del artículo 10 del E.O.S.F. que en tal evento deberán dejarse expresamente consignados los motivos que determinaron tal decisión los cuales deberán corresponder a los definidos en los respectivos manuales.

9 Para lo cual basta únicamente atender el preaviso pactado o en su defecto atender los quince (15) días de anticipación que establece la norma (art. 1406 C. de Co.).

10 Al tenor de dicha norma, en el caso de que el asegurador ejerza tal facultad deberá hacerlo mediante noticia escrita al asegurado.

11 De no ocurrir esto podría presentarse el fenómeno denominado por la Corte Constitucional como bloqueo financiero. (Véase Sentencias SU-157 de 1999 y SU-167 de 1999).

12 Sentencia Corte Constitucional T-468 de 2003.

Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos 'traficantes de narcóticos'. (...) Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, *la negociación con quienes aparecen en la Lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país*, como quiera que la Lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la Lista Clinton *constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca*"¹³ (se resalta).

2. Acceso a la seguridad social y pensiones.

Esta Superintendencia se ha pronunciado en forma precedente¹⁴, en relación con la obligatoriedad de admitir la afiliación de personas y empresas incluidas en las listas OFAC (Lista Clinton y otras) a los Fondos de Pensiones Obligatorias, de Cesantías y de Pensiones Voluntarias.

Así, a efectos de abordar los argumentos concluyentes sobre cada aspecto, resulta conveniente citar de manera previa el siguiente contexto normativo. El artículo 48 de la Constitución Política señala que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, así mismo le imprime la connotación de derecho irrenunciable. Por su parte, del artículo 112 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 5° del Decreto 692 de 1994 se desprende, entre otros aspectos, que las personas que cumplan los requisitos para ser afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazados por las entidades administradoras del mismo.

Del propio modo, la Corte Constitucional¹⁵ ha sostenido que la seguridad social es una garantía estrechamente vinculada al principio constitucional de la dignidad humana y al derecho fundamental a la vida, que debe entenderse no como simple existencia, sino como existencia en condiciones dignas.

Por consiguiente, tenemos que la Ley 797 de 2003 busca extender a todos los habitantes del territorio nacional el régimen de seguridad social en materia de pensiones, cuyo objeto es garantizar a la población el amparo de las contingencias sobrevivientes a la vejez, invalidez o muerte a través del reconocimiento de pensiones o prestaciones, previo el cumplimiento de los requisitos que en ella se determinan para acceder a tales beneficios. Si bien la afiliación al Sistema General de Pensiones es un derecho para los trabajadores dependientes o independientes, también conlleva la obligación para la administradora del fondo de pensiones de recibir las cotizaciones pensionales para las coberturas futuras de las prestaciones económicas correspondientes a los precitados riesgos de vejez, invalidez o muerte. Y ante el proceso de vinculación, resulta claro que las entidades administradoras de pensiones, deben sujetarse a las directrices previstas en el Capítulo XI del Título I de la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, modificada por la Circular Externa 034 de 2004 (SIPLA) para que a través de medi-

13 Sentencia Corte Constitucional SU-157 de 1999.

14 Oficio 2003048196-7 del 31 de diciembre de 2004.

15 Sentencia T-357 de 1998.

das idóneas se evite que sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el manejo de dinero proveniente de actividades delictivas.

Este Despacho ha sido enfático en instar a las vigiladas para que cumplan con el deber de conocer adecuadamente la actividad económica de sus clientes y las características de las transacciones que éstos celebran para que por dicha vía se establezca la concordancia entre una y otras y en el evento en que con base en la información recaudada se estime pertinente, procedan a remitirla a las autoridades competentes.

Por este aspecto, esta Superintendencia es reiterativa en señalar que la verificación financiera que realice la administradora, en momento alguno es determinante al momento de aceptar a un cliente como afiliado, por cuanto, la aceptación es imperativa para la administradora. Igualmente para este organismo de control¹⁶ el acatamiento de las disposiciones referentes al control de lavado de activos debe efectuarse en armonía con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, bajo el entendido que tales preceptos no son contrarios entre sí, en la medida en que las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía deben encaminarse a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112 de dicha ley e informar, si es el caso, acerca de las irregularidades advertidas, lo cual permite salvaguardar la responsabilidad de las entidades y sus accionistas de cara a sus relaciones internacionales y ante la opinión pública.

Distinto ha sido el criterio frente a la afiliación a los fondos de pensiones voluntarios y a fondos de cesantías, en la medida en que corresponde a la entidad financiera, en este caso, la sociedad administradora de pensiones y cesantía, evaluar los riesgos inherentes a cada vinculación contractual, considerada su idoneidad personal y financiera. De manera que para esta modalidad de afiliaciones se ha predicado el mismo razonamiento expuesto

Este Despacho ha sido enfático en instar a las vigiladas para que cumplan con el deber de conocer adecuadamente la actividad económica de sus clientes y las características de las transacciones que éstos celebran para que por dicha vía se establezca la concordancia entre una y otras y en el evento en que con base en la información recaudada se estime pertinente, procedan a remitirla a las autoridades competentes.

16 Oficio 97036130-3 de 1997.

en el numeral 1 precedentemente desarrollado, esto es, que una entidad vigilada puede válidamente negar el acceso a sus servicios siempre que concurra una causal objetiva, como lo es, ante la situación ventilada, la Orden Ejecutiva 12978 expedida por el Gobierno de los Estados Unidos o Lista Clinton (OFAC).

Sin perjuicio de lo dicho, conviene aclarar que los fondos de pensiones voluntarias no forman parte del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y su naturaleza es eminentemente contractual, motivo por el cual, las sociedades administradoras gozan de plena autonomía y total libertad para la vinculación de sus clientes, así como para delimitar las condiciones de su relación contractual (reglamento) dentro de las que pueden establecer circunstancias que conduzcan a la pérdida de la condición de partícipe, las cuales, han de estar conforme a lo indicado, fundamentadas en "causales objetivas".

Conforme a lo expuesto, se advierte que la Superintendencia Bancaria no tiene facultades legales para intervenir ni dar solución a las situaciones que nos ocupan, en la medida en que tal como se expresó, la decisión de celebrar o terminar unilateralmente los contratos celebrados con personas incluidas en la Lista Clinton constituye una causal objetiva que soporta la decisión de la entidad vigilada.

Frente a esta situación y conforme ha sido informado por diferentes autoridades¹⁷ y en la jurisprudencia que se ocupa del tema¹⁸, la única alternativa existente para los afectados con tales decisiones consiste en adelantar el procedimiento administrativo de apelación mediante el cual las personas incluidas en el mencionado documento pueden solicitar ante el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos la revisión de tal decisión. En dicha actuación, corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Defensoría del Pueblo cumplir una función de apoyo y acompañamiento institucional a tales personas, lo cual como lo señaló la Corte no implica adelantar una representación directa frente a las autoridades americanas, pues tal como lo ordena la legislación de los Estados Unidos de América¹⁹ ese procedimiento debe adelantarse directamente por el interesado.

Por último, en punto a la presunta violación de los derechos fundamentales a que se alude en el documento anexo, le manifiesto que conforme a las funciones asignadas a esta entidad no le corresponde pronunciarse respecto de casos particulares que involucren la violación de derechos constitucionalmente consagrados a favor de los ciudadanos colombianos, pues compete exclusivamente a los jueces de la República, el reconocer tales situaciones así como tutelar los derechos fundamentales en caso de considerarse necesario, previa la instauración de las acciones judiciales pertinentes por parte de los interesados.

(....)»

17 Comunicación OAJ.CAC 52636 del 15 de octubre de 2004 suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y dirigida a la señora (...). Comunicación 3010-08828 del 30 de noviembre de 2004 dirigida a la misma señora y suscrita por la Directora Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo.

18 Sentencias de la Corte Constitucional SU-157 y 167 de 1999, y T-468 de 2003.

19 Comunicación OAJ.CAC 52636 del 15 de octubre de 2004 suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Mesadas pensionales - Cuentas individuales - Comisiones - Cuota de manejo

Concepto 2005013517-2 del 6 de septiembre de 2005

Síntesis: *Las entidades financieras deben suministrar un medio que no represente comisiones o costos para usuarios que efectúan retiros de mesadas pensionales consignadas en sus cuentas individuales. En la cuota de manejo se excluyen servicios adicionales o conexos al depósito.*

«(...) comisiones que se cobran a los pensionados que residen en el exterior por el manejo de tarjetas débito y otros "cargos bancarios" relativos al manejo de las cuentas.

I. Consideraciones generales

A. En primera instancia encontramos que dentro de las facultades asignadas a esta Superintendencia por el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹, no se encuentra la de regular o autorizar las tarifas que cobran las instituciones financieras a sus clientes por los diferentes servicios que prestan (entre ellos las cuotas de manejo² y aquellas comisiones derivadas de los servicios accesorios a las operaciones de colocación y captación de recursos del público, tales como el uso de tarjetas crédito y/o débito, acceso a sistemas telefónicos, telemáticos, acceso a Internet, cobro

de remesas, etc.), a lo que se suma el hecho de no existir normatividad alguna que unifique sus montos.

Sobre el tema en cuestión, vale la pena traer a colación lo expuesto por este ente gubernamental en reiteradas ocasiones, así:

"(...) las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, dentro de las facultades que corresponden a la órbita administrativa interna de cada establecimiento de crédito, tienen plena autonomía para fijar las tarifas que cobran por los servicios que presten a sus clientes, sin que esta Entidad tenga injerencia al respecto.

"Fundamento de lo anterior es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de mayo de 1968 con ponencia del doctor Guillermo Ospina Fernández, mediante la cual se declaró inexecutable el Decreto 1988 de 1966 que autorizaba a la Asociación Bancaria de Colombia para unificar las tarifas de comisiones por los

1 Usted podrá encontrar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en nuestra página Web www.superbancaria.gov.co, icono normatividad.

2 En punto a qué debe entenderse por *cuota de manejo* en las cuentas de depósito, esta Superintendencia ha señalado que ella corresponde a aquellos conceptos cobrados por los establecimientos de crédito con ocasión de la ejecución del contrato, esto es, la realización de depósitos y/o retiros de dinero, la expedición del extracto por movimiento normal de la misma, la devolución de cheques y demás actividades que tienen como fundamento el cubrir o subvencionar los gastos logísticos de operación, papelería y otros derivados de la administración del dinero. Al respecto, se recomienda consultar el oficio 2002011264-1 del 22 de mayo de 2002.

servicios bancarios y a su vez, facultaba a la Superintendencia Bancaria para que aprobara dichas tarifas y vigilara el cumplimiento que las entidades le daban, so pena de imponer las sanciones legalmente previstas. Esta sentencia en uno de sus apartes afirma: "(...) es así que no existe ley alguna que autorice al Gobierno o a la Superintendencia Bancaria para fijar las tarifas de los bancos para los servicios que prestan (...)".³

"(...) En este orden de ideas, las entidades financieras tienen plena autonomía para fijar las tarifas que cobran por concepto de los servicios que prestan a sus clientes, siempre que estas les hayan sido previamente informadas, y de la misma manera, estos últimos tienen libertad para decidir si aceptan las condiciones - por tratarse de contratos de adhesión- o desistir de convenir con la institución que les ofrece el servicio para acudir a otra de las alternativas que existen en el sector financiero. (...)".⁴

El anterior pronunciamiento a la fecha tiene plena vigencia en la medida en que la regulación no ha sido modificada ni se le han otorgado atribuciones a esta Superintendencia para intervenir o participar en la fijación de tarifas. Recordemos que según el artículo 121 de la Constitución Política: "*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*" y por ende, esta Superintendencia, dado su carácter de entidad pública únicamente puede realizar aquellas funciones para las cuales ha sido expresamente facultada por el orden jurídico.

II. La consulta

A. Marco normativo

1. Artículo 2° de la Ley 700 de 2001, modificado por el artículo 1° de la Ley 952 de 2005.

"A partir de la vigencia de la presente ley se crea la obligación, para todos los operadores públicos y privados del Sistema General de Pensiones, que tengan a su cargo el giro y pago de las mesadas pensionales, de consignar la mesada correspondiente a cada pensionado en cuentas individuales, en la entidad financiera que el beneficiario elija y que tenga sucursal o agencia en la localidad donde se efectúa regularmente el pago y en el cual tenga su cuenta corriente o de ahorros, si este así lo decide.

Para que proceda la consignación de las mesadas pensionales, en cuentas de ahorro o corriente, las Entidades de Previsión Social deberán realizar previamente un convenio con la respectiva entidad financiera, especificando que dichas cuentas solo podrán debitarse por su titular mediante presentación personal o autorización especial. No podrán admitirse autorizaciones de carácter general o que la administración de la cuenta se confíe a un apoderado o representante.

Parágrafo 1°. Las consignaciones a que hace referencia esta ley, solo procederán en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o en Cooperativas de Ahorro y Crédito o las multiactivas integrales con secciones de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria.

2. Artículo 5° de la Ley 700 de 2001

"Para hacer efectivo el cobro de las mesadas, los pensionados podrán acercarse a la entidad financiera en que tengan su cuenta corriente o de ahorros cualquier día del mes, una vez ésta se haya consignado.

Parágrafo. En virtud de la protección y asistencia que consagra para la tercera edad el artículo 46 Constitucional⁵, las entidades financieras que manejen cuentas de los pensionados no podrán cobrar cuota de manejo a éstos por la utilización de las mismas".

3 Oficio 1998008627-2 del 24 de marzo de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

4 Oficio 1998014285-2 del 6 de abril de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

5 "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".

3. Artículo 3° del Decreto 2751 de 2002

"El pago mediante consignación en cuentas consiste en el pago o abono que realiza el operador público o privado del Sistema General de Pensiones en la cuenta corriente o de ahorros abierta por el titular de la prestación y en la cual únicamente este último se encuentra autorizado para realizar retiros.

"El débito de la cuenta correspondiente se hará por los medios previstos en el contrato respectivo siempre y cuando en ellos esté contemplado que la operación respectiva debe hacerse personalmente. En todo caso, como mecanismo de control para aquellos eventos en los cuales el retiro se realice utilizando el mecanismo de tarjetas débito de uso personal, la institución financiera exigirá la presentación personal del pensionado en la respectiva oficina o la prueba de la supervivencia del beneficiario, una vez cada tres meses" (Resaltado fuera del texto).

B. Consideraciones

1. Del marco normativo transcrito en precedencia encontramos que en la Ley 700 modificada por la Ley 952, se señala el deber de todos los operadores del

Las entidades financieras tienen plena autonomía para fijar las tarifas que cobran por concepto de los servicios que prestan a sus clientes, siempre que estas les hayan sido previamente informadas, y de la misma manera, estos últimos tienen libertad para decidir si aceptan las condiciones -por tratarse de contratos de adhesión- o desistir de convenir con la institución que les ofrece el servicio para acudir a otra de las alternativas que existen en el sector financiero.

Sistema General de Pensiones de cancelar las mesadas pensionales a sus afiliados, a través de la consignación en cuentas individuales en la entidad financiera que el beneficiario elija⁶, que tenga sucursal o agencia en la localidad donde se efectúa regularmente el pago y en el cual tenga su cuenta

corriente o de ahorros, si este así lo decide, con la exigencia de que dichas cuentas sólo podrán debitarse por su titular mediante presentación personal o autorización especial, sin que sean procedentes autorizaciones de carácter general o que la administración de la cuenta se confíe a un apoderado o representante.

2. De otra parte, y frente a lo señalado en el párrafo del artículo 5° de la Ley 700 de 2001, según el cual se prohíbe a los establecimientos de crédito que administren cuentas de ahorros de pensionados cobrar una "cuota de manejo" por la utilización de las cuentas dispuestas para la consignación de las mesadas pensionales, encontramos que esta prohibición está orientada a que los bancos no pueden cobrar los gastos originados como consecuencia de depósitos, retiros, expedición del extracto, es decir, no puede cobrar por los actos, hechos y gastos generados por la ejecución normal del contrato de cuenta

6 Entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o Cooperativas de Ahorro y Crédito o Multiactivas integrales con secciones de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, previo convenio celebrado entre el operador del Sistema y la entidad respectiva.

En caso de que la tarjeta sea el único mecanismo para el retiro de los dineros depositados en la cuenta de ahorros en la que se consignan las mesadas pensionales, la misma no debe ser objeto de cobro de cuota de manejo.

de ahorros o corriente o por aquellos que tengan como fin subvencionar las gastos logísticos de operación, papelería inherente a la administración del dinero⁷.

3. No obstante lo anterior, en la medida en que en el artículo 3° del Decreto 2751 de 2002 se establece que el retiro de la mesada pensional puede hacerse "(...) *utilizando el mecanismo de tarjeta débito de uso personal* (...)", la cual puede o no convenir el pensionado con la respectiva entidad financiera, las reglas que regirán su utilización serán siempre acordadas entre las partes al momento de suscribir el contrato de cuenta de ahorros o corriente y podrán generar el cobro de una cuota de manejo por la utilización de este medio.

Ahora bien, *en caso de que la tarjeta sea el único mecanismo para el retiro de los dineros depositados en la cuenta de ahorros en la que se consignan las mesadas pensionales, la misma no debe ser objeto de cobro de cuota de manejo, sólo sería viable cuando se tiene como mecanismo adicional para dicho retiro.*

Frente al tema de cobro de comisiones por el retiro de dinero, este Organismo mediante concepto 2004062721-000 del 21 de enero de 2005, se pronunció en los siguientes términos:

"En relación con el cobro de comisiones por el retiro de dinero en cajeros automáticos, cabe señalar que tanto *el recibo de consignaciones de dinero como su restitución son obligaciones esenciales del contrato de depósito a cargo de cualquier establecimiento de crédito dado su carácter de depositario y, en consecuencia, es quien debe asumir las cargas y costos necesarios para cumplir tales deberes, no siendo procedente trasladar la carga del cumplimiento de dichas obligaciones al depositante-usuario del servicio bancario*, a quien, por el contrario, le corresponde como derecho esencial del contrato de depósito el consignar sumas de dinero como el de disponer de las mismas en los términos convenidos en el respectivo contrato (...)

En consecuencia, puede afirmarse que *el establecimiento de crédito tiene la obligación de ofrecer a su cliente, en desarrollo de un contrato de depósito de dinero, una forma operativa eficiente y segura para que el depositante retire sin ningún costo sus recursos*, v.gr., a través de la utilización de una libreta de ahorros en sus "ventanillas" o a través de la utilización de una tarjeta débito en cajeros automáticos, pertenecientes o no a su propia red bancaria (...)

Ahora bien, *si la utilización de la tarjeta débito por parte del cliente bancario es la prestación de un servicio adicional o conexo a las obligaciones esenciales acabadas de describir para los contratos de depósito de dinero*, que como vimos anteriormente no pueden generarle costo alguno al cliente bancario, y a falta de regulación legal expresa sobre la tarifa que podría cobrar el banco por el ofrecimiento de dicho servicio adicional o conexo a la obligación fundamental de restitución primaria de los recursos depositados, *habrá de estarse a lo estipulado por las partes en los respectivos contratos bancarios respecto de las mismas, siempre y cuando ellas correspondan a la prestación efectiva de un servicio adicional o conexo al depósito de dinero que justifique su pago*, tal como

7 En este sentido se pronunció esta Superintendencia mediante Concepto 2005017252-001.

acaecer por ejemplo con las comisiones o similares que los bancos cobran a su clientela por la utilización adicional de cajeros automáticos o dispensadores de dinero, como un servicio adicional a la forma operativa sin costo para el cliente que todo establecimiento de crédito debe ofrecer a sus usuarios para cumplir debidamente con su obligación esencial de restituir los dineros depositados (...)

Si, además de este mecanismo sin costo, el banco poner a disposición de su cliente otras formas de retiro (por ejemplo cajeros electrónicos cuando hay otro mecanismo gratuito como el retiro por ventanilla), éstas bien pueden ser cobradas por la institución financiera, pues se constituyen en un servicio adicional y diferente a aquel mediante el cual el banco cumple su obligación esencial de devolver los dineros depositados. Pero es claro que no puede la entidad financiera obligar a su cliente, cuentacorrentista, a aceptar los servicios adicionales de retiro que ponga a su disposición. Esa es una decisión totalmente voluntaria y autónoma del cliente." (Resaltado fuera del texto).

Visto lo anterior, las entidades financieras en las que se consignan las mesadas pensionales, no podrán cobrar a sus clientes ningún costo por aquellas actividades que resulten ne-

cesarias para cumplir el recibo de consignaciones de dinero como su restitución (elementos esenciales del contrato de depósito).

Así mismo, deberá suministrar un medio que no represente costo alguno para que el pensionado retire el dinero depositado en su cuenta y, en el evento en que este único medio sea una tarjeta débito, tampoco podrá trasladarle valor alguno por su manejo.

No obstante y refiriéndonos al motivo de su inquietud, dentro del concepto de "cuota de manejo" al que se refiere la ley, se excluyen aquellos servicios adicionales o conexos al depósito de dinero, como lo puede ser la utilización de redes distintas a las de la respectiva entidad financiera o la disponibilidad de los recursos en una entidad ubicada en el exterior, lo cual implica unos gastos que son adicionales a su obligación de devolver los dineros depositados, razón por la cual pueden ser cobrados al cuentahabiente, más si se trata de servicios que prestan entidades bancarias extranjeras, a las que no les aplican las normas colombianas.

(...)

Visto lo anterior, las entidades financieras en las que se consignan las mesadas pensionales, no podrán cobrar a sus clientes ningún costo por aquellas actividades que resulten necesarias para cumplir el recibo de consignaciones de dinero como su restitución (elementos esenciales del contrato de depósito).

Oficinas de representación - Régimen

Concepto 2005028527-3 del 1º de julio de 2005

Síntesis: *Regulación de la apertura de oficinas de representación de instituciones financieras o reaseguradoras del exterior en el territorio colombiano. Servicios autorizados y excepciones previstas en el Decreto 2951 de 2004 al régimen de oficinas de representación.*

«(...) Solicita pronunciamiento en relación con los objetivos del régimen de oficinas de representación de entidades financieras del exterior contenido en el Decreto 2951 de 2004 e indaga acerca de aspectos específicos del mismo. Lo anterior, con ocasión de la solicitud elevada ante ese Despacho por parte de varias filiales en ese país de bancos vigilados por esta agencia gubernamental. Sobre el particular resulta procedente formular los siguientes comentarios:

1. Respecto de los objetivos del Decreto 2951¹, la Dirección General de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público², se pronunció señalando que el espíritu de la mencionada reglamentación es "(...) regular la oferta de servicios financieros por parte de instituciones financieras del exterior en Colombia o dirigida a sus residentes. Lo anterior tiene como fundamento la existencia de un interés público en la realización de actividades de promoción y publicidad de servicios financieros por parte de instituciones que quieren impactar en el mercado doméstico, lo que necesariamente se traduce en la necesidad de regular y supervisar la realización de tales actos de promoción y publicidad. Bajo este criterio, tanto el decreto como la resolución³ buscan establecer la regulación para aquellas relaciones entre un consumidor residente en Colombia y una institución financiera del exterior que ha sido iniciada por parte de la entidad del exterior.

"En ese sentido, cuando la relación entre la institución del exterior y el consumidor financiero residente en Colombia es iniciada por el consumidor, no existe el interés público que pretende regular tanto el decreto como la resolución, ya que actualmente la legislación vigente permite al consumidor financiero residente en Colombia realizar inversiones y mantener activos en el exterior (Ley 9ª de 1991, artículo 17), así como a endeudarse en el exterior con las instituciones financieras del exterior que señale el Banco de la República (Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República, artículo 24).

"La regulación se justifica en la medida en que la oferta de servicios financieros en territorio nacional o a sus residentes tiene un impacto 'público' que merece ser regulado en aras de proteger al consumidor financiero, así como de evitar el ejercicio ilegal de las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y cualquier otra relacionada con la captación de recursos del público".

1 Este decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades conferidas en el inciso segundo, numeral 1 del artículo 94 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 795 de 2003.

2 Concepto 01-2005-007692 de marzo 23 de 2005.

3 El concepto se refiere también a la Resolución 948-1 de 2004 expedida por la Sala General de la Superintendencia de Valores "por la cual se modifica la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores".

"La regulación se justifica en la medida en que la oferta de servicios financieros en territorio nacional o a sus residentes tiene un impacto 'público' que merece ser regulado en aras de proteger al consumidor financiero, así como de evitar el ejercicio ilegal de las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y cualquier otra relacionada con la captación de recursos del público".

2. Ahora bien, en relación con su inquietud relativa a las "(...) facultades, derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas autorizadas por la Superintendencia Bancaria de Colombia en virtud del citado decreto", conviene precisar que el régimen previsto en el Decreto 2951⁴ regula la apertura en territorio colombiano de oficinas de representación por parte de las instituciones financieras o reaseguradoras del exterior, personas jurídicas, interesadas en incursionar en el mercado nacional, para cuyo efecto su representación estará a cargo de una persona natural designada por la entidad del exterior, quien debe posesionarse ante esta Superintendencia.

Con la misma orientación en los artículos 6º a 9º del prenombrado decreto se enuncian los servicios autorizados a tales oficinas, las prohibiciones, así como los deberes de información para con los usuarios y la remisión de información periódica a esta Superintendencia.

En términos generales en las normas citadas se subraya que las oficinas de representación de instituciones financieras del exterior solo se encuentran facultadas para desplegar funciones de promoción, publicidad, enlace, cobranza, así como el establecimiento de oficinas promotoras en lugares diferentes a su domicilio. (...).

3. (...), respecto de su último interrogante se precisa anotar que el Decreto 2951 en su artículo 2º, prescribe excepciones al régimen de apertura disponiendo que las instituciones allí relacionadas "no están obligadas a tener oficina de representación en Colombia".

Es así como, el numeral 8 del mencionado artículo incluye dentro del régimen de excepción a "las filiales o subsidiarias establecidas en el extranjero de una institución financiera o reaseguradora establecida en el país, siempre que se cumpla lo dispuesto en el presente decreto, en particular lo señalado en su artículo 4º".

En este orden, el artículo 4º del Decreto 2951 impone la obligación de obtener autorización ante la Superintendencia Bancaria y de observar las reglas especiales allí señaladas, a las

4 Véanse artículos 1º y 10 del Decreto 2951, en concordancia con el artículo 94 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

instituciones financieras del exterior interesadas en realizar actos de promoción o publicidad, que se enmarquen en las excepciones previstas en los numerales 8 y 9 del artículo 2° en comento.

En este sentido, el numeral 1 del artículo 4° advierte que *"la institución financiera o de reaseguros del exterior deberá designar un representante quien se dedicará de forma exclusiva a promocionar o publicitar los servicios financieros o de reaseguros de la institución representada, en los términos autorizados a las oficinas de representación señalados en el presente decreto (...)".*

Dentro de este esquema, el numeral 7 del artículo 4° consagra la posibilidad para que las instituciones financieras del exterior realicen la promoción o publicidad utilizando la red de oficinas de la institución establecida en el país. *"En este evento, la promoción o publicidad de los servicios financieros o de reaseguros deberá realizarse en áreas independientes y debidamente identificadas dentro de las oficinas. El representante de la institución financiera o reaseguradora del exterior deberá informar a la Superintendencia Bancaria, en la forma que esta señale, la apertura y ubicación de las citadas oficinas".*

Con todo, es preciso aclarar, como lo subraya el párrafo del artículo 2° del ordenamiento aludido, que aquellas entidades financieras o reaseguradoras del exterior que se encuentren dentro de las excepciones señaladas en el mismo artículo, pueden decidir sobre el establecimiento de una oficina de representación en Colombia, para cuyo efecto deben cumplir con los requisitos establecidos en el mencionado Decreto 2951 y obtener la autorización previa de esta Superintendencia.»

Sociedades fiduciarias - Representante legal - Contratos fiduciarios

Concepto 2005045750-1 del 13 de septiembre de 2005

Síntesis: *La representación legal en el marco de los contratos fiduciarios. Alcance de las operaciones de las sociedades fiduciarias, administración como género y como especie.*

«(...) formula una consulta respecto de la posibilidad que la sociedad fiduciaria por usted representada asuma la representación legal de una sociedad dentro del marco de un contrato de fiducia mercantil o un encargo fiduciario, atendido el marco normativo para sus operaciones según lo previsto en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. A este respecto considera-

mos procedente efectuar las siguientes precisiones:

1. La administración como fundamento de la gestión fiduciaria.

Del análisis que históricamente se ha hecho al negocio fiduciario encontramos que desde la Ley 45 de 1923 se concibieron las sec-

ciones fiduciarias de los bancos como órganos para realizar encargos de confianza. Con posterioridad y con la expedición del Código de Comercio que entró a regir el 1° de enero de 1972 recordemos que se consagró la fiducia mercantil como negocio jurídico y de dicha reglamentación resultó claro que ésta tiene un carácter meramente instrumental, en tanto las gestiones que desarrolla el fiduciario en desarrollo de las instrucciones impartidas en el acto constitutivo, son de orden administrativo y no pueden perseguir cosa distinta a la finalidad señalada. Esto es, el alcance de las obligaciones administrativas fiduciarias es propia de un gestor y por ende, debe poner su capacidad y esfuerzo encaminados a la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo.

Resulta incuestionable entonces el hecho de que la actividad desplegada por estas sociedades de servicios financieros ha contado con una progresiva especialización frente a gestiones cada vez más complejas, que suponen de una parte la responsabilidad de administrar diligentemente los activos que son transferidos a un patrimonio autónomo y de la otra, la ejecución de las actividades encomendadas dentro de las facultades, parámetros y limitaciones que al efecto haya señalado el fideicomitente.

Estas funciones de orden administrativo comprenden así mismo las obligaciones que expresamente se señalan en la ley (artículo 1234 del Código de Comercio) y las normas de orden reglamentario, tales como las de rendir cuentas comprobadas de su gestión, la de salvaguardar los activos del patrimonio autónomo, mantener los bienes separados los demás fideicomisos y de los suyos propios, así como llevar la contabilidad de los negocios a su cargo, entre otros.

Una vez se considera el progresivo grado de especialización que han cobrado los negocios fiduciarios puede verse que las actividades que desarrollan las sociedades fiduciarias no sólo se asimilan a las de orden

empresarial, sino que los vehículos fiduciarios constituyen una alternativa para realizar actividades económicas que tradicionalmente se desarrollaban a través de esquemas sociales.

En frecuentes oportunidades se acude en consecuencia a la administración de actividades económicas a través de un gestor fiduciario, pues de una parte su actividad se encuentra sujeta a la vigilancia estatal y de otra el alcance de su responsabilidad se encuentra previsto tanto en distintas normas de orden reglamentario, como en decisiones de orden jurisprudencial y arbitra, además, de la significación que reviste el carácter de profesional especializado en administración propia de las sociedades fiduciarias.

2. Alcance de las operaciones fiduciarias en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Estatuto Mercantil.

El crecimiento de la actividad fiduciaria en la última década ha traído consigo el desarrollo de nuevos productos que el mercado de servicios financieros ha demandado frente a los retos que imponen la dinámica de los negocios a los diferentes sectores económicos. Es así como los fideicomisos han servido de instrumentos para desarrollar en todo o en parte diferentes ciclos productivos, de comercialización de bienes y servicios, de levantamiento de infraestructura y de proyectos de construcción de todo orden, de llevar a cabo actividades de exportación e importación de bienes y servicios e incluso han servido como alternativas para administrar y movilizar activos financieros originados por establecimientos de crédito, solo por mencionar algunos.

Desde la regulación del contrato fiduciario en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio se observó que por excelencia el negocio fiduciario, bien se desarrolle a través de un encargo fiduciario o de un patrimonio autónomo, es una figura que per-

mite una amplia gama de actividades y el diseño de productos novedosos, como en efecto ha sucedido y de ello dan cuenta los indicadores sectoriales.

Por consiguiente la enumeración que de algunos de los negocios han desarrollado las sociedades fiduciarias, y que se hace en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no puede tenerse como taxativa ni exhaustiva, pues si bien es cierto que a través de ésta y otras disposiciones del mismo estatuto tales como: el artículo 146 y ss., y las contenidas en el Título V de la Circular Básica Jurídica, así como en los Títulos XI, XIII, XV, entre otros, de la Circular Básica Contable y Financiera, se fijan los parámetros a que deben sujetarse las entidades vigiladas respecto de determinados productos, también es cierto que existen otras actividades que cuentan con marcos regulatorios expresos y en la medida que la Superintendencia Bancaria ha considerado que deben ajustarse a determinados lineamientos, han sido objeto de fijación de marcos adecuados para su desarrollo en los términos y condiciones de las normas que enmarcan su facultad regulatoria, particularmente prevista en la actualidad en los numerales a) y e) del numeral 7 del artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3. La administración fiduciaria como género y la administración social como especie.

Resulta importante comenzar por la referencia al Oficio 220-25081 del 9 de septiembre de 1992 expedido por la Superintendencia de Sociedades, en virtud del cual se concluyó que en una sociedad anónima la representación legal bien puede recaer sobre una persona natural como en una persona jurídica, pues no existe en la legislación mercantil norma alguna que lo prohíba ni que exija que dicha función la deba cumplir una determinada calidad de persona.

En dicho pronunciamiento se precisó:

"Cuando la representación legal corresponda a una persona jurídica, su responsabilidad patrimonial estará limitada conforme al tipo societario bajo el cual se halla constituida dicha persona. No así en el ámbito penal, ya que las consecuencias que de una determinada gestión se puedan derivar, necesariamente han de recaer en la persona natural que efectivamente desempeña la mencionada representación.

(...) para nombrar a una persona jurídica como representante legal de una sociedad, debe establecerse previamente si de acuerdo con las actividades que conforman su objeto, se da la posibilidad de desempeñar dicho encargo. ... si en la cláusula del objeto social no se pacta expresamente la posibilidad de que la persona jurídica pueda actuar como mandatario, lógicamente dicha sociedad debe abstenerse de realizar actos de tal naturaleza por carecer de capacidad jurídica para el efecto."

Como quiera que la administración fiduciaria comprende una amplia gama de actividades de diverso orden que pueden llevar a cabo las fiduciarias con el fin de dar cumplimiento al objeto del contrato que da origen a cada fideicomiso, bien puede considerarse que la asunción de la administración de cualquier tipo de sociedad es una más de las múltiples funciones que puede cumplir una fiduciaria en representación de un fideicomiso para impulsar la actividad económica desarrollada por el ente social.

Conviene traer a colación la siguiente precisión conceptual efectuada por el Dr. Jorge Pinzón Sánchez en el artículo denominado "El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa" publicado en el libro "Nuevos Retos del Derecho Comercial" publicado por el Colegio de Abogados de Medellín, en su edición de la Biblioteca Jurídica Dike. 2000.

"(...) para la integración del régimen aplicable a los administradores de las sociedades resulta especialmente útil la gran flexibilidad y amplitud del mandato, el más consensual de todos los contratos, y que

no por casualidad continúa siendo el marco normativo general aplicable a los encargos de confianza.

(...) si se parte de la base de la unidad genérica existente entre los encargos de confianza, la regulación vigente de la fiducia mercantil también resulta especialmente atractiva, para integrar los principios y reglas aplicables a los administradores de las sociedades. En efecto, en la fiducia también se administra un patrimonio ajeno; ello se hace en interés de terceros y de acuerdo con una finalidad que le permite al fiduciario actuar con independencia frente al beneficiario, e incluso, frente al constituyente, si ello es necesario para asegurar el cumplimiento de la finalidad que le da origen a su encargo y a la cual se subordina la tan cacareada "autonomía" del patrimonio legalmente surgido del contrato. Si se piensa en que las sociedades legalmente constituidas, como personas jurídicas que son, tienen un patrimonio propio; que la razón de ser de la sociedad estriba en una finalidad común de los socios que se concreta en el desarrollo lucrativo de una actividad determinada, la cual constituye el objeto social de la compañía y, en esa medida, circunscribe el ámbito de su capacidad legal; y se advierte que la atribución legal y estatutaria de funciones a los administradores busca dotarlos de la autonomía y discrecionalidad necesaria para la ejecución del contrato social, se advierte claramente el paralelo que puede desarrollarse entre los administradores de una sociedad comercial y los fiduciarios (...)."

"Hay que agregar que con la teoría orgánica de la administración societaria se pretende superar la distinción subjetiva entre mandante y mandatario, dualismo que resulta inevitable en el contrato de mandato, pues incluso cuando tiene carácter representativo subsiste la distinción en cuestión. La superación de esa dualidad, para deducir en cabeza de las personas jurídicas una responsabilidad directa frente a terceros, y no simplemente indirecta, unida a la autonomía de cada órgano dentro de su respectiva órbita funcional, constituye los dos aportes más importantes del organismo para el funcionamiento de la sociedad. Pero ello no significa que los principios propios del mandato y, más estrictamente, de la relación fiduciaria, no sean aplicables a la relación que se establece entre la sociedad y sus administradores, a lo cual se suma el hecho de que tanto el contrato de mandato como la fiducia mercantil están regulados expresa-

Como quiera que la administración fiduciaria comprende una amplia gama de actividades de diverso orden que pueden llevar a cabo las fiduciarias con el fin de dar cumplimiento al objeto del contrato que da origen a cada fideicomiso, bien puede considerarse que la asunción de la administración de cualquier tipo de sociedad es una más de las múltiples funciones que puede cumplir una fiduciaria en representación de un fideicomiso para impulsar la actividad económica desarrollada por el ente social.

mente en la ley, a diferencia de lo que ocurre con el implícito y supuesto contrato "orgánico" que se podía extraer del régimen societario en virtud de una implícita adhesión a los estatutos sociales, acompañada o no de un vínculo laboral entre organismo -o será el "organizador"?- y su órgano".

De tal suerte que la representación legal de un ente social puede ser asumida por un

administrador fiduciario de acuerdo con las facultades y limitaciones que se le fijen en los estatutos sociales y en el contrato fiduciario, y en función del tipo de sociedad de que se trate, como veremos a continuación:

- En las sociedades colectivas, pese a recaer la administración societaria y la representación legal en cabeza de todos y cada uno de los socios, es factible según el artículo 310 del Código de Comercio delegarla en un tercero. De dicha disposición se infiere que los delegados tendrán las mismas facultades conferidas

a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan.

- En las sociedades en comandita se observa que el artículo 326 del Código de Comercio establece que la administración estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, según lo previsto en la sociedad colectiva. También prevén disposiciones legales específicamente referidas a esta modalidad societaria en los artículos 326 al 336 en lo tocante a aspectos sobre el derecho de inspección, la representación delegada en comanditarios y reglas relativas a decisiones y votos. Queda claro que en lo no previsto en dicho capítulo para socios gestores, procederán las normas de la sociedad colectiva y para los comanditarios, las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada.

- En las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 358 del Código de Comercio

señala que la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a cada uno de los socios y se indica que en lo no previsto en las normas particularmente referidas a dicha naturaleza societaria o en estatutos, se le aplican las normas de las sociedades anónimas. Es clara la posibilidad de delegar la representación legal de la sociedad en un tercero.

- En las sociedades anónimas se prevé la designación por la Junta Directiva o Asamblea de un representante legal por lo menos, con uno o

más suplentes, por períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo (art. 440 C. de Co.). Esto es, que la administración se ejerce por gestores temporales y revocables, elegidos directa o indirectamente por los socios, siendo los dos organismos sociales previstos para tal fin la Junta Directiva y el Representante Legal.

- En las empresas unipersonales también se considera admisible que la administración sea delegada en un tercero según los términos del numeral 8 del artículo 72 de la Ley 222 de 1995, pese a que se trate de un único empresario.

4. La actividad fiduciaria como alternativa para la conducción de los negocios sociales de cara a trámites de orden concursal.

La asunción de la representación legal de diversos tipos de sociedades por parte de

La representación legal de un ente social puede ser asumida por un administrador fiduciario de acuerdo con las facultades y limitaciones que se le fijen en los estatutos sociales y en el contrato fiduciario, y en función del tipo de sociedad de que se trate.

una entidad fiduciaria no corresponde a una actividad nueva y ha demostrado tener ventajas respecto de la transparencia, objetividad y profesionalismo, frente a los casos en que la propia Superintendencia de Sociedades ha confiado la administración de las sociedades en trámites concursales y de promoción empresarial a sociedades fiduciarias. En efecto:

Ley 550 de 1999. Artículo 35. **Administración fiduciaria en caso de remoción de los administradores.** El numeral 6 de dicho artículo refiere como causal de terminación del acuerdo de reestructuración, el evento en que exista incumplimiento grave del código de conducta empresarial o del empresario en la celebración o ejecución de actos previstos en el acuerdo. El parágrafo 3° del artículo 35 comentado dispone que en esta hipótesis el funcionamiento de los órganos de dirección y administración del empresario quedará de pleno derecho en suspenso, salvo los referidos al ejercicio de los derechos de inspección y designación del Revisor Fiscal. Allí se precisa que la administración y Representación Legal quedarán a cargo de la sociedad fiduciaria, cuya reglamentación integral reposa en el Decreto Reglamentario 628 de 2002.

Ley 222 de 1995 - **Liquidadores y administradores dentro del concordato.** De conformidad con el artículo 3° de la Resolución 100-000285/2004 de la Superintendencia de Sociedades pueden aspirar a ser inscritas en la lista de liquidadores las personas naturales, las sociedades fiduciarias y las personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto incluya la asesoría en la recuperación y liquidación de empresas, que dispongan de soporte técnico y administrativo o de apoyo para adelantar el proceso de liquidación obligatoria, entre otros requisitos establecidos en la Ley 222 de 1995 y en dicha resolución y no se encuentren inhabilitados.

En los términos de dicha Resolución, todo liquidador, ya sea persona natural o jurídica o sociedad fiduciaria responderá por la

ejecución de actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación del patrimonio rápida y progresiva.

- Numeral 3 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. **La administración fiduciaria como medida preventiva de toma de posesión.**

Se encuentra contemplada como una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En dicho evento, a esta Superintendencia le corresponderá promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra entidad financiera autorizada.

- Artículo 8°. Ley 689 de 2001 que modificó el artículo 60 de la Ley 142 de 1994. **Liquidación de las empresas de servicios públicos.** El Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios al tomar posesión podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.

5. La Representación legal en el marco de los contratos fiduciarios.

De contera debe señalarse que si el legislador y la Superintendencia de Sociedades han considerado que la administración fiduciaria es idónea para asumir el control de los negocios sociales frente a situaciones de orden concursal, con mayor fundamento podrán hacerlo los socios en circunstancias normales de funcionamiento del ente social, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad; aunada la condición de profesional especializado en administración de negocios propia de las sociedades fiduciarias, según la orientación negocial que se haya adoptado por cada una de ellas.

Por consiguiente, es factible concluir que la representación legal de los tipos de socie-

dad previamente señalados en el numeral 3 de este escrito, puede ser asumida en condiciones normales y en operación en marcha, por una sociedad fiduciaria conforme con las facultades y limitaciones previstas en la ley, los estatutos sociales y el contrato fiduciario. La reglamentación vigente¹ concibe el campo de actuación de las sociedades fiduciarias en esta modalidad contractual en el ofrecimiento y prestación de servicios en la administración de bienes sujeta a la persecución de una finalidad, porque no es de la naturaleza de este negocio su constitución en abstracto, en la medida en que necesariamente se ha de obligar la sociedad fiduciaria a realizar las actividades determinadas por

el constituyente, bien en provecho suyo o del beneficiario que el mismo designe.

Se ha entendido que la administración corresponde a los encargados de la gestión social, lo cual supone las funciones de administrar bienes y negocios de la sociedad y ostentar la representación de ésta frente a terceros. Es así como de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 la administración es desempeñada a través de diferentes cargos dentro de la organización de la sociedad y la ley ha enunciado como tales al representante legal, los miembros de la juntas o consejos directivos, el factor, el liquidador y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o tengan tales funciones.

Al ser las características principales del cargo de representante legal las siguientes: a) Desempeñar funciones de administración y representación. b) Ser permanente, porque es necesario que la sociedad tenga siempre un representante ante terceros, y c) Estar sus funciones limitadas al desarrollo del objeto social, resulta claro que su ejercicio siempre estará sujeto y direccionado por los parámetros adoptados en cada acto societario de carácter constitutivo así como por las condiciones y términos del encargo fiduciario celebrado, los cuales definirán y limitarán el marco de actuación. De allí que el administrador fiduciario tendrá las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan. En todo caso, la estructuración del contrato deberá enmarcarse en función de la capacidad y especialización de la sociedad fiduciaria para asumir un compromiso de tal naturaleza, atendida su infraestructura y nichos de mercado en que se ha focalizado.

Adicionalmente es importante destacar la imperativa necesidad de regular en el contra-

Por consiguiente, es factible concluir que la representación legal de los tipos de sociedad previamente señalados en el numeral 3 de este escrito, puede ser asumida en condiciones normales y en operación en marcha, por una sociedad fiduciaria conforme con las facultades y limitaciones previstas en la ley, los estatutos sociales y el contrato fiduciario.

1 Artículos 29 y 146 del ESOF y 1226 y ss. Código de Comercio.

to respectivo escenarios relacionados con los alcances de tal delegación, la posibilidad de revocar la designación, el derecho de inspección que subsiste para los asociados, el derecho de voto y de oposición a operaciones propuestas, espacios de coadministración, si los hubiere, lo atinente al deber de rendición de cuentas y demás aspectos propios de una gestión de negocios de un tercero.

Particularmente respecto de la posibilidad de desarrollarlo a través del encargo fiduciario, debe señalarse que la función de las sociedades fiduciarias, como profesionales de servicios financieros que son, consiste en que operen como administradoras institucionales de bienes e intereses ajenos, en razón de la confianza y credibilidad que ofrece la calidad de su gestión a sus clientes y al público en general (a través de experiencia, conocimiento, reputación de rectitud y seriedad), junto con la particular condición de estar autorizadas por esta agencia gubernamental para desarrollar tales empresas.

Justamente el deber correlativo a la confianza depositada en el fiduciario cuando se le reviste de las más amplias facultades para

tramitar negocios de terceros se traduce en la responsabilidad que envuelve dicha labor, responsabilidad que por razones de transparencia, prudencia y fidelidad, consustancial a los servicios profesionales especializados que ofrece este gestor, debe reflejarse en la precisión del mandato conferido, en la más estricta diligencia en el señalamiento puntual de los deberes y obligaciones básicos a su cargo, dentro de los límites de los artículos 1243 del Código de Comercio en armonía con los deberes propios de los administradores previstos en la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, la posibilidad de desarrollar la representación legal a través de un contrato de fiducia mercantil no es ajena a lo indicado anteriormente, siendo la única diferencia con el encargo fiduciario la existencia de una transferencia de uno o varios activos sociales o de cualquier otra fuente al patrimonio autónomo que se estructure para el desarrollo del negocio, lo cual no riñe en forma alguna con el desarrollo de las actividades propias del representante legal, cuyo alcance como ya se dijo debe estar debidamente establecido en el acto constitutivo.»

Respecto de la posibilidad de desarrollarlo a través del encargo fiduciario, debe señalarse que la función de las sociedades fiduciarias, como profesionales de servicios financieros que son, consiste en que operen como administradoras institucionales de bienes e intereses ajenos, en razón de la confianza y credibilidad que ofrece la calidad de su gestión a sus clientes y al público en general (a través de experiencia, conocimiento, reputación de rectitud y seriedad), junto con la particular condición de estar autorizadas por esta agencia gubernamental para desarrollar tales empresas.

*RELACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS PROFERIDOS RECIENTEMENTE
POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA
OCTUBRE – NOVIEMBRE DE 2005*

Bancos. Entidades financieras

Constitución de una entidad bancaria, requisitos.
Concepto 2005046838-3 del 13 de octubre de 2005.

Oficinas. Autoridad competente para exigir los accesos especiales para minusválidos.
Concepto 2005044583-3 del 21 de octubre de 2005.
Concepto 2005045159-2 del 1º de noviembre de 2005.

Circulares Externas de la Superintendencia Bancaria

Naturaleza del acto administrativo.
Concepto 2005045921-2 del 6 de octubre de 2005.

Cheque

Protesto del cheque en canje.
Concepto 2005046128-1 del 7 de octubre de 2005.

Crédito de vivienda

Sistemas de amortización, sistemas autorizados.
Concepto 2005051849-2 del 17 de noviembre de 2005.

Cuenta corriente o de ahorros

Reembolso de los recursos a los depositantes.
Concepto 2005400006-001 del 6 de octubre de 2005.

Gravamen a los movimientos financieros. Tarifas por servicios

Competencia de la DIAN para pronunciarse sobre el gravamen. Tarifas por servicios financieros.
Concepto 2005048868-2 del 6 de noviembre de 2005.

Intermediarios del mercado cambiario

En las operaciones de cambio se pacta la tasa de compra y venta sin comisión.
Concepto 2005050663-2 del 4 de noviembre de 2005.

Leasing

Constitución de compañía de arrendamiento financiero.
Concepto 2005046180-002 del 3 de octubre de 2005.

Leasing operativo e imposibilidad de asimilarlo al concepto de 'renting'.
Concepto 2005052530-4 del 16 de noviembre de 2005.

Oficinas de representación

Objetivos de la reglamentación contenida en el Decreto 2951 de 2004.
Concepto 2005019718-2 del 16 de noviembre de 2005.

Pagaré

Cesión de crédito de redescuento, garantías.

Concepto 2004048048-3 del 28 de octubre de 2005.

Pagos de servicios públicos

Autonomía contractual de las entidades financieras para pactar con empresas de servicios públicos el recibo de pagos de sus usuarios.

Concepto 2005037837-2 del 7 de octubre de 2005.

Póliza de cumplimiento

Disminución del riesgo. Respaldo de la conducta del contratista.

Concepto 2005016257-7 del 4 de octubre de 2005.

Reliquidación. Créditos de vivienda

Normativa y jurisprudencia sobre alivios de la Ley 546 de 1999.

Concepto 2005037784-2 del 14 de octubre de 2005.

Seguro

Contrato de adhesión, cláusula compromisoria.

Concepto 2005038900-11 del 7 de octubre de 2005.

Reservas técnicas. Reserva para siniestros pendientes.

Concepto 2005044656-2 del 26 de octubre de 2005.

Seguro de vida

Término de tiempo para declarar muerte presunta por desaparecimiento.

Concepto 2005041290-2 del 26 de octubre de 2005.

Interés asegurable y seguro de vida grupo.

Concepto 2005035016-2 del 7 de octubre de 2005.

Tasas de interés

Límites legales.

Concepto 2005045598-001 del 1° de noviembre de 2005.

Títulos valores

Operaciones con títulos valores en blanco, instructivo.

Concepto 2005048534-2 del 11 de noviembre de 2005.

UVR

Bonos hipotecarios. Reglamentación.

Concepto 2005043700 y 2005045369-2 del 5 de octubre de 2005.

Temas de Consulta

Compañías de seguros. Riesgo operacional

Cooperativas. Unidad de materia. Ley 795 de 2003

Fondos de pensiones obligatorias.

Régimen de inversiones

Hábeas data. Ley. Conflictos de interés

Prevención y control de actividades delictivas.

Entidades vigiladas

COMPAÑÍAS DE SEGUROS - RIESGO OPERACIONAL

Superintendencia Bancaria de Colombia

Circular Externa 043 de 2005

(noviembre 18)

Referencia: Modificaciones a los Capítulos Segundo y Quinto del Título Sexto de Circular Externa 007 de 1996.

«(...) Teniendo en cuenta el impacto económico negativo que pueden generar las actividades fraudulentas sobre el sector asegurador, bien sean perpetradas por terceros o por personas vinculadas a éste, este Despacho considera importante realizar algunas modificaciones a los Capítulos Segundo y Quinto del Título VI de la Circular Externa 007 de 1996, con el fin de incluir el fraude como parte del riesgo operacional de toda entidad aseguradora y establecer la obligación para los órganos de administración de dichas entidades de adoptar las medidas de control necesarias para prevenir este riesgo.

En tal sentido, se establece que en el estudio que se presenta ante la SBC para sustentar la solicitud de autorización para operar un nuevo ramo de seguro, deben incluirse tanto las medidas específicas de control que serán adoptadas para prevenir la configuración de actos fraudulentos, como las medidas que serán tomadas una vez éstos hayan sido detectados.

Sumado a lo anterior, las entidades aseguradoras deben ajustar sus Sistemas Especiales de Administración de Riesgos de Seguros (SEARS) a lo dispuesto en esta circular y deben remitir a la SBC el texto de la modificación correspondiente antes del 31 de diciembre de 2005.

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el numeral 1.1.4.3 del Capítulo Segundo, Título VI de la Circular Externa 007 de 1996 y el numeral 1.3.7 del Capítulo Quinto, Título Sexto de la misma circular.»

COOPERATIVAS - UNIDAD DE MATERIA - LEY 795 DE 2003

Por considerarlo de interés se presenta a continuación el concepto rendido por el Señor Procurador General de la Nación con relación a la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003 "por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones".

Procuraduría General de la Nación

Concepto 3954 de 2005

(octubre 13)

«(...) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2 y 278, numeral 5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 6 y 242, numeral 1 de la

Carta, instauró ante esa Corporación el ciudadano (...), contra los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003, que modifican algunas disposiciones de la Ley 454 de 1998, según los cuales se regulan algunos aspectos relativos a las cooperativas y organizaciones de economía solidaria, se fija el radio de acción, funciones, financiamiento y facultades de la Superintendencia de Economía Solidaria, se crea el Fondo de liquidez de las cooperativas, se prevé la especialización y conversión de las cooperativas, y se establecen prerrogativas tributarias para el sector cooperativo.

1. Planteamientos de la demanda

El ciudadano (...), estima que las normas acusadas vulneran el artículo 158 la Carta Política, referido a la obligación de observar la regla de unidad de materia en el proceso de formación de la ley, por las siguientes razones:

1.1 La Ley 795 de 2003, tuvo como objeto expedir una normativa por la cual se hacen algunos ajustes al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del sector asegurador, ello es, para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, pero no era su finalidad regular lo relativo a aquellas entidades del sector cooperativo vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria.

1.2. El Estatuto del Sistema Financiero se halla contenido en el Decreto-Ley 663 de 1993, sin embargo, el legislador mediante la ley demandada, reformó y adicionó los artículos 34, 37, 39, 40, 43, 45, 46, 48, 50, 51 y 61 de la Ley 454 de 1998 por la cual se regula la economía solidaria por lo que el legislador desbordó el marco de las competencias otorgadas con la consecuente violación del artículo 158 de la Carta Política..

2. Problema jurídico

Corresponde al Ministerio Público determinar, si el legislador al reformar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Asegurador, contenido en el Decreto-Ley 663 de 1993, e introducir en dicha reforma algunas modificaciones y adiciones a la Ley 454 de 1998, que establece el régimen aplicable a las entidades del sector solidario de la economía, violó la regla de unidad de materia ya que la reforma de esta última disposición se encontraba por fuera de sus facultades constitucionales.

Sobre el particular, el Procurador General de la Nación habrá de conceptuar lo siguiente:

3. El fundamento histórico normativo del sector cooperativo y su nexa con las actividades financieras

3.1 El sector cooperativo se estructuró en un principio sobre la base de la generación de incentivos para el ahorro privado y con el objeto de revertir los beneficios de tal actividad entre los agremiados como expresión del principio de solidaridad. Entre 1980 y 1990, se desarrolló en el continente el sistema del cooperativismo financiero, lo cual originó la toma

El sector cooperativo se estructuró en un principio sobre la base de la generación de incentivos para el ahorro privado y con el objeto de revertir los beneficios de tal actividad entre los agremiados como expresión del principio de solidaridad.

de decisiones del Gobierno Nacional para ejercer un control especializado sobre dicha actividad, habilitando la realización de operaciones financieras por parte del sector cooperativo bajo una reglamentación de carácter específico.

3.2 Bajo la Constitución de 1991, de conformidad con el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas *"regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público"*.

De igual manera, prevé el texto Superior que las actividades del sector financiero y del sector cooperativo han de ser vigiladas por el Presidente de la República, toda vez que con ello se ofrece una protección a la naturaleza de la actividad financiera y de ahorro. Así, el Constituyente estableció en el numeral 24 del artículo 189 de la Carta Política que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: *"Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles"*.

3.3 Dentro del perfil constitucional de economía solidaria, la Sentencia C-948 de 2001, cita las disposiciones de los artículos 1° (solidaridad como fundamento del Estado); 38 (derecho de asociación de los trabajadores); 51 (formas asociativas de ejecución de programas de vivienda); 58 (protección y promoción de las formas asociativa y solidaria de la propiedad); 60 (promoción del acceso a la propiedad y en particular de los trabajadores y de las organizaciones solidarias en los procesos de privatización); 64 (obligación del Estado de promover el acceso a la propiedad de la tierra en forma individual o asociativa) y artículo 333 (obligación del Estado de fortalecer las organizaciones solidarias y promover el desarrollo empresarial).

Para el juez constitucional, tal marco normativo está encaminado a proteger esta clase de propiedad para lo cual se impone al legislador la obligación de desarrollar tales postulados, cuyos antecedentes también corroboran la especial preocupación del Constituyente por la protección y el estímulo a la propiedad asociativa y solidaria.

Por tanto, la normatividad para el sector cooperativo, no sólo debe evaluarse a la luz de los mencionados postulados constitucionales, sino tomando como base las causas que motivaron la crisis del sector financiero, cuya solución hizo necesario el replanteamiento del régimen jurídico de las entidades dedicadas a dicha actividad, la cual, de conformidad con la Carta Política, es de interés público, toda vez que involucra los intereses de los socios y de terceros y afecta el sistema económico en general. Desde esa perspectiva, debe tenerse en cuenta que es el legislativo el órgano competente para establecer el régimen del sector solidario y en particular de aquellas organizaciones cooperativas que desarrollan actividades que tienen que ver con la captación y colocación de recursos financieros en concordancia con los artículos 150 (numeral 19, literal d), 333, 334 y 335 de la Constitución Nacional.

Así, ha de entenderse que existe una relación directa entre las facultades de inspección y vigilancia que competen al Presidente de la República en ejercicio del poder de policía que le es propio y la labor del Congreso de la República que, dentro de sus facultades debe proveer de instrumentos jurídicos a las autoridades para hacer efectiva la actividad de la administración en materia financiera y cooperativa.

Ha de entenderse que existe una relación directa entre las facultades de inspección y vigilancia que competen al Presidente de la República en ejercicio del poder de policía que le es propio y la labor del Congreso de la República que, dentro de sus facultades debe proveer de instrumentos jurídicos a las autoridades para hacer efectiva la actividad de la administración en materia financiera y cooperativa.

Establecido que el legislador posee la facultad configurativa de las normas que regulan la actividad del sector financiero y, que por lo mismo, puede autorizar a las entidades del sector para convertirse en cooperativas financieras, desde luego, ha de concluirse que goza de la misma facultad para establecer el sistema de controles y las entidades a cargo de dicha tarea sin que con ello se incurra en violación alguna al régimen de autonomía del sector cooperativo o se atente contra el principio de especialidad de las normas aplicables a dicho sector, pues el cambio de naturaleza o la habilitación para ampliar el marco de sus actividades, haciendo compatibles el ahorro con fines solidarios y la actividad financiera, bien permite hacer, igualmente compatibles las distintas normas por las cuales se regulan las distintas economías.

4. Las disposiciones acusadas no vulneran la regla de unidad de materia porque el aspecto financiero guarda relación temática con las demás actividades que inciden en el desarrollo macroeconómico del Estado

4.1 Ha sostenido la Corte Constitucional que uno de los aspectos en los cuales se funda la observancia de la regla de la unidad de materia es la conservación de los principios de consecutividad e identidad para que el Congreso no sea sorprendido con la inclusión de preceptos no debatidos desde un principio como parte integrante de los proyectos de ley o se desconozca el reglamento en lo concerniente al número de debates que requiere la ley en su proceso de formación; tal aspecto, de rigurosa aplicación fue observado en el trámite de los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003, toda vez que desde la presentación del proyecto de ley estuvo implícita la reforma a la Ley 454 de 1998 que regula los aspectos inherentes al sector solidario de la economía. En efecto, y de conformidad con las publicaciones introducidas en la Gaceta del Congreso número 641 de 2001, se tiene que en la ponencia para primer debate se señaló dentro de la exposición de motivos lo siguiente:

"(...).

"En relación con el sector cooperativo, el proyecto de ley precisa el alcance del artículo 40 de la Ley 454 de 1998, de forma tal que la calidad de establecimiento de crédito se aplica a las cooperativas financieras. Dicha norma señala que la Superintendencia Bancaria está facultada para establecer planes de ajuste para la conversión en cooperativas financieras de aquellas cooperativas que demuestren el cumplimiento de los requisitos para el efecto.

"De otro lado en relación con el paquete de normas que modifican la Ley 454 de 1998 y que se propone adicionar al proyecto de ley, parte del análisis de la situación de la regulación de las cooperativas con actividad financiera con posterioridad a la crisis que se presentó en el sector en el período 1997-1999, así como de la aplicación en la práctica del marco creado por la ley.

"En tal sentido, se propone eliminar el artículo 13 de la Ley 510 de 1999, el cual modificó la norma de la Ley 454 de 1998 que obliga, entre otras cosas, a las cooperativas a convertirse en financieras cuando sus captaciones superan los límites previstos en la norma. Con la eliminación de este artículo, se busca que las cooperativas que captan recursos de los asociados y de terceros sean vigiladas por la Superintendencia Bancaria y por la tanto tengan la naturaleza de cooperativa financiera, mientras que las cooperativas que captan recursos únicamente de sus asociados sean vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria.

"En su lugar se propone la incorporación de normas sobre el deber de información de las cooperativas a los asociados sobre los derechos, deberes y riesgos inherentes a tal calidad, en la medida en que durante la crisis se evidenció desinformación de los asociados, quienes identificaban los aportes en estas entidades con los depósitos de ahorro.

"Conviene también indicar expresamente que la palabra ahorro no pueda ser utilizada sino por aquellas entidades que cuentan con autorización para realizar actividad financiera, ya que se viene empleando dentro del sector para referirse a los aportes, lo cual crea confusión en los asociados sobre los derechos que se derivan de su vínculo con la respectiva entidad.

"Se considera importante así mismo aclarar que todas las cooperativas que adelantan actividad financiera deben mantener un fondo de liquidez, en la medida en que se han presentado diversas interpretaciones sobre el particular. De otra parte, la norma vigente debe ser actualizada, en la medida en que existen pocos organismos de naturaleza solidaria en los cuales podrían depositarse los recursos, lo cual rebasa su capacidad operativa y contradice el principio de diversificación que debe aplicarse en materia de administración de riesgos.

"En varias ocasiones el sector cooperativo se ha pronunciado sobre la necesidad de fortalecer la Superintendencia de la Economía Solidaria. Las actuales restricciones presupuestales no permiten sin embargo, que el Gobierno Nacional aumente los recursos que actualmente asigna a la entidad de vigilancia y control. Se considera entonces imprescindible permitir que las entidades vigiladas aumenten su participación en los gastos que requiere la entidad, tal como ocurre en la mayoría de las superintendencias.

"Los estudios que se realizaron a raíz de la crisis que tuvo lugar durante 1998 y 1999, indicaban que una de las razones de la misma, consistió en la gestión de los administradores, quienes, en ausencia de un régimen claro que regulara las situaciones generadoras de conflictos de interés, utilizaron los recursos de las entidades en operaciones ajenas al objeto de la entidad y en contra del principio de diversificación del riesgo de crédito. En tal sentido, se propone también una modificación a las normas sobre créditos otorgados a los administradores y miembros de las juntas de vigilancia, así como a sus parientes.

"Se considera de otra parte, que el régimen de inversiones de las cooperativas con actividad financiera, debe asimilarse al previsto para las demás entidades autorizadas para captar recursos, el cual es el resultado de experiencias mundiales en materia de administración de riesgos por parte de este tipo de entidades, los cuales son igualmente predicables respecto de las cooperativas con actividad financiera".

A la aludida motivación siguió el texto de las reformas contenidas en el articulado que se cuestiona, razón por la cual, tanto las comisiones constitucionales, como las plenarias de la Cámara de Representantes y del Senado de la República conocieron desde un comienzo que el texto de reforma al Estatuto del Sistema Financiero comportaba una serie de modificaciones al régimen jurídico del sector solidario de la economía, las que fueron debatidas y aprobadas como cuerpo normativo integrante de la reforma al Estatuto del Sector Financiero.

Y, no se advirtió por parte de los congresistas irregularidad alguna en ese sentido, por cuanto, si existe un régimen jurídico que atribuye un tratamiento especial al ahorro cuando

se captan recursos del público en forma masiva, es lógico que las normas aplicables al sector financiero, para efectos del control y vigilancia de las entidades dedicadas a dicha actividad, sean coherentes y concordantes, pues no debe olvidarse que, como se dejó expresado, algunos entes del sector cooperativo, pueden simultáneamente desarrollar actividades financieras y de ahorro con fines solidarios. Tampoco, en virtud de la atribución conferida a los presidentes de las comisiones en el artículo 158 de la Carta Política, fue rechazada la propuesta por violación a la regla de unidad de materia, toda vez que las normas relativas a los sectores financiero y solidario de la economía estaban predefinidas en el proyecto.

4.2 Entonces, siempre que se regule un aspecto financiero, debe observarse su relación con las actividades especialmente protegidas como aquellas que desarrolla el sector solidario de la economía para efectos de atender a su especialización en asuntos tales como la transformación de las entidades, la autorización para desarrollar nuevas modalidades de ahorro y crédito y la vigilancia y control como factor de confianza en el sector, tal y como lo exige el desarrollo económico en épocas de cambio.

No existe una mixtura carente de fundamento constitucional, como lo entiende el demandante, en el ejercicio de la vigilancia que hace el ejecutivo a las entidades del sector solidario de la economía a través de las Superintendencias Bancaria y de Economía Solidaria, porque cada de estas entidades tiene funciones específicas, ya sea en materia financiera o de ahorro y porque algunas cooperativas desarrollan actividades de ambos tipos; al respecto, nótese que estas cooperativas pueden ser especializadas, financieras, multiactivas, integrales o de ahorro y crédito, entre las múltiples posibilidades que ofrece la ley.

Siempre que se regule un aspecto financiero, debe observarse su relación con las actividades especialmente protegidas como aquellas que desarrolla el sector solidario de la economía para efectos de atender a su especialización en asuntos tales como la transformación de las entidades, la autorización para desarrollar nuevas modalidades de ahorro y crédito y la vigilancia y control como factor de confianza en el sector, tal y como lo exige el desarrollo económico en épocas de cambio.

5. La aplicación de la regla de unidad de materia y el caso en estudio

5.1 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la regla de unidad de materia se aplica de manera flexible a efectos de no afectar el principio democrático (Sentencias C-025 de 1993, C-407 de 1994, C-055 de 1996, C-478 de 1998, C-551 y C-1025 de

2001). También ha sostenido el Alto Tribunal, que en algunos eventos específicos no puede ser utilizado tal criterio porque las leyes tienen un propósito constitucional específico (Sentencia C-573 de 2004).

Para el análisis del presente caso, considera el despacho que en virtud de que las leyes que establecen o modifican el régimen del sistema financiero o el del sector solidario de la economía, si bien tienen un carácter especial, no comportan, desde el punto de vista constitucional, el carácter específico que amerita la aplicación del control de constitucionalidad por violación a la regla de unidad de materia en forma rígida.

5.2 La Ley 795 de 2003 *"por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones"*, resulta ser una normativa pluritemática que pretende atemperar la legislación con los cambios más recientes en materia de captación de dineros del público en forma masiva. Es esta la razón por la cual dicha normativa:

5.2.1 Amplía el campo de acción de los entes cooperativos;

5.2.2 Precisa el alcance del control que ejerce el Presidente de la República a través de la Superintendencia de Economía Solidaria sobre los entes del sector que no se encuentren sujetos a control especial con asistencia tecnológica, asesoría técnica y formación del recurso humano por parte de la Superintendencia Bancaria;

5.2.3 Fija la forma de financiación de la Superintendencia de Economía Solidaria y establece la forma de establecer las tasas;

5.2.4 Dota a la mencionada superintendencia de facultades para imponer medidas cautelares frente a las entidades infractoras de las normas;

5.2.5 Fija a las cooperativas de ahorro y crédito y a las multiactivas con sección de ahorros la obligación de constituir un fondo de liquidez;

5.2.6 Fija el alcance, la naturaleza y requisitos de funcionamiento de las cooperativas financieras y las somete al control de la Superintendencia Bancaria, sometiendo su actividad a las normas que rigen para el sistema financiero y las demás normas que les sean aplicables, estableciendo la obligatoriedad de éstas de informar a los interesados, en el momento de la afiliación, sobre sus derechos y deberes y de hacerles la distinción en las sumas aportadas en cuanto a inversión y ahorro.

5.2.7 Establece restricciones para el uso de la palabra "ahorro", y la obligatoriedad de convertir las cooperativas de ahorro en cooperativas financieras cuando el monto de sus ingresos durante dos meses consecutivos supere el 51% de sus pasivos, mediante la presentación de planes de ajuste.

5.2.8 Fija pautas sobre la escisión de las cooperativas y los derechos de los asociados de la cooperativa que da origen a otras.

5.2.9 Establece las alternativas que tienen las cooperativas multiactivas e integrales para su conversión en cooperativas financieras y las excepciones en el cumplimiento de las normas sobre conversión.

5.2.10 Fija límites a las inversiones de capital de los entes cooperativos en relación con los aportes y reservas patrimoniales.

5.2.11 Establece las prerrogativas tributarias del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas.

5.2.12 Establece las reglas que rigen las operaciones del ente cooperativo con los asociados, administradores, miembros de las juntas de vigilancia y sus parientes.

5.2.13 Autoriza la creación de cooperativas a las entidades reguladas en el artículo 72 de la Ley 79 de 1988, que presten servicios de previsión, asistencia y solidaridad.

5.3 De la consagración normativa de tales previsiones, se infiere i) que en virtud de la función de vigilancia que compete al Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones como suprema autoridad administrativa, puede la ley asignar funciones a las distintas superintendencias y, tales funciones (control y vigilancia) ser ejercidas por más de un organismo administrativo dentro de una misma entidad, dada la diversificación de sus actividades; ii) que, en virtud de las actividades que la ley permite desarrollar a las entidades del sector cooperativo, debe armonizarse la normatividad aplicable al sector financiero con la que es propia del sector solidario de la economía; iii) que existe conexidad temática en las normas que determinan la función de control a cargo de las superintendencias frente a la captación masiva de dineros del público; iv) que la armonización entre los principios que rigen el sistema financiero y el sector de la economía solidaria, sólo es posible a través de la ley; v) que las limitaciones e imposiciones que la ley fija a las entidades del sector cooperativo tienden al mantenimiento de la estructura organizativa del sector y a la defensa del interés público; vi) que las entidades que administran el ahorro del público y simultáneamente desarrollan la actividad financiera, deben ser sometidas a especiales controles para cuyo efecto el legislador puede dotar a las autoridades administrativas de herramientas suficientemente idóneas para el cumplimiento de dicho fin. En efecto, ha dicho al respecto la Corte Constitucional que:

"La intervención del gobierno en las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás que tengan que ver con el manejo aprovechamiento e inversión de recursos captados del público busca que aquellas se cumplan en concordancia con el interés público; que se tutelan los intereses de los usuarios que acuden a los servicios de las entidades que los ofrecen; que se ofrezcan en general condiciones patrimoniales y de manejo institucional que garanticen adecuadas condiciones de seguridad y transparencia en el manejo de los recursos de los ahorradores, depositarios y asegurados" (Sentencia C-021 de 1994).

En ese orden de ideas, las normas contenidas en los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003, no resultan ser un cuerpo extraño dentro del marco normativo que reforma el Estatuto del Sistema Financiero, pues, si bien, al sector cooperativo se aplica el principio de especialidad de las normas, en virtud a la especial protección que amerita el ahorro público y la finalidad que persigue la economía solidaria, hoy existe una combinación de actividades legalmente permitidas a las entidades cooperativas para hacer más eficiente el desarrollo de la economía lo que implica la necesidad de efectivizar los controles a efectos de evitar la defraudación de la confianza de los ahorradores e inversionistas en las instituciones legalmente autorizadas, evitando las crisis del sector solidario de la economía cuyos efectos sociales son de público conocimiento. Dicho en otras palabras, existe una relación temática entre las normas demandadas y el objeto de la Ley 795 de 2003 que reforma el Estatuto del Sistema Financiero lo que, en criterio del Procurador General de la Nación, impone la declaración de constitucionalidad de las normas cuestionadas.

6. Conclusión

El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte Constitucional, declarar **EXEQUIBLES** los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003, por cuanto su contenido no vulnera la regla de unidad de materia consagrada en el artículo 158 de la Constitución Política, dada la conexidad temática existente entre dichas disposiciones y las que prevén el régimen aplicable a las entidades del sector financiero (...).»

FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS - RÉGIMEN DE INVERSIONES

Superintendencia Bancaria de Colombia

Circular Externa 034 de 2005

(octubre 14)

Referencia: Modificación al régimen de inversiones de los fondos de pensiones obligatorias.

«(...) este Despacho en uso de la facultad legal consagrada en el artículo 100 de la Ley 100 de 1993, considera conveniente efectuar las siguientes modificaciones y precisiones al régimen de inversiones de los fondos de pensiones obligatorias previsto en el Título IV, Capítulo IV de la Circular Externa 007 de 1996:

1. Se modifican los numerales 1.8.3 y 3.7 y se adiciona el numeral 1.8.4, con el fin de establecer un límite máximo de inversión del 5% del valor del fondo en fondos comunes especiales administrados por sociedades fiduciarias, fondos de valores distintos de los abiertos sin permanencia administrados por comisionistas de bolsa y fondos de Inversión distintos de los abiertos sin permanencia administrados por sociedades administradoras de fondos de inversión, incluidos los fondos de capital privado a que se refiere la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores.

2. Se aclara en los numerales 1.11, 7 y 13 que el término "originado" se refiere al originador de una titularización.

3. Se modifica el numeral 1.11.5 y se suprime el 1.11.6 con el fin de homologar los requisitos que deben cumplir, para ser admisibles, las inversiones en fondos mutuos de inversión internacionales y fondos índice. Así mismo, se incluye dentro de dichos requisitos la publicación del valor de rescate de la cuota o unidad de los citados fondos mediante sistemas públicos de información financiera de carácter internacional.

4. Se adiciona el numeral 1.12 y se modifica el numeral 2 con el fin de aclarar que serán admisibles las notas estructuradas de capital protegido, siempre y cuando el emisor garantice las condiciones contractuales de las mismas y la inversión con la que se protege el capital corresponda a uno de los títulos de renta fija admisibles para los fondos de pensiones y cumpla con los requisitos de calificación mínima.

Para efectos de los límites globales de las citadas notas, se aclara en el numeral 3.12 que las mismas computarán para el grupo o clase de título al que pertenece el emisor de cada uno de sus componentes.

5. Se adiciona un párrafo al numeral 1, con el fin de aclarar que no serán admisibles para los fondos de pensiones obligatorias aquellas inversiones en las que el emisor establezca que podrá cancelar las mismas con la entrega de títulos de emisores que hayan entrado en incumplimiento de pago de su deuda.

6. Se modifica el numeral 2.1 con el fin de establecer que la inversión en los fondos comunes ordinarios y especiales, fondos de valores y fondos de inversión, distintos de los fondos de capital privado a que se refiere la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores, será admisible siempre y cuando, según su reglamento, los títulos de renta fija en que pueda invertir cuenten con una calificación mínima de grado de inversión.

Así mismo, se adiciona el citado numeral para establecer que las emisiones de emisores nacionales colocadas en el exterior serán admisibles cuando cuenten con una calificación no inferior a la asignada a la deuda pública externa de Colombia.

7. Se establece en el numeral 2.2 que las participaciones en fondos mutuos de inversión internacionales cuyo objetivo principal sea invertir en acciones no requieren de calificación y que la calificación de los títulos emitidos por organismos multilaterales se verificará respecto de la asignada a dicho organismo y su deuda.

8. Se modifica el numeral 3.7 con el fin de aclarar que la inversión en fondos comunes especiales, fondos de valores y fondos de inversión distintos de los abiertos sin pacto de permanencia destinados a realizar inversiones en títulos de emisores del exterior,

computará para el límite de inversión en emisores del exterior.

9. Se establece en el numeral 12 como uno de los requisitos para celebrar contratos de custodia con entidades del exterior, que se incluya dentro de los mismos la obligación de poner a disposición de la sociedad administradora, en la forma y periodicidad que la Superintendencia Bancaria de Colombia lo solicite, las posiciones mantenidas en custodia por cada uno de los fondos y los movimientos de las mismas, así como la obligación para el custodio de no prestar los activos del fondo ni utilizarlos para liquidar deudas con la administradora. Para el efecto, la sociedad administradora deberá remitir a la Superintendencia Bancaria de Colombia una copia del respectivo contrato, traducida al castellano, si fuere del caso, dentro de los quince días siguientes a su suscripción.

10. Disposiciones varias

A más tardar al 30 de abril de 2006:

- "Los contratos de custodia celebrados con entidades del exterior deben ajustarse a lo descrito en el numeral 9 de la presente norma y remitir copia del mismo, con traducción oficial al castellano, si fuere del caso, a la Delegatura de Seguridad Social y otros Servicios Financieros.

- "Los fondos de pensiones obligatorias para efectos de realizar inversiones en los fondos descritos en el numeral 6 de esta circular, deberán tener en cuenta que los respectivos reglamentos contemplen los requisitos de calificación previstos en el citado numeral.

11. Vigencia

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación, modifica el Capítulo 4, Título IV de la Circular Externa 007 de 1996 y los planes de cuentas de los fondos de pensiones y de cesantía.»

HÁBEAS DATA - LEY - CONFLICTOS DE INTERÉS

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 29 de septiembre de 2005. Radicado 1673.

«(...)

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, consulta a la Sala con el fin de que conceptúe sobre la ocurrencia de un posible conflicto de (interés) en los Congresistas, con ocasión de la presentación y trámite de un proyecto de ley estatutaria que regule el hábeas data, para lo cual formula esta pregunta:

"¿Puede un congresista con historial crediticio a su nombre en un banco de datos de información financiera participar en el debate y aprobación de un proyecto de ley estatutaria sobre hábeas data, dentro del cual se contemple un término de permanencia para la información allí registrada, o por el contrario, debe declararse impedido?"

En el aparte dedicado a los antecedentes de la consulta, indica el señor ministro que en ocasiones anteriores, no se ha podido culminar con éxito el trámite legislativo de otros proyectos de ley sobre este tema. Señala que "uno de los factores que han dificultado la discusión y aprobación de estas iniciativas, son los impedimentos planteados por varios congresistas, los cuales han entendido que la existencia de un historial crediticio a su nombre en los bancos de datos de información crediticia, les impide considerar proyectos que tratan esta materia."

El señor ministro explica en su comunicación los alcances y bondades del proyecto, exponiendo que se trata de una regulación integral del derecho fundamental al hábeas data, "uno de cuyos capítulos es el vinculado a la actividad de los bancos de datos de naturaleza financiera, sobre los cuales es necesario precisar su función como facilitadores del suministro de crédito a menores costos y no como equivocadamente se les tilda de listas negras". Reitera la necesidad de expedir una regulación como la planteada, que además es de interés de la comunidad pues debe abaratar los costos en las transacciones y ser una estupenda carta de presentación para los deudores que han cumplido rigurosamente con sus obligaciones.

Dada la generalidad del proyecto, sus bondades y que no se trata de establecer listas negras, considera el señor ministro que "no existe impedimento alguno para su consideración por parte congresistas con historial crediticio en sus bases de datos."

Para responder la Sala CONSIDERA:

1. La regulación de los conflictos de interés y su efecto inhabilitante.

Dado que la consulta inquiriere sobre la posible aplicación de las reglas sobre conflictos de interés de los Congresistas en relación con el impedimento que de ellas surge, procede a transcribir las más importantes, a saber:

Constitución Política:

"Artículo 182. Los Congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones."

Ley 5ª de 1992:

"Artículo 263. Compromiso y responsabilidad. Los miembros de las Cámaras Legislativas representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común."

Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.¹

Artículo 268. Deberes. Son deberes de los Congresistas:

(...)

4. Abstenerse de invocar su condición de congresista que conduzca a la obtención de algún provecho personal indebido.

(...)

6. Poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

7. Cumplir las disposiciones acerca de las incompatibilidades y conflictos de interés."

Conflicto de intereses

"Artículo 286. Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas."

Artículo 291. Declaración de impedimento. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.

Artículo 292. Comunicación del impedimento. Advertido el impedimento, el congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Comisión o Corporación Legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.

Artículo 293. Efecto del impedimento. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo presidente excusará de votar al congresista.

La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del parágrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista.

El secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención."

Si bien existen otras normas que regulan los conflictos de intereses que pueden ser aplicables a los congresistas, dado que la consulta inquiriere únicamente sobre el efecto inhabilitante de los mis-

¹ Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 974 de 2005. El texto vigente a partir del 19 de julio de 2006 es el siguiente: "Los miembros de las Cámaras Legislativas representan al pueblo, y deberán actuar en bancadas, consultando la justicia y el bien común, y de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de su partido o movimiento político o ciudadano. Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura."

mos cuando se presenten en cabeza de un miembro del legislativo, y en forma específica sobre su posible ocurrencia en el trámite de una ley estatutaria que regule el hábeas data, se han transcrito aquellas que directamente regulan el tema, pues serán el principal fundamento de la respuesta.

Las normas antes transcritas, han sido objeto de dos grupos de pronunciamientos por parte del Consejo de Estado: los primeros de esta misma Sala de Consulta y Servicio Civil, al definir, por vía general, si se presentaban o no, conflictos de interés al tramitar ciertas leyes e incluso un acto legislativo, y las otras, de la Sala Plena Contencioso Administrativa, al decidir las demandas de pérdida de investidura de los Congresistas al no poner en conocimiento de la orporación la circunstancia de estar inmerso en uno de éstos conflictos. Para efectos de la respuesta que se dará al final, procede la Sala en un primer momento a resumir la doctrina de las providencias y conceptos, para luego analizar el caso concreto del proyecto de ley estatutaria materia de este concepto.

2. La doctrina sobre conflicto de intereses en los conceptos y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En varias oportunidades se ha pronunciado esta Sala sobre posibles conflictos de interés de los Congresistas en el trámite de leyes, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

(i) Concepto 1170, de fecha 3 de febrero de 1999, autorizado por Oficio 0045 del 9 de febrero de 1999, en el que se analiza un posible conflicto en el trámite de una ley sobre crédito hipotecario.

(ii) Concepto 1191, de fecha 27 de mayo de 1999, autorizado por Oficio 0521 del 1° de junio de 1999, en el que se analiza un posible conflicto en el trámite de una ley sobre el impuesto predial unificado del distrito capital.

(iii) Concepto 1563, de fecha 30 de marzo de 2004, autorizada su publicación con oficio 2004EE2756 de 1° de abril de 2004, trata del posible conflicto de interés sobre el proyecto de ley de carrera administrativa.

(iv) Concepto 1572, de fecha 28 de abril de 2004, autorizada su publicación por Oficio 0159 de 11 de mayo del 2004, sobre el posible conflicto de interés en el trámite del acto legislativo que suprimió la prohibición de la reelección inmediata del Presidente de la República.

La doctrina en estos conceptos es homogénea, por lo que la Sala se remite a ellos para confirmarla, presentando, en este caso un breve resumen a manera de fundamento de la respuesta que se dará mas adelante. Las sentencias proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en las acciones de pérdida de investidura, se fundan en los mismos conceptos jurídicos, que también se han tenido en cuenta para la síntesis que se hace a continuación²; cuyos rasgos principales son:

El sustento democrático de la institución va unido a la necesidad de proteger la legitimidad de la función legislativa. De acuerdo con la Constitución Política y la teoría

2 Sentencias AC 1276 del 24 de marzo de 1994, AC 1433 del 4 de agosto de 1994, AC 5371 del 10 de marzo de 1998, AC 6289 del 6 de octubre de 1998, 130 del 20 de noviembre de 2001, 132 del 2 de octubre de 2001, 447 del 3 de septiembre de 2002, 519 del 11 de marzo de 2003, 1127 del 1 de abril de 2003, 580 del 5 de agosto de 2003, 587 del 5 de agosto de 2003 y sentencia del 11 de marzo de 2003 radicada bajo el número 11001-03-15-000-2002-0519-01(PI-047) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

de la democracia, los Congresistas deben votar siempre teniendo en cuenta *la justicia y el bien común*³, en tanto representan todo el pueblo de Colombia y no una parte de él, entendiéndose por parte no solo la que habita en una zona geográfica del territorio sino la que puede estar unida por un determinado interés. La teoría democrática parte del supuesto de que es posible conciliar bajo una misma ley los diferentes intereses que existen en la sociedad. La regulación expedida sobre el conflicto de interés, busca entonces proteger este apotegma de la democracia, pues la presencia de un interés particular en un congresista, con las características que se verán enseguida, puede llevar a que por sí mismo deslegitime su función de representación, por lo que la prudencia indica la necesidad de separarlo de la intervención en los debates y la aprobación de la ley. Además, se resquebraja la legitimidad de la ley si un Congresista, traicionando sus deberes, participa en el trámite legislativo con miras a hacer prevalecer su interés particular, pues en este caso no se estaría consultando el bienestar general sino el particular. Si esto ocurre se rompe el principio de la transparencia en las actuaciones de los órganos del Estado, que es otro de los pilares de la democracia.⁴

Concurrencia del interés general con el interés particular. Como bien lo expresa el nombre dado a la institución que se analiza, el interés general al que están sometidos los miembros del congreso debe entrar en conflicto, esto es debe concurrir con el particular de alguno de sus integrantes, que debe ser actual y cierto por oposición a futuro y eventual, puesto que se presenta en el momento en que se está tramitando una ley, de donde se desprende que no se entiende que haya conflicto si éste se pudiere presentar en un futuro o que se hubiere podido dar con anterioridad. Es evidente que todos los asociados pueden ser sujetos pasivos de todas las leyes, por lo que siempre podrá decirse que una ley eventualmente puede beneficiar a cualquier asociado, incluidos los miembros del Congreso. Por esta razón, se requiere que el conflicto sea real y no simplemente una eventualidad de la aplicación de la ley.⁵

El conflicto debe ser lo suficientemente grave que permita deducir que puede afectar el discernimiento del Congresista, ya que, según la experiencia humana, lo probable es que intervenga a su favor y no pensando en el bien común. Es lógico decir que en el conflicto de intereses se presenta un elemento objetivo y uno subjetivo: es objetiva la doble situación en que se encuentra el Congresista, quien debe soportar la tensión de los intereses que se oponen (el general de su función y el particular de su situación personal) y es subjetivo, pues no puede predicarse de la generalidad de Congresistas, sino de quien se encuentre en la situación concreta que genere la contradicción con la función de interés general llamado a desempeñar.⁶

3 Artículo 133 de la Constitución Política.

4 Ver Concepto 1170 del 3 de febrero de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Punto 1.1 de las Consideraciones.

5 Ver Concepto 1572 del 28 de abril de 2004. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Punto 3 de las Consideraciones.

6 Sentencia del 5 de agosto de 2003. Radicación 11001-03-15-000-2003-0580-01(PI). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: "Sobre el entendimiento de dicha causal esta Corporación de Justicia ha estudiado el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de Congresistas referido al régimen contenido en el artículo 286 de la ley 5 de 1992, entre otros; y se ha pronunciado sobre distintos puntos: En sentencia proferida el 20 de noviembre de 2001 se señalaron las circunstancias de orden objetivo y subjetivo que deben concurrir para estructurar la causal:

- La participación efectiva del Congresista en el procedimiento legislativo o en los mecanismos de control;
- La existencia, cierta y demostrada, de que las deliberaciones, votaciones y aprobación de una determinada ley se derivan beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios, en los grados predeterminados;
- El beneficio que persiga o se obtenga con la ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter particular y
- Que el congresista tenga la intención de beneficiar a su familiares, a sus socios o a sí mismo."

Cualquier persona puede advertir sobre la existencia del posible conflicto de interés en la medida en que conozca la situación particular del congresista, de allí la necesidad de registrar los *intereses privados*⁷ de cada uno de los miembros del Legislativo y la posibilidad de recusación⁸ por *quien tenga conocimiento* del conflicto⁹, pero en relación con el elemento subjetivo del mismo, esto es la definición sobre qué tan determinante es la presencia del interés particular de la conducta del Congresista, lo califica quien lo sufre al plantear su impedimento a la corporación. Debe entonces distinguirse el elemento objetivo del conflicto que es cognoscible por cualquier persona, del elemento subjetivo, la gravedad del mismo que puede afectar la participación en el trámite de la ley, el cual se plantea por el mismo Congresista o por quien lo recuse y lo define la corporación a que pertenece, pues solo sus iguales están en condiciones de decidir, según las máximas derivadas de la experiencia, si esa situación particular puede afectar o no el ejercicio de la función de interés general y llevar al Congresista a que privilegie su interés personal frente al bien común que está obligado a respetar.¹⁰

El universo regulado por la ley. Es necesario reseñar que la doctrina de esta Sala, para efectos de definir si puede o no existir un conflicto de interés, ha efectuado una diferenciación según el campo de aplicación de la ley, pues ha estimado que cuando la ley se aplica a la generalidad, o mejor a la universalidad de la población, difícilmente puede presentarse un conflicto de intereses, pero si se regula un sector de la sociedad, los miembros del Congreso que tengan intereses en dicho sector social, fácilmente pueden caer en un conflicto, y estarían obligados a plantear su impedimento¹¹. Ejemplo del primer caso, es el de las leyes de impuestos, que dada su universalidad se aplican a todos los legisladores¹², mientras que, y a manera de ejemplo se cita una ley sobre la televisión, que por regular una industria, aunque sea de manera general, quienes tengan interés en su reglamentación deben poner de presente esa situación, so pena de pérdida de su investidura¹³.

7 Artículo 287 de la Ley 5ª de 1992.

8 Artículos 294 y 295 *ibidem*.

9 Ver Concepto 815 del 10 de abril de 1996. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Javier Henao Hidrón. Punto II de las Consideraciones.

10 Sentencia del 3 de septiembre de 2002. Radicado 11001-03-15-000-2002-0447-01(PI-044). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Roberto Medina López. "*De tales disposiciones constitucionales y legales se infiere que el conflicto de intereses ocurre cuando el congresista sea alcanzado por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar sin prevención alguna, en forma objetiva e independiente, por el peso de la conveniencia o el beneficio personal o de los familiares en los grados indicados o de los socios; y que corresponde a la respectiva Cámara decidir, en cada caso particular, sobre ese interés directo y privado en el asunto, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial (...).*"

11 Concepto 1170 del 3 de febrero de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil: "Es manifiesto que la aplicación del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no puede ser indiscriminada y de una amplitud inusitada, en el sentido de significar que si un proyecto de ley resulta aplicable a un congresista, éste debe declararse impedido, pues ello llevaría a que no podrían los congresistas aprobar ninguna ley, ya que por su generalidad, cualquier ley los afectaría de una u otra manera. En este evento es oportuno consultar el carácter general y abstracto de una ley: si ésta es de aplicación a la generalidad de los habitantes y en consecuencia, resulta aplicable a los congresistas, no se presenta el impedimento, por cuanto éstos se encuentran en igualdad de condiciones con los particulares sujetos de la ley; pero si el proyecto de ley tiene un beneficio concreto, específico, para un Congresista, éste debe declararse impedido."

12 Ver Concepto 1191 del 27 de mayo de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. César Hoyos Salazar. Consideraciones, Punto 1.2, numeral 2) literal b) Ver Sentencia AC1276 del 24 de marzo de 1994. C.P. Jaime Abella Zárate. Punto 4.4 de las Consideraciones de la Sala.

13 Ver Sentencia del 11 de marzo de 2003 radicada bajo el número 11001-03-15-000-2002-0519-01(PI-047). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: "*De ahí que como las disposiciones de la Ley 680 de 2001 no contienen regulaciones frente a las cuales todos los Congresistas estaban en pie de igualdad y,*

Características del interés particular. El Consejo de Estado se ha ocupado de definir en qué consiste el interés particular que puede entrar en conflicto con el general propio de la función de legislar, y citando a Messineo dice que "se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas," que además debe ser *afectable* lo cual significa que en el trámite de la ley pudiera tener una regulación especial que beneficie al congresista por ser diferente de aquella que se aplica a todos los demás asociados, es *privado* por oposición al interés público propio de su función, y que se encuentre radicado en cabeza del congresista o alguno de sus allegados dentro de los grados definidos por la ley¹⁴.

Hecho el anterior resumen, procede la Sala a ocuparse del caso planteado.

De acuerdo con la información suministrada a la Sala por el señor Ministro, el proyecto que estudia el gobierno para ser presentado al Congreso, busca regular los bancos de datos y de información financiera con el fin de garantizar los derechos fundamentales al hábeas data, a la información, a la intimidad y al buen nombre, por exhortación hecha en varias sentencias de la Corte Constitucional.

3. El caso consultado de acuerdo con el contenido de la ley que regula el habeas data.

De acuerdo con la información suministrada a la Sala por el señor Ministro, el proyecto que estudia el gobierno para ser presentado al Congreso, busca regular los bancos de datos y de información financiera con el fin de garantizar los derechos fundamentales al hábeas data, a la información, a la intimidad y al buen nombre, por exhortación hecha en varias sentencias de la Corte Constitucional¹⁵ y dada la necesidad de regular convenientemente la materia por el Congreso. Se anota que sobre el particular existe una amplia doctrina nacional derivada de las múltiples tutelas definidas por los jueces sobre estos temas, la que se ha venido

en vista de que las mismas no envuelven un interés general que excluya la situación de conflicto, en casos como este, donde el propio Congresista dio muestras de estar dedicado al negocio de la comercialización de los servicios de televisión por suscripción, (...) era menester que aquél manifestara su impedimento para intervenir en los debates y votaciones relacionados con el trámite de proyectos de ley referidos a esa materia".

14 Ver Concepto 1572 del 28 de abril de 2004, punto 3. "Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los Congresistas".

15 Ver Sentencia T-729 de 2002 en la que se exhorta "al Congreso de la República para que en la medida de sus posibilidades tramite y apruebe el respectivo proyecto de ley estatutaria sobre las condiciones de ejercicio, principios, y mecanismos judiciales y administrativos de protección de los derechos fundamentales a la autodeterminación informática, hábeas data, intimidad, libertad e información, entre otros."

decantando y homogenizando, al punto que en buena parte ha llenado los vacíos normativos existentes. Uno de los temas objeto de esta regulación, es el del tiempo que debe reposar, en las bases de datos, la información sobre la mora o los incumplimientos de las obligaciones, aspecto sobre el cual también existe una doctrina sentada en los fallos de tutela.

Se pone de presente por la Sala que todos los asociados y las personas jurídicas que actúan en la sociedad, son titulares de unos datos que pueden ser archivados e informados al resto de la sociedad, y que en la medida en que hayan tenido relaciones crediticias con el sector financiero, o con otras entidades que piden autorización para reportar sus operaciones a las centrales de información o de riesgos, van a ser sujetos pasivos de la regulación que expida el Congreso. Muy probablemente la información financiera de los congresistas se encuentre registrada en una o varias de estas centrales o bases de datos, de la misma forma como lo está la de los demás individuos y personas jurídicas que actúan en el mundo económico, de suerte que la regulación que sobre estas materias debe expedir el legislador debe ser igual para todos los asociados, y no debe, por sí misma, conferir privilegio o afectar de manera inmediata la situación particular de uno o varios de los congresistas, quienes son dueños de su información personal y crediticia en las mismas condiciones que los demás individuos. Toma la Sala el criterio de la generalidad y la universalidad de la ley para llegar a esta conclusión, aplicado en los conceptos 1170 del 3 de febrero de 1999, 1191 del 27 de mayo de 1999, y 1563 del 30 de marzo de 2004.

Ahora bien, al lado de la situación que se acaba de mencionar, también encuentra la Sala que se está regulando una industria, la de los bancos de información y centrales de riesgo, de manera que si algún Congresista tiene intereses en esta industria, debe ponerlos de presente a la comisión permanente o a la cámara legislativa correspondiente, con el fin de que sean sus pares quienes definan si este conflicto puede o no afectar la participación de quien se encuentre bajo el conflicto.

Igualmente advierte la Sala que si existe un miembro del Congreso que tenga conocimiento de un proceso judicial o administrativo pendiente de resolución con alguna de las centrales de información, debe también comunicar esta situación para que se tramite su posible impedimento. Se anota que el criterio en este caso es el de la certeza y actualidad del conflicto, de manera que se presenta cuando en el momento de participar en el trámite de la ley exista ese interés particular derivado del proceso judicial o administrativo, pero no existe si ese conflicto es eventual, como por ejemplo suponer que algún pariente dentro de los grados definidos por la ley *puede tener* un proceso derivado de la información de incumplimiento en las centrales o bases de datos, o por el hecho de haber tenido hace algún tiempo un tipo de reporte de este estilo. Dado que se está en presencia de una situación subjetiva, debe ser cada uno de los miembros del Legislativo, quien manifieste su posible impedimento, para que los miembros de la célula legislativa a la que pertenezca definan sobre la gravedad de la situación expuesta, y procedan a aceptar o a rechazar el impedimento planteado¹⁶.

16 Ver Sentencia AC-5371 del 10 de marzo de 1998, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Clara Forero de Castro; y Sentencia Radicado 1127 del 1º de abril de 2003, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

No existe impedimento para que un Congresista participe y vote en el trámite de una ley estatutaria que regule el derecho al hábeas data, por tener un historial en un banco de datos de información financiera, en cuanto las normas jurídicas que se expidan, legislen de manera uniforme para todas las personas, incluyendo los propios miembros del Legislativo. En caso de que alguno de éstos resulte beneficiado, bien sea personalmente o en alguno de sus allegados establecidos en la ley, y considere que este beneficio entra en grave conflicto con el interés general, deberá poner de presente su impedimento ante la respectiva Comisión o Cámara, para que ella decida si lo admite o no. Por último, si alguno de los miembros del Legislativo o uno de sus allegados establecidos en la ley, poseen intereses en la industria que se regula, o tienen procesos judiciales o administrativos en curso en contra de las entidades que manejen o administren información financiera, deberán ponerlo de presente en la forma indicada, para que la correspondiente Comisión o la Plenaria decida sobre el impedimento.

(...)»

No existe impedimento para que un Congresista participe y vote en el trámite de una ley estatutaria que regule el derecho al hábeas data, por tener un historial en un banco de datos de información financiera, en cuanto las normas jurídicas que se expidan, legislen de manera uniforme para todas las personas, incluyendo los propios miembros del Legislativo.

*PREVENCIÓN Y CONTROL DE ACTIVIDADES DELICTIVAS -
ENTIDADES VIGILADAS*

Superintendencia Bancaria de Colombia

Circular Externa 062 de 2005

(noviembre 18)

Referencia: Mecanismos de prevención y control de actividades delictivas.

«(...) Como es de su conocimiento, el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) señala de manera clara que *"las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria están obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas"* (Resaltado fuera del texto).

En concordancia con lo anterior, el Título I, Capítulo XI, numeral 2.1.4 de la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria dispone en relación con los presupuestos que rigen las políticas de prevención y control de lavado de activos, que el concepto de lavado *"involucra activos de origen ilícito, es decir, aquellos que provienen de cualquiera de los delitos consagrados como tales en las normas penales"* (Resaltado fuera del texto).

En adición a lo anterior, es pertinente señalar que el secuestro extorsivo y la extorsión

están tipificados respectivamente en los artículos 169 y 244 del Código Penal vigente y que dichas conductas son delitos subyacentes del tipo penal de lavado de activos, consagrado en el artículo 323 del Código Penal¹.

Por tal razón, este Despacho se permite reiterar que los mecanismos de prevención y control de actividades delictivas que en cumplimiento de la ley implementan las entidades vigiladas, deben estar en capacidad de detectar cualquier operación sospechosa que pueda estar vinculada con la canalización de recursos de origen ilícito para la realización de delitos como el secuestro extorsivo y la extorsión o que pretenda el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades, de manera que se informe oportunamente de ello a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF).

Sobre el particular es pertinente resaltar que las entidades vigiladas deben estar en capacidad de detectar y reportar operaciones sospechosas y no propiamente conductas delictivas.»

¹ **Artículo 323.** Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediano o inmediato en actividades de **extorsión**, enriquecimiento ilícito, **secuestro extorsivo**, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Reseña
General**

Normas

Jurisprudencia

Otros Pronunciamientos

*NORMAS**

*Ministerio de Hacienda
y Crédito Público*

Bolsa de valores. Consejo directivo*

Decreto 3767 de 2005 (octubre 21). En ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 4° de la Ley 964 de 2005 el Gobierno Nacional dictó disposiciones relacionadas con la integración de los consejos directivos de las bolsas de valores. Se dispuso que cuando menos el cuarenta por ciento (40%) de los miembros del consejo directivo de las bolsas de valores tendrán calidad de independientes, entendiendo como tal a las personas naturales, salvo, entre otros, las que reciben de las bolsas de valores alguna remuneración diferente a honorarios como miembros del consejo directivo y las que sean empleados o directivos de bolsas de valores o sus filiales o subsidiarias, incluyendo las que tuvieron tal calidad durante el año inmediatamente anterior a la designación. El decreto faculta que las bolsas de valores puedan establecer en sus estatutos que no existirán suplencias en sus consejos directivos.

**Superintendencia Bancaria de Colombia.
Funciones**

Decreto 3552 de 2005 (octubre 7). Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Gobierno Nacional estableció las funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria de Colombia, además de las ya consagradas en dicho Estatuto y en otras disposiciones para este organismo de control.

Vivienda de interés social

Decreto 3916 de 2005 (noviembre 2). Modifica el Decreto 2440 de 2005, por el

cual se reglamentó parcialmente las Leyes 546 de 1999 y 788 de 2002 y se estableció un tratamiento tributario de los incentivos para la financiación de vivienda de interés social subsidiable. La modificación consiste en aclarar que la limitación prevista en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario y su modificación prevista en el artículo 82 de la Ley 964 de 2005, respecto de las rentas exentas a que se refiere el artículo 56 de la Ley 546 de 1999, sólo aplicarán a partir del año gravable 2011 y no del año 2010 que se citó por error.

*Superintendencia Bancaria
de Colombia*

Beneficios de inembargabilidad y exención de juicio de sucesión de depósitos de ahorro

Carta Circular 53 de 2005 (octubre 10).

Anuncia los valores reajustados que regirán entre el 1° de octubre de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2006 relacionados con los beneficios de inembargabilidad de depósitos de ahorro constituidos en las secciones de ahorro de los bancos y del monto que podrá entregarse directamente al cónyuge sobreviviente, a los herederos o a uno y otro conjuntamente según el caso, sin necesidad de juicio de sucesión. Los nuevos valores de los beneficios citados se fijaron para el lapso anotado respectivamente en \$21.097.926 y \$35.163.205.

Compañías de seguros. Riesgo operacional*

Circular Externa 043 de 2005 (noviembre 18).

Teniendo en cuenta el impacto económico negativo que pueden generar las actividades fraudulentas sobre el sector asegurador se realizan algunas modificaciones

* Las normas indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín.

a los Capítulos Segundo y Quinto del Título VI de la Circular Externa 007 de 1996, con el fin de incluir el fraude como parte del riesgo operacional de toda entidad aseguradora y establecer la obligación para sus órganos de administración de adoptar las medidas de control necesarias para prevenir este riesgo. En el estudio que se presenta ante la SBC para sustentar la solicitud de autorización para operar un nuevo ramo de seguro, deben incluirse tanto las medidas específicas de control que serán adoptadas para prevenir la configuración de actos fraudulentos, como las medidas que serán tomadas una vez éstos hayan sido detectados.

Fondos de pensiones obligatorias. Régimen de inversiones*

Circular Externa 034 de 2005 (octubre 14). Modifica el Título IV, Capítulo IV de la Circular Externa 007 de 1996 con el fin de establecer, entre otros, un límite máximo de inversión del 5% del valor del fondo de pensiones obligatorias en fondos comunes especiales administrados por sociedades fiduciarias, fondos de valores distintos de los abiertos sin permanencia administrados por comisionistas de bolsa y fondos de inversión distintos de los abiertos sin permanencia administrados por sociedades administradoras de fondos de inversión, incluidos los fondos de capital privado a que se refiere la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores.

Juntas directivas. Vacancia por ausencia

Carta Circular 58 de 2005 (octubre 21). Al tenor de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 73 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recuerda a los miembros de juntas directivas, representantes legales y revisores fiscales del sector vigilado que la ausencia de un miembro de junta directiva por un periodo mayor de tres (3) meses producirá la vacancia del cargo y en

su lugar ocupará el puesto su suplente por el resto del periodo para el cual fue elegido. La vacancia en cuestión deberá comunicarse al Grupo de Registro de la Superintendencia Bancaria dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su ocurrencia.

Prevención y control de actividades delictivas. Entidades vigiladas*

Carta Circular 62 de 2005 (noviembre 18). Se reitera que los mecanismos de prevención y control de actividades delictivas que en cumplimiento de la ley implementan las entidades vigiladas, deben estar en capacidad de detectar cualquier operación sospechosa que pueda estar vinculada con la canalización de recursos de origen ilícito para la realización de delitos como el secuestro extorsivo y la extorsión o que pretenda el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades, de manera que se informe oportunamente de ello a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF).

Vigilancia especial

Circular Externa 040 de 2005 (octubre 27). La circular modifica los numerales 1.2 y 1.3 del Capítulo IV, 2.4 literal b) del Capítulo VI, 1.2 del Capítulo VII y 1.5 del Capítulo VIII del Título I de la Circular Externa 007 de 1996, en el sentido de establecer que tratándose de entidades sometidas a vigilancia especial o que adelanten programas de recuperación, saneamiento o adecuación de capital, la SBC determinará, en cada caso, si requieren obtener de manera individual y previa autorización para la apertura, traslado o cierre de sus oficinas, para la difusión de sus campañas publicitarias no institucionales, para la construcción de inmuebles y otros activos fijos y para actuar como representante de tenedores de bonos. La determinación sobre dichos aspectos estará acorde con las circunstancias específicas que dieron origen a la adopción de la medida en cada caso en particular.

Superintendencia de Valores

Valoración de portafolios

Resolución 929 de 2005 (octubre 28). El Superintendente de Valores modifica algunos artículos del Título Séptimo, Parte Primera de la Resolución 1200 de 1995 con el propósito de mejorar la metodología de valoración de portafolios, títulos de titularización hipotecaria, bonos hipotecarios y, en general, de todos los valores que incorporen opciones de prepago.

Banco de la República

Procedimientos aplicables a las operaciones de cambio

Circular Reglamentaria Externa DCIN 83 (octubre 4). El Banco de la República modificó los puntos 8.1 y 10.4 de la Circular Reglamentaria, entre otros, en el sentido de señalar que los residentes que participen en una oferta de adquisición de acciones podrán canalizar los ingresos de divisas por medio de una cuenta corriente de uso colectivo abierta para dicho propósito por una sociedad comisionista de bolsa que actúe como intermediario del mercado cambiario.

Inversiones financieras y activos en el exterior.

Resolución Externa 9 de 2005 (octubre 28). Modifica el artículo 36 de la Resolución Externa 8 de 2000 ordenando que los residentes en el país deberán canalizar en el mercado cambiario las siguientes operaciones, salvo cuando éstas se efectúen en el exterior con divisas que no deben canalizarse en el mercado citado: a) Compra de títulos emitidos o activos radicados en el exterior, b) compras con descuento en el exterior de la totalidad o parte de las obligaciones privadas externas, deuda externa pública y bonos o títulos de deuda pública externa, c) giros al exterior originados en la colocación a residentes en el país de títulos emitidos por empresas del exterior y de gobiernos ex-

tranjeros siempre que la colocación sea autorizada por la superintendencia de Valores. Se señala igualmente que los intermediarios del mercado cambiario podrán celebrar operaciones de derivados financieros sobre tasa de cambio con no residentes que tengan inversión extranjera registrada ante el Banco de la República o que hayan realizado emisiones en el mercado público de valores de Colombia.

***Fondo de Garantías
de Instituciones Financieras
Junta Directiva***

Prepago de obligaciones a favor del Fondo

Resolución 001 de 2005 (octubre 10). Establece algunas condiciones a los beneficiarios de los créditos a que se refieren las Resoluciones 006 de 1999 y 006 de 2001 cuando de manera voluntaria decidan efectuar prepagos a sus obligaciones. En el caso de prepagos equivalentes cuando menos al 50% de los saldos insolutos, el Fondo otorgará una reducción en el margen de la tasa de interés para el valor remanente. Los prepagos se destinarán a cancelar las cuotas de capital más próximas a vencer de acuerdo con las amortizaciones pactadas.

Inscripción

Resolución 002 de 2005 (octubre 18). Modifica los numerales 1 y 4 del artículo 2º de la Resolución 2 de 1992 respectivamente relacionados con i) la solicitud de inscripción al Fondo adjuntando certificado de existencia y representación o copia de la autorización de constitución expedidos por la Superintendencia Bancaria y con ii) el deber de las instituciones financieras que obtengan la autorización de constitución de la Superintendencia Bancaria de solicitar su inscripción al fondo dentro de los treinta (30) días comunes siguientes a la fecha de la mencionada autorización.

JURISPRUDENCIA*

*Corte Constitucional***Crédito de vivienda. Reliquidación****Sentencia T-1034 del 14 de octubre de 2005.**

La primera reliquidación efectuada por un establecimiento bancario creó una situación jurídica particular y concreta a favor de la deudora, que generó el convencimiento de que su obligación hipotecaria había quedado saldada, aún sin obtener el paz y salvo. No es admisible que luego de haber reconocido que la obligación hipotecaria había sido extinguida la entidad bancaria pretenda, desconociendo su propio acto, cobrar una deuda que materialmente no existía. Cuando una entidad financiera genera un documento en el cual se plasme su posición frente a una obligación y luego lo revoca de manera unilateral, traiciona la confianza legítima depositada por el usuario y por lo tanto viola su derecho al debido proceso y a la buena fe. Es reprochable que luego de haberle generado certeza a la deudora sobre la extinción de su obligación, la sorprenda con la imputación de una nueva deuda, y luego con la iniciación de un proceso ejecutivo en su contra, a pesar de que no existía título alguno donde constara esa obligación.

Crédito de vivienda. Tutela**Sentencia T-863 del 18 de agosto de 2005.**

Con el objeto de solventar las dificultades originadas en los errores en que incurrió el banco al aplicar los alivios previstos en la Ley 546 de 1999, en lugar de contactar a los beneficiarios optó por recurrir a procedimientos coercitivos que obligan ordenar que el establecimiento bancario accionado expida nuevamente la facturación correspondiente y retire de la obligación el ajuste por reliquidación y los costos administrativos y financieros. Procede esta pro-

tección como quiera que la posición preeminente de que gozan las entidades financieras no va hasta el punto que puedan definir a su arbitrio e intereses cuestiones contenciosas, sin perjuicio de su derecho de convenir con los deudores el monto de sus obligaciones, cuotas y plazo de acreencias y de ser preciso, acudir a las instancias correspondientes con el fin de establecerlos.

Crédito de vivienda. Tutela. Discapacidad**Sentencia T-943 del 8 de septiembre de 2005.**

La accionante intentó el reconocimiento del siniestro de invalidez para que con una póliza de seguro de vida adquirida para crédito hipotecario, se pagara su deuda, sin que se tenga noticia en el proceso de los resultados concretos de dicho trámite. No le corresponde al juez de tutela emitir la orden de cancelar un crédito con un seguro de vida, lo cual es una típica controversia jurídica con otros mecanismos de defensa judicial. Tampoco es posible que se disponga la congelación del crédito hipotecario, pues no median los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su procedibilidad. Las causas del incumplimiento de la obligación crediticia no devienen de hechos externos a la voluntad de la accionante, ni la situación de mora por su discapacidad le era imprevisible o irresistible, no es sobreviniente a la adquisición del crédito, pues cuando contrató, era consciente de su estado y en tales circunstancias adquirió el compromiso.

Pensión de invalidez. Riesgo común**Sentencia T-1011 del 6 de octubre de 2005.**

El artículo 53 de la Constitución Nacional establece el principio de la condición más beneficiosa, según el cual se preferirá la situación

* La jurisprudencia indicada con asterisco se publican en el presente Boletín.

más favorable al trabajador en aquellos eventos en que exista duda en la aplicación e interpretación de una norma en particular, de forma tal que el solo hecho que una persona que con la vigencia de la Ley 100 de 1993, por voluntad propia pertenecía al régimen de prima media con prestación definida administrado por Instituto del Seguro Social y posteriormente solicitó el traslado voluntario al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por una administradora de fondos y pensiones, presente una incapacidad laboral emitida por la Junta Calificadora de Invalidez de Bogotá, con una pérdida del 66.25% de la capacidad laboral, solicitando la pensión de invalidez, posterior a su afiliación e ingreso a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, no es posible considerar, para que no proceda o se rechace de plano su pedimento, que en el momento de la estructuración de la invalidez, se encontraba vinculado a otro régimen, a sabiendas que la entidad tiene la facultad de solicitar el bono pensional a que el actor tiene derecho.

Seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT.

Sentencia T-959 del 15 de septiembre de 2005. La clínica es la obligada a prestar de manera integral los servicios de salud relacionados con el accidente de tránsito que el peticionario demanda, incluyendo la prótesis requerida. Los gastos deben ser reclamados ante la aseguradora que expidió el SOAT, hasta un monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes a la fecha del accidente, y ante el Fosyga hasta completar un total de 800 salarios mínimos legales vigentes. Si bien, los audífonos que se ordenan fueron prescritos al peticionario luego de la presentación de la tutela, no se vulnera el debido proceso de las entidades vinculadas, ya que éstas tuvieron oportunidad de pronunciarse ante la Corte constitucional en sede de revisión y que resulta contrario a la Carta someter al accionante a nuevos trámites para garantizar la satisfacción de sus derechos cuando el juez ya ha conocido las circunstancias que conllevan su lesión.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

Interés moratorio. Mesadas pensionales Sentencia del 22 de agosto de 2005. Expediente 25426 de 2005. Los intereses moratorios solamente resultan procedentes cuando se trata de la mora en el pago de las mesadas pensionales y no proceden respecto a sus reajustes. Ante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, la Sala estimó la disminución del valor del dinero ocurrida entre el mes en que debió ser pagada cada una de las mesadas pensionales y el treinta y uno de julio de 2005, para calcular la disminución y reconocer a título de indexación esta cantidad.

Pensión convencional

Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 24907. La pensión convencional reconocida al actor, es compartible con la pensión de vejez otorgada por el ISS. Los empleadores inscritos en el ISS que reconocieran a sus trabajadores afiliados, pensiones de jubilación pactadas en convenciones colectivas de trabajo, continuarían cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando estos afiliados cumplieran los requisitos exigidos por dicho Instituto para el reconocimiento de la pensión de vejez, caso en el cual el empleador pagaría únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión reconocida por el ISS y la que venía pagando el empleador.

Pensión de sobrevivientes

Sentencia del 22 de septiembre de 2005. Expediente 25177. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no casó el fallo del Tribunal Superior de Pereira que ordenó al Instituto de Seguros Sociales reconocer y liquidar una pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. El Tribunal después de referirse a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y particularmente al principio de la condición más beneficiosa, concluyó que la pensión reclamada debe

concederse, así el deceso del afiliado haya tenido ocurrencia en vigencia de la Ley 100 de 1993 pues él trabajador alcanzó a cotizar el número de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de 1990.

Pensión de sobreviviente. Semanas mínimas de cotización

Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 24829. Para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, si se trata de personas que no están cotizando al momento de ocurrir el deceso, se exigen 26 semanas mínimas de aportes el año inmediatamente anterior. En este caso la occisa no cotizó las semanas exigidas. El numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que es el que regula el derecho reclamado establece dos hipótesis que hacen viable la procedencia de la pensión de sobrevivientes por fallecimiento del afiliado; la primera, que el asegurado se encuentre cotizando al sistema y hubiera cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte; y segunda, que habiendo dejado de cotizar hubiera hecho aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Sistema General de Seguridad social. Regímenes de excepción

Sentencia del 8 de agosto de 2005. Expediente 25470. Advierte que si bien, a la jurisdicción ordinaria laboral le fue asignado el conocimiento de los asuntos relacionados con el Sistema de Seguridad Social Integral, los conflictos relacionados con los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no fueron asignados por el Legislador a la justicia ordinaria laboral, por tratarse de regímenes patronales de pensiones o prestaciones que no constituyen un conjunto institucional armónico ya que los derechos allí regulados no tienen su fuente en cotizaciones ni en la solidaridad social, ni acatan las exigencias técnicas que si se incluyen en el Sistema de Seguridad Social Integral.

**Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso
Administrativo**

Banco de la República. Póliza de seguro global bancaria. Compañía de seguros.

Sentencia del 21 de septiembre de 2005.

Expediente 28.609. La Sala revoca el auto que aceptó la vinculación de dos compañías de seguros llamadas en garantía en el proceso que solicita declarar patrimonialmente responsable a la Nación -Banco de la República con ocasión de la expedición de la Resolución Externa 18 de 1995, mediante la cual se fijó una formula de corrección monetaria para la unidad de poder adquisitivo constante- UPAC. En su oportunidad legal, el Banco Emisor solicitó llamar en garantía a las compañías de seguros teniendo en cuenta un contrato suscrito de seguro contenido en la póliza de seguro global bancaria. Aunque las aseguradoras podrán ser llamadas en garantía en el futuro por una posible condena a favor de la actora, dichas entidades no fueron demandadas junto al Banco de la República, por lo cual a ellas no se les imputa responsabilidad por los presuntos perjuicios sufridos, resultando que no se examina en la actuación la responsabilidad de las compañías de seguros, siendo innecesaria su vinculación al proceso.

Intereses. UVR. Junta directiva Banco de la República*

Sentencia del 1º de septiembre de 2005.

Radicación 13903. Cuando se regula el régimen de financiación de vivienda a largo plazo previsto en la Ley 546 de 1999, es competencia privativa de la Junta Directiva del Banco Emisor fijar los límites de las tasas máximas de interés que pueden cobrar las entidades financieras para los créditos de vivienda denominados en UVR, por lo que en este aspecto no tiene el Gobierno Nacional facultad de regulación, tal como precisó la Corte Constitucional en la Sentencia

C-955. Teniendo en cuenta que el Decreto 234 de 15 de febrero de 2000 se expidió con anterioridad a la fecha en que se profirió la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000, surge a partir del pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional en la citada providencia, una inconstitucionalidad sobreviniente que desvirtúa la legalidad del decreto reglamentario acusado, motivada por la incompetencia del Gobierno Nacional para expedirlo, pues la materia regulada por reglamento, está en la órbita de la competencia que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República, por cuanto se trata es de fijar la tasa máxima de interés remuneratoria y moratoria (art. 884 C. de Co.) que pueden cobrar las entidades financieras a los créditos a largo plazo denominados en UVR, que son los de vivienda, en los términos posteriormente precisados por la Corte.

Pensión de jubilación. Docente

Sentencia del 8 de septiembre de 2005.

Expediente 0225. No se reconoce pensión de jubilación a la docente recurrente. La Ley 33 de 1985 previó un régimen de transición a favor de los servidores que a la fecha de su expedición -29 de diciembre- tuvieran 15 años de servicio, requisito que no cumple la demandante, razón por la cual su pensión de jubilación se rige con el esquema de 55 años de edad y 20 de servicio.

Pensión especial de jubilación. Universidad Nacional de Colombia

Sentencia del 25 de agosto de 2005.

Expediente 5907-03. Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra -la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de agosto de 2003-, que declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por la demandada Universidad Nacional de Colombia, declaró probada la excepción de inconstitucionalidad del Acuerdo 020 del Consejo Superior Universitario de la misma universidad y como consecuencia denegó las pretensiones de la demanda, tendientes a obtener el reconocimiento y pago de pensión especial de jubilación. La Sala confirma la sentencia apelada.

Póliza de cumplimiento. Cobro coactivo

Sentencia del 13 de octubre de 2005.

Expediente 15434. El procedimiento de cobro coactivo, no tiene por finalidad la declaración o constitución de obligaciones, sino la efectividad de las obligaciones previamente definidas a favor de la Nación y a cargo de los contribuyentes o responsables. No puede aceptarse que la simple comunicación remitida por la Administración a la compañía aseguradora, sobre la existencia de los actos previos a la definición de tales obligaciones, sirva para constituir el título ejecutivo que permita exigir válidamente de la compañía aseguradora, el cumplimiento de la obligación, pues ésta sólo surge y se hace exigible cuando se notifica la resolución sanción.

OTROS PRONUNCIAMIENTOS

*Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil***Régimen de transición pensional.**

Concepto del 18 de octubre de 2001 (Levantada la reserva legal. Auto del 19 de octubre de 2005). Radicado 1369. El concepto señala que el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene aplicación para efectos de contabilizar tiempo de servicio o las semanas de cotización en el régimen de transición. Para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación en Telecom, el tiempo de servicio debe haber sido cumplido en la calidad de servidor público. La calidad de supernumerario implica una relación laboral regida por el derecho administrativo y, por tanto, quienes estuvieron vinculados a Telecom en dicha condición, de conformidad con el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, tienen derecho a que se les sume ese tiempo de servicio para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. Las personas que prestaron servicios a Telecom mediante contrato de prestación de servicios técnicos o por contrato de trabajo sin ostentar la calidad de trabajadores oficiales, no tuvieron la calidad de servidores públicos y, por tanto, el tiempo de duración del contrato no puede ser sumado para efectos de reconocimiento de pensión, sin perjuicio de la afiliación voluntaria al sistema general de pensiones que en calidad de trabajador independiente puede hacer el contratista. Las personas que trabajaron en Telecom en calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales tienen la calidad de servidores públicos, por tanto quienes hubieren sido vinculados a Telecom mediante nombramiento o por contrato de trabajo, para desempeñar un cargo en la planta de personal, cualquiera sea el lapso, tienen derecho a que se les compute para efectos pensionales, conforme al régimen general, de transición o especial que les sea aplicable,

en cada caso, El empleado designado en encargo para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su, titular, supone la calidad de servidor público que tienen los empleados, y no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular.

**Hábeas data. Ley. Conflicto de interés*
Concepto del 29 de septiembre de 2005.**

Radicado 1673. No existe impedimento para que un Congresista participe y vote en el trámite de una ley estatutaria que regule el derecho al hábeas data, por tener un historial en un banco de datos de información financiera, en cuanto las normas jurídicas que se expidan, legislen de manera uniforme para todas las personas, incluyendo los propios miembros del Legislativo. En caso de que alguno de éstos resulte beneficiado, bien sea personalmente o en alguno de sus allegados establecidos en la ley, y considere que este beneficio entra en grave conflicto con el interés general, deberá poner de presente su impedimento ante la respectiva Comisión o Cámara, para que ella decida si lo admite o no. Por último, si alguno de los miembros del Legislativo o uno de sus allegados establecidos en la ley, poseen intereses en la industria que se regula, o tienen procesos judiciales o administrativos en curso en contra de las entidades que manejen o administren información financiera, deberán ponerlo de presente en la forma indicada, para que la correspondiente Comisión o la Plenaria decida sobre el impedimento.

*Ministerio de la Protección Social***Cotización - Régimen de pensiones - Contratistas**

Concepto 5247 de 2005 (septiembre 28). Cotización de los contratistas a los Sistemas

Generales de Seguridad Social en pensiones y salud. En los contratos (sin importar su duración) en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultaría, asesoría, es decir, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, el contratista deberá estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes, sea cual fuere la duración o modalidad de contrato que se adopte. El ingreso base de cotización a los Sistemas de Salud y Pensiones, es por definición, y de manera general, uniforme y si tal como lo señaló el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, las cotizaciones deben efectuarse con base en el salario o ingresos por prestación de servicios devengados, el ingreso base de cotización tanto para pensiones como para salud de las personas naturales vinculadas al Estado o al sector privado, mediante contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten debe corresponder a estos ingresos devengados, por tanto, las bases de cotización deben ser iguales.

Procuraduría General de la Nación

Cooperativas. Ley 795 de 2005*

Concepto 3954 de 2005 (octubre 13). Concepto rendido por el señor Procurador General de la Nación con relación a la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003 "por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones". El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte Constitucional, declarar exequibles los artículos 98 a 110 de la Ley 795 de 2003, por

cuanto su contenido no vulnera la regla de unidad de materia consagrada en el artículo 158 de la Constitución Política, dada la conexidad temática existente entre dichas disposiciones y las que prevén el régimen aplicable a las entidades del sector financiero

Cuentas de ahorro. Intereses depósitos judiciales. Tesoro Nacional

Boletín 366 de 2005 (noviembre 3). El boletín informó que el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional que declare la inexecutable del mandato contenido en el artículo 2° de la Ley 66 de 1993, consistente en el giro al Tesoro Nacional de los intereses que producen las cuentas de ahorro que se constituyen por mandato judicial, pues no existe justificación constitucional para que los rendimientos de los depósitos judiciales se giren a favor de la Nación. Ésto desconoce el principio constitucional de la prohibición de confiscación y vulnera el derecho a la propiedad privada. El estudio constitucional señala que los depósitos judiciales son un desprendimiento temporal de la facultad de disponer libremente de la propiedad de ese dinero mientras tiene lugar una decisión del juez. Recibir estos intereses configura confiscación, acción proscrita por el ordenamiento constitucional.

Superintendencia de Valores

Bolsa de valores. Operaciones sobre valores

Concepto 2.1.6. Boletín Jurídico de septiembre de 2005. Respecto del hecho de que en el objeto social de una empresa unipersonal figure la negociación de valores bursátiles y "la facultad para la realización de ese negocio", debe señalarse que en concepto de la Superintendencia de Valores, por dicha previsión debe entenderse que la empresa unipersonal a través de una sociedad comisionista de bolsa puede efectuar negociaciones en una bolsa de valores. Esto por cuanto no es posible que una entidad distinta a una sociedad comisionista de bolsa rea-

lice operaciones sobre valores en una bolsa de valores. Ahora bien, con respecto a "Si una empresa que no esté facultada para realizar estas negociaciones las lleva a cabo, ¿qué normas o principios básicos está violando?", aun cuando las únicas entidades que pueden efectuar operaciones en bolsas de valores son las sociedades comisionistas miembros de las mismas, en el evento en que una entidad distinta ofreciera realizar directamente operaciones en bolsa, en nombre propio o de terceros, las disposiciones vulneradas serían el artículo 7° de la Ley 27 de 1990, el artículo 7° de la ley 45 de 1990, y el numeral 1 del artículo 1.5.1.4 de la Resolución 400 de 1995, adicionado por la Resolución 1201 de 1996, ambas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores.

Derecho de retiro. Precio de adquisición de acciones. Nombramiento de varios peritos.

Concepto 2.1.2 Boletín Jurídico de agosto de 2005. Si en la etapa de negociación no se ha llegado a un acuerdo, teniendo que acudir a la designación de un perito según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el artículo 136 de la Ley 446 de 1998, y existen varios vendedores y potenciales compradores, en aras de la eficiencia, racionalidad y economía procesal, no resultaría en principio lógica la designación de varios peritos. El precio definido a través del mecanismo pericial aplicaría tanto a los accionistas, para los casos de negociaciones en que no se llegó a un acuerdo sobre el precio, como a la sociedad, en caso de readquisición o reembolso.

Aumento de porcentaje de participación por parte de los accionistas. Una vez vencido el plazo para aceptación del ofrecimiento de compra a prorrata por parte de los accionistas, si quedan acciones sin adquirir y existen accionistas interesados en su compra por encima de su porcentaje de participación, éstos las adquieran, pues ello guarda relación con el propósito de la ley, de proteger a los accionistas minoritarios, preservando en lo posible al mismo tiempo la

estabilidad económica de la sociedad y la conservación de la prenda general de los acreedores de la misma. **Readquisición de acciones por parte de la sociedad.** Esa Superintendencia estima que cuando los socios no manifiesten su interés de adquirir las acciones dentro del término legal y la sociedad tenga utilidades líquidas o reserva para la readquisición de acciones deberá proceder a readquirir las acciones sin necesidad de convocar a una asamblea con este propósito. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio que se surta el procedimiento correspondiente en caso de desacuerdo sobre el valor de las mismas.

Emisión de acciones. Requisitos. Derecho de preferencia.

Concepto 2.1.3. Boletín Jurídico de agosto de 2005. La emisión y colocación de acciones por parte de las sociedades anónimas está sujeta al derecho de preferencia, el cual se traduce en la facultad que asiste a los actuales accionistas de adquirir, en proporción al porcentaje de participación que cada uno de ellos tenga en el capital social, con exclusión de extraños, las acciones que la sociedad mantiene en reserva, o las que resulten de un eventual aumento de capital autorizado. Sobre la autorización de la Superintendencia, se considera que la necesidad de contar con una autorización estatal para la colocación de acciones depende de dos factores: en primer lugar, la entidad a cuya supervisión esté sujeta la entidad emisora y, en segundo lugar, quiénes sean los destinatarios de la oferta.

Lavado de activos. Normatividad.

Concepto 2.1.4 Boletín Jurídico de septiembre de 2005. Explica que la Circular Externa 0010 del 5 de agosto de 2005, impone instrucciones en relación con el control de lavado de activos para los emisores de valores mientras que la Circular Externa 003 del 1° de febrero de 2005 hace lo mismo en relación con las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia de Valores. En efecto, la Circular Externa 0010 del

5 de agosto de 2005, expedida por la Superintendencia de Valores se dirige a los representantes legales, miembros de junta directiva y revisores fiscales de entidades emisoras de valores y en virtud de ésta, los emisores de valores, sometidos al control exclusivo de dicha Superintendencia así como los del control concurrente, en este último caso, siempre y cuando la Superintendencia que ejerza la vigilancia de la respectiva entidad no haya expedido normas sobre prevención y control de lavado de activos, según lo señalado en los artículos 3° y 4° del Decreto 203 de 2004 y numeral 2 del parágrafo 3° de la Ley 964 de 2005, están obligados a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar las operaciones realizadas en el mercado público de valores puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades ilícitas.

Oferta de adquisición. Cancelación de la inscripción de acciones. Derecho de retiro

Concepto 2.1.4 Boletín Jurídico de agosto de 2005. El accionista ausente o disidente tendrá el derecho de retiro o será destinatario de la OPA, según el caso, respecto de las acciones de que era propietario en el momento de la reunión donde se adoptó la respectiva determinación, pues, de haber adquirido otras acciones de la sociedad con posterioridad a dicha fecha, respecto de ellas no podrá ejercer los derechos antes mencionados.

Sociedades comisionistas de bolsa. Objeto Social. Operaciones cambiarias

Concepto 2.1.7 Boletín Jurídico de septiembre de 2005. El desarrollo de algunas de las actividades de intermediación en el mercado cambiario implican o pueden implicar, para las sociedades comisionistas miembros de bolsas de valores, la movilización de recursos en efectivo entre oficinas o dependencias de estas, o entre las dependen-

cias de dichas sociedades y algunos de sus clientes, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras. En el anterior contexto, a las sociedades comisionistas miembros de bolsas de valores les corresponde diseñar y adoptar las medidas de control interno conducentes a rodear de la seguridad necesaria los traslados o movilizaciones de efectivo que conlleve el desarrollo de sus actividades.

Superintendencia de Sociedades

Fusión. Integración patrimonial en la fusión internacional

Concepto 220-051140 de 2005 (septiembre 13). Con ocasión de la fusión se opera la transmisión total del patrimonio de la sociedad absorbida a favor de la absorbente, que como contrapartida entrega acciones propias a los accionistas de la primera, que se disuelve sin liquidarse y con ello, igualmente se extingue toda relación de sus asociados con ésta y por ende, los derechos por cualquier concepto derivados de su inversión en la misma. Por consiguiente y dado que en esas condiciones al patrimonio de la absorbente se incorporan indistintamente todos los elementos del patrimonio de la absorbida, aquella que se constituye en su exclusiva titular, puede según su capacidad disponer de la destinación de sus distintas cuentas, bien que como en el supuesto planteado se utilicen para incrementar la inversión suplementaria al capital asignado de su sucursal en Colombia o, al capital asignado de la misma, operaciones que en uno u otro caso deben sujetarse entre otros al cumplimiento de los requisitos para cada fin establecidos tanto en el régimen de inversiones de capital del exterior en Colombia, como a las normas societarias y contables que sean pertinentes.

Reuniones no presenciales. Artículo 19 Ley 222 de 1995

Concepto 220-060263 de 2005 (octubre 25). Cuando todos los socios estén presen-

tes físicamente, excepto uno de ellos que estará en forma virtual, debe responderse que efectivamente en concepto de esta Entidad, es obligatorio en ese evento contar con la presencia de un delegado de esta Superintendencia, como de manera expresa lo exige la disposición invocada, en concordancia con el numeral 32, artículo 2º del Decreto 1080 de 1996, pues sencillamente, la reunión de junta de socios o asamblea general de accionistas que en esas circunstancias se lleve a cabo, tendrá el carácter de "no presencial" y en esa medida, habrá de

sujetarse a todos los requisitos que para éstas establece la norma citada, en los términos y bajo las condiciones que señala la referida circular. Lo anterior si se considera además, que por oposición se reputan presenciales, las reuniones del máximo órgano social que entre otros suponen la comparecencia en un sólo lugar de los socios, bien que sea personalmente o mediante apoderado, las que como tal se someten a las disposiciones legales y estatutarias pertinentes, en particular a las reglas que al efecto prescribe el artículo 186 del Código de Comercio.