



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

Boletín jurídico

No. 43

Julio - Septiembre de 2005
ISSN-1794-4538

Superintendente Bancario
Jorge Pinzón Sánchez

Director Jurídico
Segismundo Méndez Méndez

Subdirector de Representación
Judicial y Ediciones Jurídicas
José Yesid Benjumea Betancur

Edición
Boletín Jurídico
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:
"Cacique Sugamuxi - Sogamoso"
Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez
Superintendencia Bancaria de Colombia
Año 2005

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Acto Legislativo 01 de 2005. Sistema pensional. Reforma constitucional	6
Decreto 2801 de 2005. Cajas de compensación familiar. Sección de ahorro y crédito. Aporte de capital. Relación de solvencia. Red de oficinas. Fondo de liquidez	8
Decreto 2512 de 2005. Instituciones financieras nacionalizadas. Obligación de la Nación de garantizar recursos	17

JURISPRUDENCIA

Bono pensional	22
Cuenta corriente. Servicios financieros	36
Dividendos. Accionistas minoritarios	46

CONCEPTOS

Entidades financieras. Responsabilidad. Crédito a los constructores de vivienda	66
Fondo común ordinario. Límites de participación del constituyente	69
Hipoteca. División de la garantía por los acreedores financieros	71
Relación de conceptos	76

TEMAS DE CONSULTA

Ley 963 de 2005. Estabilidad jurídica para inversionistas en Colombia	82
Ley 964. Mercado de valores (Apartes con referencia al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) ..	85
Ley 986 de 2005. Protección a las víctimas del secuestro y sus familias. Interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias. Pago de pensión al secuestrado	91
Liquidación. Entidad financier a pública. Actos de gestión del liquidador. Régimen de contratación	100
Protección al consumidor. Servicios financieros. Entidades vigiladas	112

RESEÑA GENERAL

Normas	116
Jurisprudencia	119
Otros pronunciamientos	124

Presentación

***E**l Boletín Jurídico presenta en esta ocasión una selección de importantes disposiciones emanadas del Congreso de la República y del Gobierno Nacional. En primera instancia se incluye el Acto Legislativo 01 de 2005 mediante el cual se adelantó la reforma constitucional del sistema pensional que entró a regir a partir del pasado 25 de julio de 2005.*

Se publican igualmente los Decretos 2801 y 2512 de 2005, reglamentarios de la Ley 920 de 2004 y del literal d) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Estos decretos se relacionan respectivamente con i) El aporte de capital, solvencia y fondo de liquidez de las Cajas de Compensación Familiar con Sección de Ahorro y Crédito y, ii) La obligación de la Nación de garantizar recursos a las instituciones financieras nacionalizadas.

En la sección "Temas de Consulta" se publican apartes de las Leyes 963, 964 y 986 de 2005, normas mediante las cuales el legislador regula los siguientes aspectos:

i) Estabilidad jurídica para inversionistas en Colombia, ii) Ley del mercado de valores y, iii) Ley de protección a las víctimas del secuestro y sus familiares.

Para el efecto, se editaron solamente aquellos artículos que tienen relación con las actividades de las entidades vigiladas y con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Se incluyen también las tradicionales secciones de "Jurisprudencia", "Conceptos" y "Reseña General" que esperamos sean de interés y utilidad para nuestros suscriptores y lectores.

**Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas**

De especial interés

*Acto Legislativo 01 de 2005. Sistema pensional.
Reforma constitucional*

*Decreto 2801 de 2005. Cajas de compensación
familiar. Sección de ahorro y crédito. Aporte de
capital. Relación de solvencia. Red de oficinas.
Fondo de liquidez*

*Decreto 2512 de 2005. Instituciones financieras
nacionalizadas. Obligación de la Nación
de garantizar recursos*

SISTEMA PENSIONAL - REFORMA CONSTITUCIONAL

Congreso de la República

Acto Legislativo 01 de 2005*

(Julio 22)

Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

* Diario Oficial 45.980 de 2005. El Acto Legislativo entró a regir el 25 de julio de 2005.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

Parágrafo 1°. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

Parágrafo 2°. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Parágrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

*CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - SECCIÓN DE AHORRO
Y CRÉDITO - APOORTE DE CAPITAL - RELACIÓN DE SOLVENCIA
- RED DE OFICINAS - FONDO DE LIQUIDEZ*

Decreto 2801 de 2005*

(agosto 12)

Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 920 de 2004.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el literal c) del numeral 1 del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el numeral 3 del numeral 14.1 y el numeral 14.5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, adicionados por el artículo 1° de la Ley 920 de 2004 y de conformidad con el parágrafo 1° del numeral 14 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, adicionado por el artículo 1° de la Ley 920 de 2004,

Decreta:

Capítulo primero
Capacidad de aporte de capital

Artículo 1°. *Capacidad de aporte de capital.* La capacidad de aporte de capital es la condición financiera que permite a una Caja de Compensación Familiar destinar determinada cantidad de recursos para la constitución de una sección especializada de ahorro y crédito, sin que se afecte la distribución de recursos previstos para los aportes recaudados por concepto del subsidio familiar en las normas vigentes.

* Diario Oficial 46.003 de 2005.

Para los efectos previstos en el inciso anterior y de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar, así como los remanentes presupuestales de cada ejercicio, podrán ser destinados para la constitución de secciones especializadas de ahorro y crédito.

Artículo 2°. *Capital mínimo.* Para la constitución de una sección especializada de ahorro y crédito, las Cajas de Compensación Familiar cuya capacidad de aporte de capital, de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, sea igual o superior al ciento por ciento (100%) de los recursos necesarios para conformar una cooperativa financiera, deberán destinar el capital mínimo necesario para la constitución de una cooperativa financiera.

Para la constitución de una sección especializada de ahorro y crédito, las Cajas de Compensación Familiar cuya capacidad de aporte de capital, de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, sea inferior al ciento por ciento (100%) pero igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de los recursos necesarios para conformar una cooperativa financiera, deberán destinar como mínimo el cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo requerido para la constitución de una cooperativa financiera.

Artículo 3°. *Certificación.* Corresponderá al revisor fiscal de la respectiva Caja de Compensación Familiar, certificar la capacidad de aporte de capital de las Cajas de Compensación Familiar, para efectos de que estas puedan solicitar la autorización de la constitución de una sección especializada de ahorro y crédito ante la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Parágrafo. Para efectos de la autorización de la constitución de una sección especializada de ahorro y crédito, la Superintendencia Bancaria de Colombia podrá solicitar a la Superintendencia del Subsidio Familiar, la información que considere pertinente sobre la respectiva Caja de Compensación Familiar.

Capítulo segundo

Relación mínima de solvencia del patrimonio autónomo de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar

Artículo 4°. *Patrimonio adecuado.* Los patrimonios autónomos de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar que sean autorizadas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, deberán cumplir las normas sobre niveles de patrimonio adecuado y relación mínima de solvencia contempladas en el presente capítulo, con el fin de proteger la confianza del público en el sistema y asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad.

Artículo 5°. *Relación de solvencia.* La relación de solvencia se define como el valor del patrimonio técnico calculado en los términos del presente capítulo, dividido por el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio y de mercado. Esta relación se expresa en términos porcentuales.

La relación de solvencia mínima de los patrimonios autónomos de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar será del nueve por ciento (9%).

Artículo 6°. *Cumplimiento de la relación de solvencia.* El cumplimiento de la relación de solvencia se realizará permanentemente. Para estos efectos, las secciones especializadas de ahorro y crédito cuya constitución haya sido autorizada, se sujetarán a las normas que, conforme a sus facultades legales, expida la Superintendencia Bancaria de Colombia en relación con la obligación de presentar estados financieros sobre los respectivos patrimonios autónomos.

Artículo 7°. *Patrimonio técnico.* El patrimonio técnico de cada patrimonio autónomo de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar se debe calcular mediante la suma del patrimonio básico y el patrimonio adicional, de acuerdo con las reglas de los artículos siguientes.

Artículo 8°. *Patrimonio básico.* El patrimonio básico comprenderá:

- a) El valor del capital del patrimonio autónomo;
- b) Las utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores;
- c) Una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo del artículo 2° de la Ley 920 de 2004, las utilidades del ejercicio en curso, en una proporción equivalente al porcentaje de las utilidades que, en el período inmediatamente anterior, hayan sido capitalizadas o destinadas a incrementar las reservas, o la totalidad de las mismas que deban destinarse a enjugar pérdidas acumuladas.

Artículo 9°. *Deducciones del patrimonio básico.* Se deducirán del patrimonio básico las pérdidas de ejercicios anteriores y las del ejercicio en curso.

Artículo 10. *Patrimonio adicional.* El patrimonio adicional comprenderá el cincuenta por ciento (50%) de las valorizaciones de los activos, contabilizadas de acuerdo con los criterios establecidos por la Superintendencia Bancaria de Colombia. En todo caso, no computarán las valorizaciones correspondientes a bienes recibidos en dación en pago o adquiridos en remate judicial.

Artículo 11. *Riesgos crediticio y de mercado.* Para los efectos del presente capítulo se entiende por:

- a) **Riesgo crediticio:** La posibilidad de que la sección especializada de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar incurra en pérdidas y se disminuya el valor de su patrimonio técnico como consecuencia de que sus deudores fallen en el cumplimiento oportuno o cumplan imperfectamente las obligaciones financieras en los términos acordados.

Para determinar el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio, los patrimonios autónomos de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar tendrán en cuenta los activos y las contingencias. Para el efecto, se multiplicará el valor del respectivo activo por un porcentaje de ponderación de su valor según corresponda de acuerdo con la clasificación en las categorías señaladas en los artículos 12, 13 y 14 del presente capítulo;

- b) **Riesgo de mercado:** La posibilidad de que el patrimonio autónomo de la sección especializada de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar incurra en pérdi-

das y se disminuya el valor de su patrimonio técnico como consecuencia de cambios en el precio de los instrumentos financieros en los que el patrimonio autónomo mantenga posiciones dentro o fuera del balance. Estos cambios en el precio de los instrumentos pueden presentarse, por ejemplo, como resultado de variaciones en las tasas de interés, tipos de cambio y otros índices.

Para determinar el valor de exposición a los riesgos de mercado, las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar deberán utilizar las metodologías que para el efecto determine la Superintendencia Bancaria de Colombia. Sin embargo, las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar podrán solicitar a este organismo de control autorización para utilizar un modelo de medición propio, caso en el cual deberán acreditar ante dicha Superintendencia, el cumplimiento de los requisitos mínimos que se establezcan para el efecto.

Parágrafo. Una vez determinado el valor de la exposición a riesgos de mercado, este se multiplicará por cien novenos (100/9) y el resultado se adicionará al valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio. De esta manera, se obtiene el valor total de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio y de mercado que se utiliza para el cálculo de la relación de solvencia.

Artículo 12. *Clasificación y ponderación de activos.* Para efectos de determinar el valor total de activos ponderados por nivel de riesgo crediticio, los mismos se deben clasificar dentro de una de las siguientes categorías dependiendo de su naturaleza:

Categoría I: Activos de máxima seguridad, tales como caja, depósitos a la vista en entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia, inversiones en títulos de la Nación o del Banco de la República, inversiones obligatorias, inversiones del fondo de liquidez y los créditos garantizados por la Nación.

Categoría II: Activos de alta seguridad, tales como los títulos emitidos por entidades públicas del orden nacional, los depósitos a término en establecimientos de crédito, operaciones activas de crédito relacionadas con operaciones de reporto y créditos garantizados incondicionalmente con títulos emitidos por la Nación o por el Banco de la República.

Categoría III: Otros activos con alta seguridad pero con baja liquidez, tales como los créditos para financiar adquisición de vivienda cuya garantía sea la misma vivienda, distintos de aquellos que hayan sido reestructurados. Sin embargo, los créditos destinados a la adquisición de vivienda reestructurados cuya calificación crediticia mejore a A o B, ponderarán en esta categoría.

Categoría IV: Los demás activos de riesgo, tales como cartera de créditos, cuentas por cobrar, otras inversiones voluntarias, inversiones en activos fijos, incluida su valorización, bienes muebles o inmuebles recibidos en dación en pago o en remates judiciales.

Los activos incluidos en las anteriores categorías se computarán por el cero por ciento (0%), veinte por ciento (20%), cincuenta por ciento (50%) y ciento por ciento (100%) de su valor, en su orden.

Artículo 13. *Clasificación y ponderación de las contingencias.* Las contingencias ponderarán, para efectos de la aplicación de lo previsto en el presente capítulo, según se determina a continuación:

a) El monto nominal de las contingencias se multiplica por el factor de conversión crediticio que corresponda a dicha operación, según la siguiente clasificación:

Los créditos aprobados no desembolsados, los contratos de apertura de crédito revocables, así como los contratos de reporto y otros contratos de venta y recompra de activos en los cuales el riesgo de crédito permanece en la sección especializada de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar, tienen un factor de conversión crediticio del veinte por ciento (20%). Las otras contingencias, tienen un factor de conversión crediticio del cero por ciento (0%);

b) El monto resultante se computará de acuerdo con las categorías señaladas en el artículo 12 del presente capítulo, teniendo en cuenta las características de la contraparte.

Artículo 14. *Ponderaciones especiales.* Las siguientes clases de activos se ponderarán de acuerdo con las normas especiales que se indican a continuación:

a) Los bonos y títulos hipotecarios de que trata el artículo 30 de la Ley 546 de 1999, que cuenten con garantía del Gobierno Nacional, a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, computarán por el cero por ciento (0%);

b) En los procesos de titularización se seguirán las siguientes reglas:

Los derechos fiduciarios que posean los patrimonios autónomos de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar en los patrimonios autónomos constituidos en desarrollo de procesos de titularización de los cuales sean originadores, se clasificarán dentro de la categoría que corresponda al activo subyacente.

Si se ha utilizado un mecanismo de seguridad interno o externo que por sus características particulares mantenga el riesgo para el originador, el activo subyacente comprometido en el mismo ponderará al ciento cincuenta por ciento (150%). Si el mecanismo de seguridad empleado elimina totalmente el riesgo para el originador, la ponderación del activo subyacente será del cero por ciento (0%).

En caso de deterioro en el valor del patrimonio autónomo y en la medida que este se produzca, si el originador mantiene riesgo en virtud de las características del mecanismo de seguridad empleado, deberá reconocer dicho deterioro hasta por el monto de la cobertura otorgada de conformidad con las instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia Bancaria de Colombia;

c) Los derechos fiduciarios que posean las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar sobre patrimonios autónomos cuya finalidad principal sea su enajenación, cuyo activo subyacente corresponda a bienes inmuebles que originalmente fueron recibidos en dación en pago o adjudicados en remates judiciales, computarán por el ochenta por ciento (80%) de su valor, siempre y cuando, sean constituidos en sociedades fiduciarias no vinculadas a la respectiva Caja de Compensación Familiar y tal operación cuente con la autorización previa de la Superintendencia Bancaria de Colombia;

d) Los activos conformados por cartera hipotecaria de vivienda calificada en las categorías de riesgo C, D y E de acuerdo con las reglas establecidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, computarán por el ciento por ciento (100%) de su valor;

e) Para efectos de determinar el valor a ponderar de los títulos derivados de procesos de titularización por su nivel de riesgo crediticio, se clasificarán de acuerdo con la calificación de una agencia calificadoras de riesgo autorizada por la Superintendencia de Valores. La ponderación corresponderá a la obtenida en la siguiente matriz:

Ponderación de riesgo crediticio de acuerdo con calificación a largo plazo
Escalas Ponderación

AAA20%BBB+100%B200%
AA+20%BBB100%B-200%
AA20%BBB-100%CCC300%
AA-20%BB+150%DDDeducción
A+50%BB150%EEDeducción
A50%BB-150%EDeducción
A-50%B+200%Sin calificación Deducción

Ponderación de riesgo crediticio de acuerdo con calificación a corto plazo
Escalas Ponderación

1+20%
120%
1-20%
2+50%
250%
2-50%
3100%
4300%
5 Deducción

Los títulos que hagan parte de un proceso de titularización y que sean mantenidos de manera incondicional por el originador, no podrán tener en ningún caso un requerimiento de capital superior al capital requerido para el conjunto de créditos que respalda la titularización.

Artículo 15. *Detalle de la clasificación de activos.* La Superintendencia Bancaria de Colombia impartirá las instrucciones necesarias para facilitar la debida clasificación de la totalidad de los activos y contingencias dentro de las categorías determinadas en los artículos 12, 13 y 14 del presente capítulo, de acuerdo con los criterios allí señalados.

Artículo 16. *Valoraciones y provisiones.* Para efectos de lo previsto en el presente capítulo, los activos se valorarán por su costo ajustado pero se computarán netos de su respectiva provisión. Las provisiones de carácter general, que ordene la Superintendencia Bancaria de Colombia, no serán deducibles de los activos.

Artículo 17. *Sanciones.* Tal como lo establece el numeral 1 del artículo 83 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por los defectos en que incurran las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, la Superintendencia Bancaria de Colombia impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional por el equivalente al 3.5% del defecto patrimonial presentado por cada mes del período de control, sin exceder del 1.5% del patrimonio requerido para su cumplimiento. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que puede imponer la Superintendencia Bancaria de Colombia conforme a sus facultades legales.

Parágrafo. Las multas previstas en el presente artículo, deberán ser asumidas con recursos del patrimonio autónomo de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.

Artículo 18. *Vigilancia.* El cumplimiento individual de la relación de solvencia se controlará mensualmente.

La Superintendencia Bancaria de Colombia dictará las medidas necesarias para la correcta aplicación de lo dispuesto en el presente capítulo y vigilará el cumplimiento de los niveles adecuados de patrimonio por parte de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar. Además, impondrá las sanciones que correspondan al incumplimiento de los límites señalados en el presente capítulo.

Capítulo tercero Agencias descentralizadas

Artículo 19. *Celebración de convenios.* Las Cajas de Compensación Familiar que sean autorizadas por la Superintendencia Bancaria de Colombia para la conformación de una sección especializada de ahorro y crédito podrán celebrar convenios para la utilización de las oficinas de las Cajas de Compensación Familiar que no constituyan secciones especializadas de ahorro y crédito, para que estas actúen como agencias descentralizadas de aquellas, para la promoción, gestión y celebración de las operaciones autorizadas a las primeras en la Ley 920 de 2004, con los trabajadores y empleadores afiliados a las segundas.

Artículo 20. *Condiciones.* Los convenios previstos en el artículo anterior se sujetarán a las siguientes condiciones y limitaciones:

- a) No podrán implicar delegación de profesionalidad por parte de la sección especializada de ahorro y crédito de la Caja de Compensación Familiar autorizada por la Superintendencia Bancaria de Colombia;
- b) Deberán contener las medidas necesarias para que los afiliados de las Cajas de Compensación Familiar cuya red se utiliza, las identifiquen claramente como una persona jurídica distinta y autónoma de las Cajas de Compensación Familiar con sección especializada de ahorro y crédito, y cumplir las demás condiciones que señale la Superintendencia Bancaria de Colombia con el fin de asegurar el cumplimiento de esta obligación;

c) Deberán prever la utilización de personal propio de la Caja de Compensación Familiar con sección especializada de ahorro y crédito y la prohibición para que en la promoción, gestión y celebración de las operaciones autorizadas, participen funcionarios de la Caja de Compensación Familiar cuya red se utiliza;

d) Deberán prever que la sección especializada de ahorro y crédito es la responsable exclusiva del recaudo, pago y transferencia de fondos, así como de los sistemas de información utilizados por la Caja de Compensación Familiar cuya red se utiliza.

Artículo 21. *Formalidades.* Los convenios deberán constar por escrito y deberán remitirse a la Superintendencia Bancaria de Colombia con treinta (30) días hábiles de antelación a su celebración.

Artículo 22. *Condiciones de las operaciones.* La sección especializada de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar que celebre convenios de uso de red de oficinas con otras Cajas de Compensación Familiar sin sección especializada de ahorro y crédito, será la responsable patrimonialmente de los recursos captados de los afiliados de las segundas.

Las Cajas de Compensación Familiar con sección de ahorro y crédito deberán ofrecer las mismas condiciones en la celebración de todas sus operaciones activas y pasivas, tanto a sus afiliados como a los afiliados de las Cajas con las cuales celebre los convenios de que trata el presente capítulo.

Capítulo cuarto **Fondos de liquidez**

Artículo 23. *Cumplimiento del fondo.* El fondo de liquidez de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar, previsto en el numeral 14.5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, adicionado por el artículo 1° de la Ley 920 de 2004, se deberá mantener constante y en forma permanente en los instrumentos previstos en los numerales 1 y 2 del citado numeral.

Parágrafo 1°. Para los efectos de lo previsto en el presente capítulo, se entenderá por fondos abiertos, los señalados como tales en el numeral 1.1 del artículo 2.4.1.5 de la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores o en las normas que lo sustituyan, adicionen o complementen.

Parágrafo 2°. La Superintendencia Bancaria de Colombia podrá establecer límites individuales para los diferentes instrumentos previstos en los numerales 1 y 2 del numeral 14.5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, adicionado por el artículo 1° de la Ley 920 de 2004.

Artículo 24. *Condiciones especiales para la utilización del fondo de liquidez.* El fondo de liquidez de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar, podrá disminuir solamente por la utilización de los recursos para atender necesidades de liquidez originadas en la atención de obligaciones derivadas de los depósitos y exigibilidades de la sección, o por efecto de una disminución de los depósitos y exigibilidades de la misma.

Parágrafo 1°. Las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar podrán utilizar el fondo de liquidez, previo aviso a la Superintendencia Bancaria de Colombia, entidad que verificará que su utilización obedeció exclusivamente a las causas señaladas en el inciso anterior.

Parágrafo 2°. El deber de avisar en forma previa a la Superintendencia Bancaria de Colombia, no implica autorización previa por parte de este organismo.

Parágrafo 3°. Las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar un monto superior al diez por ciento (10%) del total de sus captaciones para la conformación del fondo de liquidez. En este caso, la utilización de los recursos que sobrepasen dicho porcentaje, no se encontrará sujeta a las restricciones previstas en el presente capítulo.

Artículo 25. *Inversiones.* Los títulos y demás valores que representen inversiones de los fondos de liquidez de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar permanecerán bajo la custodia del establecimiento de crédito, el organismo cooperativo de carácter financiero, la sociedad fiduciaria, la sociedad comisionista de bolsa, la sociedad administradora de inversión o en un depósito centralizado de valores vigilado por la Superintendencia de Valores y, deberán permanecer libres de todo gravamen.

Artículo 26. *Participaciones.* Los fondos comunes administrados por sociedades fiduciarias, los fondos de valores abiertos administrados por sociedades comisionistas de bolsa y los fondos de inversión abiertos administrados por sociedades administradoras de fondos de inversión, en los cuales se inviertan los recursos de los fondos de liquidez de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar, solamente podrán tener como suscriptores, constituyentes y/o beneficiarios a dichas secciones especializadas de ahorro y crédito, a cooperativas de ahorro y crédito, a secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas e integrales, a fondos de empleados y a asociaciones mutualistas.

Artículo 27. *Presentación de informes.* Cada mes, las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar deberán informar a la Superintendencia Bancaria de Colombia el monto y composición del fondo de liquidez, así como el saldo de sus depósitos y exigibilidades en el formato que para el efecto determine el organismo de control, adjuntando los extractos de cuenta y demás comprobantes que establezca esta Superintendencia, expedidos por la entidad depositaria de los recursos.

Artículo 28. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.



*INSTITUCIONES FINANCIERAS NACIONALIZADAS -
OBLIGACIÓN DE LA NACIÓN DE GARANTIZAR RECURSOS*

Decreto 2512 de 2005*

(julio 21)

por el cual se reglamenta lo dispuesto en el literal d) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

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

Decreta:

Artículo 1°. *Ámbito de aplicación.* El presente decreto regula los procedimientos que deben seguirse para que la Nación cumpla con su obligación de garantizar los recursos a las instituciones financieras nacionalizadas a que se refiere el literal d) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Artículo 2°. *Procedimiento.* Para efectos de que opere la garantía a que se refiere el presente decreto deberá seguirse el siguiente procedimiento:

- a) El representante legal de la respectiva institución financiera nacionalizada deberá presentar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público un documento en donde se solicite el desembolso de la garantía sin exceder la cuantía que resulte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° del presente decreto;
- b) La solicitud a que se refiere el literal anterior deberá estar acompañada de una certificación suscrita por el revisor fiscal de la institución financiera nacionalizada en donde se especifique que la suma solicitada corresponde efectivamente a lo dispuesto en el artículo 4° del presente decreto. Asimismo, deberá acompañarse a la solicitud copia auténtica del acta o certificación de la parte pertinente del acta correspondiente a la sesión de la junta directiva donde se estudió y se aprobó solicitar el desembolso de la garantía y en donde conste que el monto solicitado cumple con lo dispuesto en el artículo 4° del presente decreto;
- c) Para hacer efectivo el desembolso de los recursos, la institución financiera nacionalizada deberá celebrar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un contrato en donde se estipulará la forma de pago, plazos y demás condiciones de la garantía a cargo de la Nación;
- d) La institución financiera nacionalizada deberá otorgar a favor de la Nación las contragarantías que, a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, garanticen la

* Diario Oficial 45.977 de 2005

devolución de los dineros girados por este al cumplir la obligación a que se refiere el presente decreto;

e) La institución financiera nacionalizada deberá demostrar que ha examinado si las acreencias se encuentran en las condiciones descritas en el artículo 118 de la Ley 6ª de 1992 y, en caso positivo, que han exigido al acreedor los documentos que allí se mencionan y que, de ser el caso, está preparada para hacer la liquidación y retención de impuestos a las que se refiere esa norma.

Parágrafo 1º. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la Nación, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad que este determine, podrá adquirir directamente de los acreedores de la institución financiera nacionalizada las obligaciones a cargo de esta última, subrogándose en las respectivas acciones. En este caso, el giro de los recursos a la institución financiera nacionalizada se efectuará descontando las sumas correspondientes a las adquisiciones a que se refiere el presente parágrafo.

Podrá también la Nación para honrar su garantía conceder un crédito a la institución financiera nacionalizada, en los términos del numeral 6 artículo 1668 del Código Civil, para buscar una subrogación legal en los créditos.

Las alternativas a las que se refiere el presente parágrafo se aplicarán sin alterar las reglas sobre prelación de créditos.

Parágrafo 2º. Cuando se trate de una institución financiera nacionalizada en estado de liquidación se dará cumplimiento a lo dispuesto en los literales a), b), salvo lo relativo al acta de Junta Directiva, c) y e) del presente artículo. Asimismo, se podrá aplicar lo dispuesto en el parágrafo 1º del mismo en forma que la Nación pueda subrogarse en los derechos que tenían contra la liquidación aquellos acreedores cuyas acreencias hayan sido atendidas con los recursos aportados por ella, lo cual será certificado por el liquidador.

Para efectos de lo dispuesto en el literal d) del presente artículo la Nación podrá admitir como contragarantías las cauciones prestadas en un proceso ejecutivo terminado que se transfieran en su favor, previo el cumplimiento de los requisitos que correspondan. Igualmente, la Nación podrá admitir como contragarantía, para efectos de lo establecido en el mencionado literal, la constitución en su favor de cauciones de igual valor y naturaleza que las que hubieren sido otorgadas en un proceso ejecutivo terminado en contra de la correspondiente institución financiera nacionalizada.

No será preciso que la contragarantía cubra el valor de las contingencias en cuanto exista posibilidad de que la Nación recaude el impuesto al que se refiere el artículo 118 de la Ley 6ª de 1992. Se tomarán las medidas legales necesarias para compensar las sumas que la Nación deba dar a la institución para honrar la garantía, con las que la institución recaude por concepto de ese impuesto para la Nación.

Artículo 3º. Exigibilidad. La garantía solo se hará exigible en el momento en el que la institución financiera nacionalizada esté obligada por una sentencia judicial debidamente ejecutoriada o un acto administrativo del liquidador en firme que disponga el pago de un crédito a un acreedor cuya presunción de buena fe no aparezca desvirtuada en la sentencia o el acto, y se dé previamente cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º.

Artículo 4°. *Límites*. El desembolso de los recursos para que la Nación pueda cumplir su obligación conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se hará solo en la cuantía necesaria para satisfacer las obligaciones que no puedan ser atendidas con los activos de la institución financiera nacionalizada, excluyendo de tales activos el aporte de capital de los accionistas. La garantía a la que se refiere el presente decreto solo se hará efectiva después de haber liquidado tales activos.

Artículo 5°. *Procedimiento para la sustitución procesal*. En el evento en el cual se pretenda hacer efectiva la garantía solicitando la sustitución procesal a que se refiere el parágrafo del artículo 115 de la Ley 510 de 1999, deberá darse previamente cumplimiento a lo siguiente:

- a) A lo dispuesto en el literal c) del artículo 2° del presente decreto, en concordancia con los incisos 2° y 3° del parágrafo 2° del mismo artículo, en cuanto se refiere al traslado de las cauciones en procesos ejecutivos terminados y a otras garantías a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las obligaciones contingentes resultantes de la sustitución;
- b) A lo dispuesto el literal e) del artículo 2° del presente decreto, salvo la parte que exige demostración de la preparación por parte de la institución financiera nacionalizada para hacer la liquidación y retención del impuesto a que se refiere el artículo 118 de la Ley 6ª de 1992, y
- c) A lo dispuesto en el artículo 3° del presente decreto.

Si el proceso judicial termina en forma adversa a la Nación antes de que termine la liquidación, el desembolso de los recursos para que la Nación honre su garantía a la institución en liquidación, conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se hará efectivo sólo después de haber liquidado los activos de la institución, y en la cuantía necesaria para satisfacer las obligaciones que no hayan podido ser atendidas con ellos, excluyendo de tales activos el aporte de capital de los accionistas.

Si el proceso termina después de finalizada la liquidación, y el fallo es adverso a la Nación, el desembolso se hará sólo en la medida en que la suma exigida no haya sido cubierta por las provisiones que debió constituir el liquidador, según adelante se dispone, y a las cauciones recibidas.

Adicionalmente, la institución financiera nacionalizada deberá dar aviso previo a la Nación antes de presentar ante el juez o tribunal de conocimiento la solicitud de sustitución procesal.

Perfeccionada la sustitución procesal, si hubiere lugar a aplicar el impuesto al que se refiere el artículo 118 de la Ley 6ª de 1992, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá liquidar el impuesto de manera que los pagos se realicen con deducción de las sumas que correspondan por tal concepto.

Parágrafo. Si la institución financiera nacionalizada se encuentra en estado de liquidación, adicionalmente a dar cumplimiento a lo previsto en el presente artículo, el liquidador, antes de terminar el proceso liquidatorio, deberá destinar lo remanentes para constituir una provisión que ampare las contingencias que puedan afectar a la Nación, en el evento en que ella fuere obligada a pagar en los procesos judiciales en los que haya operado la sustitución procesal. Esta provisión deberá constituirse hasta por el valor que el liquidador asigne a la

contingencia, disminuido en lo pertinente si existe la probabilidad de aplicar el impuesto al que se refiere el artículo 118 de la Ley 6ª de 1992, y en el monto de las cauciones o contragarantía que haya recibido y conserve la Nación.

Artículo 6°. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Jurisprudencia

Bono pensional

Cuenta corriente. Servicios financieros

Dividendos. Accionistas minoritarios

BONO PENSIONAL

Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-734 del 14 de julio de 2005. Expediente D-5552.

Síntesis: *Demanda de inconstitucionalidad contra el literal a) del artículo 5° del Decreto - Ley 1299 de 1994. Se declara que la norma impugnada es inconstitucional por vicio de competencia referente al exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias.*

«(...)

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial 41.411 de junio 28 de 1994, resaltando el aparte demandado.

Decreto 1299 de 1994
(Junio 22)

"por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales"

CAPÍTULO III
Obligaciones de las partes

Artículo 5°. Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia. Para los efectos de que trata el literal a) del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:

a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando;

(...)

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La competencia.

Según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, por tratarse de un decreto con fuerza de ley, expedido por el Gobierno Nacional con base en las llamadas facultades extraordinarias de que trata el artículo 150 numeral 10 de la Carta.

2. Asuntos que se someten a la consideración de la Corte.

2.1 En el presente juicio, el actor solicita que declare inexecutable el literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, por considerar que el mismo resulta contrario a los artículos 113, 121, 150 y 350 de la Constitución Política. La solicitud de inconstitucionalidad la sustenta el actor en los siguientes dos cargos:

- El Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, pues mientras las mismas fueron otorgadas para dictar normas relacionadas con la emisión de los bonos pensionales, a través de la norma acusada se ocupó de un tema distinto, como es el referente al salario base de liquidación para tener derecho a la pensión de vejez.
- Con la fórmula prevista en la norma para calcular el salario base de liquidación de la pensión de vejez, se está reconociendo un auxilio de los prohibidos por el artículo 355 Superior, ya que permite a quienes cotizaron conforme al tope legal de diez (10) salarios mínimos -anterior a la Ley 100-, obtener un bono pensional liquidado sobre una base mayor, cual es la equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes.

2.2 Frente a las anteriores dos acusaciones, coinciden los distintos intervinientes en el sentido de considerar que la solicitud de inconstitucionalidad se funda en una interpretación errada de la norma impugnada, pues la expresión "*el salario o el ingreso base*" no corresponde al salario devengado sino al salario reportado por el empleador o salario base de cotización, con lo cual, quienes cotizaron sobre el tope de 10 salarios reciben un bono equivalente a tal aporte y no uno mayor. También señalan que el Gobierno no se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la norma así interpretada, refleja con exactitud lo que el artículo 117 de la citada ley denominó "*base de cotización*" y, por tanto, se limitó a reiterar dicho artículo.

2.3 En contraposición a lo expresado en las intervenciones, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar inexecutable el precepto impugnado. En consonancia con los argumentos de la demanda, la agencia fiscal sostiene que, de conformidad con la norma habilitante, las facultades legislativas fueron otorgadas al ejecutivo para expedir normas relacionadas con la emisión, redención, transacción y traslado de los bonos pensionales, y en ningún caso para regular lo atinente al salario base de liquidación de las pensiones de vejez que es la materia tratada en la norma acusada. Adicionalmente, sostiene que el dispositivo impugnado viola los principios de igualdad y solidaridad al modificar, en la base para el cálculo de la pensión de vejez, el salario base de cotización a que se refería el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

3. Los problemas jurídicos que debe resolver la Corte.

3.1 De acuerdo con los cargos de la demanda, la posición asumida por los intervinientes y el concepto emitido por el Ministerio Público, en esta oportunidad le compete a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Si al regular lo atinente al salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez, el Gobierno Nacional se excedió en el uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

- Si la regla de derecho acusada permite que cierto grupo de personas -las que cotizaron sobre el tope de 10 salarios mínimos pero obtenían una retribución mayor- se beneficien de una pensión de vejez que supera ampliamente el monto de sus aportes, y si tal beneficio constituye un auxilio de los prohibidos por el artículo 355 de la Constitución Política.

4. Aclaración previa en torno a la naturaleza del cargo por extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias.

4.1 Conforme lo ha precisado esta Corporación en múltiples pronunciamientos, el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias por el Presidente de la República constituye un vicio de competencia que, sin perjuicio de incidir en el proceso de formación del acto, se proyecta también sobre su contenido material, razón por la cual es tratado como un vicio de fondo no sujeto al término de caducidad previsto por el artículo 241 de la Carta Política para las acciones públicas de inconstitucionalidad por vicios de trámite.

Sobre este particular, dijo la Corporación en reciente pronunciamiento:

"En ese contexto, constituye criterio hermenéutico consolidado el que ciertos vicios de competencia 'se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material'¹, razón por la cual no están sujetos al término de caducidad de un año previsto por el artículo 242 de la Constitución Política para las acciones públicas de inconstitucionalidad por presuntas irregularidades de trámite. Atendiendo tal posición, en forma reiterada ha precisado la Corte² que irregularidades como la extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias (C.P. art. 150-10), la violación de la regla de unidad de materia (C.P. arts. 158 y 169) y el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria u orgánica, constituyen vicios de competencia cuya entidad 'no se agota en el proceso legislativo sino que también tiene[n] capital importancia en el resultado, esto es, en las leyes mismas y en su cumplimiento'³; razón por la cual son también vicios materiales a los que no les resulta aplicable el término de caducidad de la acción.

En efecto, en relación con dichos vicios, puede ocurrir que aun cuando la ley sea formalmente válida, por haberse surtido de manera impecable el trámite legislativo previsto en el ordenamiento jurídico, algunos de sus contenidos normativos sean inconstitucionales por no tener conexidad con la temática de la ley (unidad de materia), referirse a un tema para el cual no había sido habilitado el Presidente de la República por parte del Congreso (facultades extraordinarias), y regular por medio de ley ordinaria un asunto que la Constitución ha reservado a las leyes orgánicas o estatutarias. Ello lleva a considerar que el vicio de inconstitucionalidad no sea formal, por haberse tramitado tal ordenamiento de acuerdo a la Constitución y la ley, sino material, por afectar el contenido de un precepto jurídico respecto del cual no tenía competencia el Congreso." (Sentencia C-1177 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

En ese orden de ideas, frente al cargo por un presunto exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias, la Corte es competente para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del literal a) del artículo 5º del Decreto-Ley 1299 de 1994,

1 Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

2 En relación con los vicios de competencia que se consideran vicios materiales, se pueden consultar: frente al ejercicio de facultades extraordinarias, la Sentencia C-546 de 1993; frente al principio de unidad de materia, la Sentencia C-531 de 1995; y frente al desconocimiento de ley orgánica o estatutaria, la Sentencia C-600 de 1995.

3 Sentencia C-531 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

pues el mismo es considerado un vicio de competencia con proyección sobre el contenido material de la norma en cuestión y, por tanto, no está sometido al término de caducidad de la acción.

5. El ejercicio de las facultades extraordinarias. Su carácter excepcional y restrictivo frente a la exigencia de precisión.

5.1 La institución de las llamadas "*facultades extraordinarias*", regulada por la Constitución Política en su artículo 150 numeral 10, ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte en múltiples oportunidades, precisando en los distintos fallos que, en cuanto su otorgamiento conlleva una alteración del reparto ordinario de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, la extensión en el ejercicio de las mismas tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva.

Ciertamente, considerando que mediante la concesión de facultades extraordinarias el Congreso le confía al Ejecutivo el ejercicio de una función que por naturaleza le corresponde: la de dictar las leyes, ha señalado la jurisprudencia que, al tenor de la nueva regulación constitucional, el uso de esa atribución se caracteriza por su sentido restringido y limitado, con el fin de evitar abusos e impedir "que la expedición de las leyes, manifestación jurídica del poder soberano, vaya a tener permanente ocurrencia por fuera del foro público, sin que haya lugar a las deliberaciones y debates que por regla general debe anteceder a su aprobación y que son de la esencia de todo sistema democrático"⁴.

Este Tribunal viene sosteniendo que el régimen restrictivo del otorgamiento de las facultades extraordinarias persigue varios objetivos constitucionales, como son: (i) el fortalecimiento del Congreso, haciendo más exigente la utilización de las facultades extraordinarias; (ii) la consolidación del principio de separación de poderes, disminuyendo el excesivo protagonismo del presidencialismo y buscando un mayor equilibrio entre las ramas del poder público; (iii) la expansión y afirmación del principio democrático, reduciendo la posibilidad de que el Ejecutivo sea quien legisle y lo haga el órgano de representación popular por excelencia; y (iv) el respeto por el principio de reserva de ley, asignando exclusivamente al Congreso de la República la competencia para regular determinados asuntos o materias, y manteniendo en ese órgano la facultad de legislar en cualquier tiempo sobre las materias delegadas.

5.2 Dentro de esa línea de interpretación, conforme lo dispone el numeral 10 del artículo 150 Superior, en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo está condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos, a saber: a) que la delegación legislativa sea solicitada expresamente por el Gobierno Nacional, no pudiendo el Congreso trasladar por iniciativa propia ninguna de sus funciones legislativas al Presidente de la República; b) que las facultades sean aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara Legislativa; c) que dichas facultades no se soliciten ni se confieran para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas y leyes marco y para decretar impuestos, pues respecto de tales asuntos existe una competencia privativa y excluyente del Congreso de la República; d) que la habilitación legislativa solamente pueda otorgarse

4 Sentencia C-306 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

"cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen"; e) que las facultades se concedan con carácter temporal o "*pro t mpore*", hasta por el término de seis (6) meses; y f) que las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente sean "*precisas*".

Adicionalmente, la norma constitucional conserva en cabeza del Congreso la iniciativa legislativa en las materias delegables, otorgándole competencia para que, en todo tiempo y por iniciativa propia, reforme y modifique los decretos leyes dictados por el Gobierno con base en las facultades extraordinarias, buscando con ello profundizar el principio democrático en el sentido de impedir que el órgano legislativo se desprenda de su competencia para tratar los temas que han sido objeto de delegación.

5.3 Teniendo en cuenta la manera como ha sido concebido el instituto de las facultades extraordinarias, la Corte Constitucional, en cumplimiento de su función de ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes y decretos con fuerza de ley, ha descartado la interpretación extensiva o analógica en la concesión y ejercicio de las mismas, procediendo a reafirmar en sus distintos fallos la naturaleza excepcional y restrictiva que la identifica. Dicha actividad ha sido desarrollada por esta Corporación, de una parte, mediante la delimitación clara y precisa de los requisitos exigidos por la Carta cuando ello ha sido necesario, "sin dejar de ser cautelosa en su valoración para no vaciar de contenido o hacer nugatorio el ejercicio de esa función exceptiva"⁵, y de la otra, a través de la verificación de los citados presupuestos, procediendo a declarar inexecutable las facultades extraordinarias que no se ajustan a ellos y, en su defecto, manteniendo en el ordenamiento las delegaciones que cumplen los citados parámetros.

5.4 En relación con los presupuestos que revisten una especial relevancia para la afirmación del régimen de las facultades extraordinarias, se destaca el que exige que las facultades sean "*precisas*". Siguiendo lo afirmado por la jurisprudencia constitucional, a través del requisito de precisión se impone a los órganos que intervienen en el proceso de habilitación legislativa -el Congreso y el Gobierno-, obligaciones recíprocas cuya inobservancia conlleva la declaratoria de inconstitucionalidad de las facultades otorgadas o de las medidas que por esa vía fueron expedidas. Así, conforme a tal exigencia, al Congreso le asiste la obligación ineludible de establecer en forma clara, cierta, específica y determinable el campo normativo sobre el cual debe actuar al Presidente de la República. Y al Gobierno, la obligación de ejercer la facultad legislativa transitoria dentro de los límites o parámetros fijados en el acto condición que otorga la delegación, debiendo restringir la actividad normativa estrictamente a las materias all  descritas.

Respecto del significado del requisito de precisión, dijo la Corte:

"El que las facultades extraordinarias deban ser "*precisas*", significa que, además de necesarias e indispensables para el logro de determinado fin, han de ser también puntuales, ciertas, exactas. Ello es explicable, pues son la excepción a la regla general que enseña que de ordinario la elaboración de las leyes "corresponde al Congreso". Así, pues, en tratándose de la competencia para el ejercicio de facultades extraordinarias, no cabe duda de que el Presidente de la República debe discurrir bajo estrictos criterios restrictivos." (Sentencia C-050 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía).

5 Sentencia ibídem.

Posteriormente, reiteró:

"En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que los asuntos que compete regular al legislador extraordinario deben describirse en forma clara y precisa, de tal forma que puedan ser *"individualizados, pormenorizados y determinados,"*⁶ según lo ordena el artículo 150-10 de la Constitución. *Así pues, si bien el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias es competente para derogar o modificar leyes expedidas por el Congreso, éstas últimas deben estar claramente establecidas en la ley habilitante.*" (Sentencia C-979 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería).

Teniendo en cuenta el alcance reconocido al requisito de precisión, en la sentencia C-097 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte dispuso que para entender cumplido el referido presupuesto es necesario que en la ley habilitante concurren los siguientes tres elementos: 1) que en ella se indique la materia que delimita el campo de acción legislativa del Ejecutivo, 2) que determine la finalidad que debe tener en cuenta por el Ejecutivo a la hora de ejercer las facultades, y 3) que fije los criterios específicos que permitan orientar las decisiones que habrá de adoptar el ejecutivo dentro del ámbito material y general de la habilitación. En el citado fallo, se explican los referidos elementos en los términos que siguen:

6.1.2 *La indicación de la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades.* Como la delimitación del ámbito material de las facultades no precisa por sí sola para qué se ha otorgado la habilitación legislativa, es necesario que el Congreso haga claridad sobre los propósitos o finalidades que animan la concesión de facultades extraordinarias al Ejecutivo y han de orientar al legislador extraordinario, de forma que pueda respetar la voluntad del Congreso.

La Corte Constitucional se ha referido a tal requisito en varias ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia C-050 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía, la Corte advirtió que "el que las facultades extraordinarias deban ser 'precisas', significa que, además de necesarias e indispensables *para el logro de determinado fin*, han de ser también puntuales, ciertas, exactas. Ello es explicable, pues son la excepción a la regla general que enseña que de ordinario la elaboración de las leyes 'corresponde al Congreso'. (Resaltado fuera de texto)

Recientemente, en sentencia C-503 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, al referirse a la exigencia de la precisión, la Corte reiteró que "(E)l requisito de precisión hace imperativo que en la ley de facultades se exprese de manera clara y delimitable el objeto de las mismas. Estima la Corte que, adicionalmente, la fijación del ámbito de las facultades debe consultar un principio de congruencia entre, *los motivos que llevaron al legislador a concederlas*, y el contenido mismo de la ley de facultades. Los dos extremos conforman una unidad indisoluble, al punto que un decreto-ley expedido por el Gobierno podría ser demandado por exceder el preciso ámbito de la ley de facultades, no sólo en razón de la descripción que en dicha ley se haya hecho del objeto de las facultades, sino en virtud de la evaluación de las disposiciones del Decreto a la luz de los *motivos que llevaron al legislador a concederlas.*" (Resaltado fuera de texto)

6.1.3 La enunciación de criterios inteligibles y claros que orienten las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito general de la habilitación para alcanzar la finalidad de la misma que motivó al Congreso a conceder las facultades extraordinarias. Por último, un tercer requisito para que se cumpla el mandato constitucional de precisión se relaciona con los criterios específicos que permiten la delimitación del ámbito de la competencia atribuida al Ejecutivo, criterios sin los cuales sería en extremo difícil establecer si el Presidente actuó dentro del marco establecido por la habilitación.

6 Sentencia C-1493 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Al respecto, la Corte en Sentencia C-050 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía, afirmó que "en tratándose de la competencia para el ejercicio de facultades extraordinarias, no cabe duda de que el presidente de la República debe discurrir bajo *estrictos criterios restrictivos*" (Resaltado fuera de texto).

El anterior requisito fue recordado recientemente en sentencia C-895 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández pues, "según la Corte, el que las facultades deban ser precisas "significa que, además de necesarias e indispensables para el logro de determinado fin han de ser puntuales, ciertas, exactas, ejercidas bajo *estrictos criterios restrictivos*." (Resaltado fuera de texto)

Ha precisado la jurisprudencia que la exigencia de incluir en la ley de facultades extraordinarias, tanto la materia delegable como el alcance y los criterios de la delegación, no solo representa una clara manifestación del alcance restrictivo que identifica esa institución jurídica, sino que además constituye un parámetro válido para ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes habilitantes y sobre los decretos legislativos que las desarrollen, ya que le permiten al juez constitucional establecer con exactitud el ámbito dentro del cual opera la delegación extraordinaria y los límites que ella misma comporta.

5.5 Frente a este último aspecto, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha venido aclarando que el otorgamiento de facultades amplias y generales por parte del Congreso, no afecta ni se contrapone a la exigencia de precisión, por lo que tampoco conlleva una violación o desconocimiento de la Constitución Política⁷. A juicio de la Corporación, "el mandato de precisión y los elementos que lo integran tienen el sentido de delimitar clara y específicamente el ámbito de la habilitación sin que ello conduzca necesariamente al Congreso de la República a regular integralmente la materia o a ocupar el campo de acción que la Constitución permite atribuir al Ejecutivo, lo cual desnaturalizaría la institución de las facultades extraordinarias"⁸.

5.6 No obstante, también este Tribunal ha sido enfático en subrayar que, en cuanto la precisión implica claridad y especificidad en la materia delegable, "las facultades no pueden ser vagas e indeterminadas puesto que ello representaría una habilitación en blanco al Ejecutivo equivalente a una renuncia inaceptable del Congreso a ejercer la función legislativa que el constituyente le ha confiado"⁹.

5.7 De acuerdo con estos criterios de interpretación, ha concluido esta Corporación que se desconoce el requisito de *precisión* y, por tanto, se viola la Constitución Política, cuando la ley de facultades no define en forma clara y específica la materia, objetivos y presupuestos de la delegación, o cuando las normas dictadas por el Gobierno se refieren a temas ajenos a los descritos y autorizados en la ley de habilitación legislativa¹⁰.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, entra la Corte a evaluar si a través del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, el Gobierno se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

7 Cfr. entre otras, las Sentencia C-074 de 1993, C-032 de 1999, C-097 de 2003 y C-306 de 2004.

8 Sentencia C-097 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Sentencia *ibídem*.

10 Sentencias C-097 de 2003 y C-306 de 2004.

6. Las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993 y su desarrollo a través del Decreto 1299 de 1994.

6.1 A iniciativa del Gobierno Nacional, el Congreso de la República tramitó y aprobó la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, entendido como el conjunto de instituciones, disposiciones y procedimientos puestos al servicio de los habitantes del territorio nacional y de la comunidad en general, para gozar de una calidad de vida, proporcionar una cobertura integral de las contingencias sociales -especialmente en salud y capacidad económica- y lograr el bienestar individual y colectivo.

6.2 En cumplimiento de los objetivos propuestos con dicha ley, a través del numeral 5 del artículo 139 el Congreso Nacional revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de la citada ley, para:

"5. Dictar las normas necesarias para la emisión de bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual" (Resaltado fuera del texto).

6.3 Invocando las facultades conferidas por el citado numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, el Ministro de Gobierno de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, procedió a dictar el Decreto 1299 del 22 de junio de 1994, *"por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales"*.

De acuerdo con el objetivo del decreto, en su artículo 1° se definen los bonos pensionales como *"aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones"*, al tiempo que se anuncia el ámbito de regulación del precitado ordenamiento, señalando que, por su intermedio, se van a establecer las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de negociarlos y las condiciones de los bonos pensionales cuando estos deban expedirse a los afiliados del Sistema General de Pensiones que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En desarrollo de las medidas anunciadas, a lo largo del decreto se regulan aspectos relacionados con: (i) los requisitos para el reconocimiento de los bonos pensionales (art. 2°), (ii) el valor de los bonos pensionales (art. 3), (iii) las bases técnicas para el cálculo del bono pensional (arts. 6° y 7°), (iv) los intereses, redención, negociabilidad y características del bono pensional (arts. 8° a 13), (v) las entidades a cargo de la emisión de los bonos pensionales (arts. 14 a 17 y 24), (vi) los plazos para la emisión de los bonos pensionales (art. 18), (vii) la constitución de fondos y patrimonios autónomos para el pago de los bonos pensionales (arts. 19, 20, 21 y 23), (viii) el control estatal sobre la emisión de los bonos pensionales (art. 22), (ix) la adquisición de acciones a empresas a través de los bonos pensionales (art. 25), y (x) lo relacionado con el fondo de reservas para bonos pensionales (art. 26).

En lo que respecta a los artículos 4° y 5°, éstos consagran asuntos referidos al cálculo de la pensión de vejez y al salario base de cotización de dicha pensión para los afiliados al sistema de seguridad social con anterioridad al 30 de julio de 1992.

6.4 Tratándose de la norma acusada, el literal a) del artículo 5°, la misma se ocupa de definir el salario base de cotización para la pensión de vejez de quienes venían cotizando al Seguro Social o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, en los siguientes términos:

"a) tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieran cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando."

6.5 No sobra precisar, como ya lo había hecho la Corte en pronunciamiento anterior (Sentencia C-498 de 1995), que el decreto al cual pertenece la norma acusada cumple con la exigencia de temporalidad prevista en el numeral 10 del artículo 150 Superior, ya que éste se expidió el día 22 de junio de 1994, tal como consta en el Diario Oficial 41. 411 del 28 de junio de 1994; es decir, dentro de los seis (6) meses a los que hace mención la ley habilitante, a su vez publicada el día 23 de diciembre de 1993 en el Diario Oficial 41.148.

7. Exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias y desconocimiento del requisito de "precisión".

7.1 Tal como se expuso en el acápite anterior, las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993 se concedieron, única y exclusivamente, para expedir normas relacionadas con la emisión, redención y transacción en el mer-

cado secundario de los bonos pensionales, y para señalar las condiciones de su expedición a quienes se trasladen del régimen de prima media al de capitalización individual.

El Gobierno Nacional, a través del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, definió el salario base de cotización para la pensión de vejez de las personas que venían cotizando al Instituto de Seguros Sociales (ISS) o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992.

Invocando tales facultades, el Gobierno Nacional, a través del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, definió el salario base de cotización para la pensión de vejez de las personas que venían cotizando al Instituto de Seguros Sociales (ISS) o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, disponiendo que el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

7.2 Según se explicó en el apartado 5 de las consideraciones de esta sentencia, el ejercicio de facultades extraordinarias es de ca-

rácter excepcional y de interpretación restrictiva, quedando supeditado su reconocimiento constitucional al cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral 10 del artículo 150 Superior; en particular, al cumplimiento del requisito de *precisión*, el cual le impone al Congreso la obligación de definir en forma clara y específica la materia objeto de delegación, y al Gobierno Nacional el deber de ejercer dicha facultad legislativa dentro de los límites o parámetros materiales fijados en la ley de facultades.

7.3 Pues bien, confrontadas la norma acusada con la ley habilitante, comparte la Corte la posición adoptada por el Ministerio Público en su concepto de rigor, en el sentido de considerar que a través de esta última el Gobierno se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias, ya que la delegación legislativa anotada se concedió para expedir normas relacionadas con la emisión, redención, transacción y traslado de los bonos pensionales y no para regular aspectos relacionados con el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez, como lo es precisamente el tema de la definición del salario base de liquidación de tal prestación, al que precisamente refiere el precepto impugnado.

A juicio de esta Corporación, la decisión del Gobierno Nacional, de incluir en la norma acusada la definición del salario base de cotización de la pensión de vejez para quienes venían cotizando al ISS o a una caja o fondo del sector público o privado antes del 30 de junio de 1992, conlleva el desconocimiento del requisito constitucional de *precisión*, en cuanto ese aspecto no hacía parte de la temática ni de los fines perseguidos por el Congreso en la delegación prevista en el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

Como ha quedado dicho, la habilitación legislativa contenida en el dispositivo citado tenía como propósito específico facultar al Gobierno para dictar normas relacionadas con aspectos concretos sobre bonos pensionales, siendo la determinación de la base de cotización de la pensión de vejez, a que hace mención expresa la norma impugnada, un tema ajeno e independiente a aquél y para el cual no había sido habilitado el Ejecutivo.

Ya este Tribunal había tenido oportunidad de sostener que, si bien existe afinidad entre el tema de los bonos pensionales y el reconocimiento y liquidación de la pensión, en realidad se ocupan de aspectos diferentes, razón por la cual, para que ambos asuntos puedan ser objeto de delegación legislativa y de regulación por el Gobierno en un mismo ordenamiento, se requiere que la ley habilitante así lo precise, es decir, lo describa en forma expresa, clara y directa, pues la interpretación sobre el alcance de las facultades es estricto y en ella no es admisible la analogía.

Ciertamente, a propósito del juicio de constitucionalidad adelantado contra algunos apartes del artículo 24 del Decreto 1299 de 1994, demandado como ahora por un presunto exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación, en la Sentencia C-498 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero), concluyó que se trata de materias relacionadas pero diversas a partir de su propia naturaleza jurídica, pues mientras los bonos pensionales son por definición legal instrumentos de deuda pública nacional destinados a financiar el pago de las pensiones (art. 115 de la Ley 100 de 1993), estas últimas constituyen un derecho radicado en cabeza del trabajador -y su familia- producto del ahorro forzado durante toda una vida laboral.

Sobre esa base, se aclaró en el mencionado fallo, que, a pesar de existir una relación de coexistencia entre los bonos pensionales y el reconocimiento de la pensión, son instituciones jurídicas autónomas e independientes, razón por la cual, "la autorización para la regulación de la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario y la condición de los mismos, *no incluye el establecimiento de normas sobre reconocimiento y liquidación de pensiones*". (Resaltado fuera de texto).

Respecto al tema, concretamente se dijo en la citada sentencia:

"12. Debe precisar la Corte, como lo hizo el señor Procurador General de la Nación, que no obstante ser las materias similares, pues se refieren al tema pensional, se ocupan de aspectos diferentes, como se establece a continuación:

a) De una parte, las facultades extraordinarias fueron conferidas al Gobierno Nacional en forma expresa, para dictar normas relacionadas con los bonos pensionales, por lo que el decreto que desarrollara dichas facultades, debía ceñirse única y exclusivamente a los bonos pensionales. Por lo tanto, cuando el artículo 24 del Decreto 1299 de 1994 en las partes acusadas de sus incisos 1º y 2º hizo alusión al reconocimiento y liquidación de pensiones, excedió y desbordó las facultades extraordinarias otorgadas por el inciso 5º del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

b) Para reafirmar lo anterior, resulta procedente hacer la diferencia entre el "bono pensional" y "la pensión" como tal. Así, el "*bono pensional*" se encuentra definido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, como "aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones". Y se agrega, que constituyen adicionalmente, instrumento de deuda pública nacional. Por su parte, la *pensión* constituye, como lo ha afirmado esta Corte, "un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. En otras palabras, el pago de una pensión no es una

Las facultades extraordinarias fueron conferidas al Gobierno Nacional en forma expresa, para dictar normas relacionadas con los bonos pensionales, por lo que el decreto que desarrollara dichas facultades, debía ceñirse única y exclusivamente a los bonos pensionales. Por lo tanto, cuando el artículo 24 del Decreto 1299 de 1994 en las partes acusadas de sus incisos 1º y 2º hizo alusión al reconocimiento y liquidación de pensiones, excedió y desbordó las facultades extraordinarias otorgadas por el inciso 5º del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador "¹¹.

13. Los bonos pensionales son entonces diferentes a las pensiones mismas, pues los primeros son un instrumento de deuda pública nacional destinado a financiar el pago de las segundas. Por ello, la autorización para la regulación de la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario y la condición de los mismos, no incluye el establecimiento de normas sobre reconocimiento y liquidación de pensiones. Se trata de materias relacionadas pero diversas, por lo cual no podía el Ejecutivo utilizar las facultades extraordinarias relativas a los bonos pensionales para regular el reconocimiento y liquidación de pensiones puesto que -como ya se señaló- la interpretación del alcance de las facultades extraordinarias es estricta y no admite analogías. Hubo pues exceso en el uso de las facultades extraordinarias, por lo cual la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia, procederá a declarar la inexequibilidad de los apartes acusados, por exceso en el límite material señalado en la Ley 100 de 1993."

7.4 Cabe destacar, además, que el contenido material de la norma acusada, esto es, la definición del salario base de cotización para la pensión de vejez de quienes venían cotizando al ISS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, fue regulado directa e integralmente por el propio Congreso de la República en el texto de la ley habilitante, con lo cual se descarta de plano que dicho tema pudiera estar incluido en el ámbito material de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por intermedio del numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, la misma Ley 100 de 1993, en varias de sus disposiciones se ocupa integralmente del tema contenido en el literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, así: (i) de manera general, en el artículo 21, al definir éste cual es el salario o ingreso base de *liquidación para todas las pensiones previstas en dicha ley* (entre las que se incluye por supuesto la pensión de vejez), y señalar que corresponde al promedio de los salarios o rentas *sobre los cuales ha cotizado el afiliado* durante los últimos diez (10) anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia. Y, concretamente, (ii) tratándose de la definición del salario base de cotización para la pensión de vejez de quienes venían cotizando al ISS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, es el artículo 117 el que regula la materia, pues al referirse al valor de los bonos pensionales, señala que para reconocer la pensión de vejez se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar *la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante*, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del índice de precios al consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha.

Las normas mencionadas y su coincidencia temática puede ser apreciada con mayor claridad en el siguiente cuadro comparativo en el que se transcribe el contenido de los artículos 21 y 117 de la Ley 100 y el literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994:

11 Sentencia. C-546 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, reiterado por la Sentencia C-387 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

LEY 100 DE 1993	DECRETO 1299 DE 1994
<p>ARTICULO 21. <i>Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expide el DANE.</i></p> <p>ARTICULO 117. Valor de los bonos pensionales. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:</p> <p>a) <i>Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del índice de precios al consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE:</i></p> <p>b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:</p> <p>Cuarenta y cinco por ciento, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltará para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.</p> <p>La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de 15 salarios mínimos legales mensuales.</p>	<p>ARTICULO 5º <i>Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia.</i> Para los efectos de que trata el literal a) del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:</p> <p>a) <i>Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.</i></p>

Confrontados los dos textos, encuentra la Corte que, a partir de diferentes contenidos normativos, tanto la ley (de manera general en el artículo 21 y en concreto en el artículo 117) como el decreto citado en la norma acusada, hacen referencia expresa al tema de la definición del salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez de quienes venían cotizando al ISS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992. En consecuencia, si la ley habilitante determinó claramente cuál era el salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez de ese grupo de personas, no resultaba constitucionalmente válido que el Gobierno, *so pretexto* de regular aspectos relacionados con la emisión de los bonos pensionales, entrara a redefinir el mismo punto temático.

Según lo expresado por la jurisprudencia, en la medida que el otorgamiento de facultades extraordinarias es de interpretación restrictiva, se configura un exceso en su ejercicio cuando las normas dictadas por el ejecutivo se refieren a temas ajenos a los autorizados en la ley habilitante y tocan aspectos regulados directamente por esta última de manera diferente.

En punto al tema específico de la definición del salario base de liquidación para la pensión de vejez de quienes cotizaron con anterioridad al 30 de junio de 1992, la Corte identifica con claridad por lo menos una diferencia sustancial entre los textos contenidos en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994. Así, mientras el artículo 17 de la ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 de ese mismo ordenamiento, establece que el salario de liquidación de la pensión se calcula sobre *"la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, para calcular la pensión de vejez"*, el decreto en mención dispone que el salario para dicha prestación *"será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992"*. La diferencia radica en que la ley calcula el salario para liquidar la pensión de vejez a *partir de la base de cotización del afiliado, y la norma acusada lo hace a partir del salario devengado*, constituyéndose una y otra, en formulas no coincidentes, particularmente, si se considera que antes y después de la expedición de la Ley 100 de 1993, los aportes para pensión han estado sometidos a topes máximos de cotización, con lo cual el salario devengado no siempre corresponde al salario cotizado.

De este modo, a través de la norma acusada, el Gobierno violó los artículos 113, 121 y 150 numeral 10 de la Constitución Política, no solo por el hecho de haber regulado una materia para la cual no le fueron concedidas las facultades extraordinarias, sino además, por haber modificado las reglas que en relación con la definición del salario base de cotización de la pensión el legislador estableció en la propia ley habilitante, concretamente, en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

7.5 En los términos expuestos, el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta sentencia, no sin antes precisar que, en cuanto la norma impugnada ha sido encontrada inconstitucional por el vicio de competencia referente al exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias, la Corte se abstendrá de considerar el cargo restante que fue propuesto en su contra por el demandante.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** el literal a) de artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994.»

CUENTA CORRIENTE - SERVICIOS FINANCIEROS

Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-763 del 21 de julio de 2005. Referencia T-1079385.

Síntesis: *Las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos o razonables que justifiquen la decisión. Para determinar la apertura de cuenta corriente para el uso de una tarjeta de crédito no puede tenerse como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeñe el usuario.*

«(...)

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

B. Fundamentos

1. Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias

La Corte ha considerado que, por el carácter de servicio público que tiene la actividad bancaria, es procedente formalmente la tutela contra las entidades que la desarrollen.

Las entidades bancarias prestan un servicio público en virtud de *"la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continui-*

*dad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público."*¹

Al prestar un servicio público, el banco cuenta con atribuciones frente al usuario que implican un quebrantamiento del plano de igualdad que caracteriza las relaciones entre particulares y, en esa medida, justifican la exigibilidad del respeto de los derechos fundamentales de los usuarios ante los bancos, a la luz del caso concreto².

No obstante, es de precisar que la tutela contra entidades bancarias puede ser improcedente si en el caso concreto no existe subordinación del accionante frente al banco. En efecto ha dicho la Corte que: *"si bien la actividad bancaria es un servicio público, no todas las labores del giro ordinario de sus negocios implican una subordinación del sujeto que se relaciona con la entidad y una eventual vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, se hace necesario afirmar que en el caso de las actividades bancarias, la procedencia de la tutela se justifica en la medida en que (i) la entidad presta un servicio público, (ii) en el servicio prestado se presenta una disparidad de la posición contractual de las partes, o el banco tiene una*

1 Ver Sentencias SU-157 y SU-167 de 1999. Sentencias que resolvieron tutelas interpuestas contra entidades bancarias. Igualmente, ver Sentencia T-520 de 2003, la cual, con mayor detalle argumentó el por qué la actividad bancaria se entendía como un servicio público.

2 Ver Sentencia SU-157 de 1999, fundamentada en la Sentencia C-134 de 1994.

*posición dominante comercial, y (iii) se afecta con la actividad un derecho fundamental."*³

La Sala observa que al ser el servicio del caso concreto un contrato de cuenta corriente, siendo este, por regla general, un contrato de adhesión, la subordinación del solicitante del servicio al banco y sus decisiones es clara, en la medida en que la voluntad del primero no tiene poder de determinación de los términos relacionales.

Tomando en consideración la procedencia formal de la tutela contra entidades bancarias y la existencia de subordinación entre el accionante y el accionado en el caso concreto, entra la Corte a analizar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales del actor, por parte de Banco (...), no sin antes precisar que la Sala no evidencia la existencia de otro mecanismo de protección de los derechos fundamentales del actor, razón que hace procedente la tutela.

2. Problema jurídico

En la presente ocasión, corresponde a la Sala Sexta determinar si los derechos a la personalidad jurídica e igualdad en el acceso al sistema bancario son vulnerados por la entidad accionada al negarse a activar una tarjeta de crédito, en virtud de que la actividad de pastor de una iglesia está restringida por las políticas del banco para el otorgamiento de crédito, debido a la falta de solidez financiera que ofrecen las iglesias como entidades sin ánimo de lucro que viven de donaciones de feligreses. O sí, por el contrario, tal negativa, en el caso concreto, es un ejercicio legítimo de la libertad contractual en cabeza del banco.

Si bien la libertad contractual, como en las relaciones propias del derecho privado, es aplicable en las actividades bancarias, en este ámbito esta libertad se ve limitada en virtud de la naturaleza de servicio público de la actividad. Así las cosas, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas o del mero querer inmotivado de la entidad bancaria.

Para solucionar este problema jurídico, la Sala estudiará los límites a la libertad contractual de las entidades bancarias, fijados jurisprudencialmente por esta Corporación a la luz de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica e igualdad en el acceso al sistema bancario.

3. Necesidad de presentación de causales objetivas para la negativa de prestación de servicios por parte de las entidades bancarias.

3.1 Si bien la libertad contractual, como en las relaciones propias del derecho privado, es aplicable en las actividades bancarias, en este ámbito esta libertad se ve limitada en virtud de la naturaleza de servicio público de la actividad. Así las cosas, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas o del mero querer inmotivado de la entidad bancaria.

3 Ver Sentencia T-587 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se conoció de una tutela interpuesta por una cadena hotelera contra una entidad bancaria en el contexto del cumplimiento de un contrato de fiducia en garantía en el cual el banco era un acreedor garantizado. En esta ocasión, la tutela contra particulares fue encontrada improcedente.

Determinante para la comprensión del ámbito de libertad contractual de las entidades bancarias es la sentencia SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual se estudió la validez de la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente en virtud de que los accionantes aparecían en la denominada Lista Clinton. En esa ocasión, la Corte no encontró vulnerados los derechos a la personalidad jurídica, igualdad en el acceso al sistema bancario y, por conexidad, libertad económica, puesto que halló objetivo el criterio en virtud del cual se había determinado la terminación de la relación contractual⁴. Sin embargo, la Corporación precisó varios aspectos relevantes para el caso de la referencia.

Así, la Corte partió por afirmar que *"no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental."*

No obstante, acto seguido señaló que *"si bien [la actividad bancaria] debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del aborro."*⁵

A esto agregó que, en virtud del mandato del artículo 335 constitucional, por el cual se debe promover la democratización del crédito -aunado a la previsión en la Constitución del control, vigilancia e inspección estatal de esta actividad- *"es contrario a la Carta que condiciones subjetivas de los individuos sean las únicas causas para negar el acceso al crédito"*, afirmación concordante con el llamado al gobierno para dictar normas que limitaran que en el otorgamiento de crédito *"(...) se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante"*⁶ incluido en el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993.

De lo señalado, la Corte pudo concluir *"que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátiles y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evi-*

4 "La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos "reflejo" de la Lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. 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." Siguiendo los parámetros de la Sentencia SU-157 de 1999, ver SU-166 de 1999 y SU-167 de 1999 ambas con ponencia de Alejandro Martínez Caballero.

5 Resaltado ajeno al texto.

6 Resaltado ajeno al texto.

dente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado." Es decir, se presentaba una colisión de principios que debían ser armonizados.

3.2 Como todas las personas tienen derecho fundamental al reconocimiento de una personalidad jurídica y éste implica la posibilidad de incorporarse en la configuración del tráfico jurídico y económico de la sociedad (artículo 14 en concordancia con el 2º constitucional) y como este derecho no puede suspenderse, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte afirmó que *"todas las personas tienen vocación para ejercer su capacidad jurídica en cualquier actividad lícita, lo que incluye la actividad bancaria"* No obstante, esta aptitud está *"limitada por el cumplimiento de condiciones objetivas para acceder a ella, dentro de las cuales está una mediana capacidad económica para garantizar el aborro o el depósito de sus recursos, credibilidad y seriedad del cliente, aspectos que garantizan la solvencia y solidez del sistema económico."*

3.3 Otros derechos que la Corte encontró que podían ser ejercidos en virtud de la aceptación del individuo dentro de la relación contractual bancaria fueron *"[el] derecho a participar en la economía de mercado en igualdad de condiciones y el derecho a la iniciativa privada, los cuales también gozan de garantía superior (C.P. art. 13, 333 y 334). De igual manera, es indudable que el crédito y el depósito especializado del dinero constituyen instrumentos indispensables para ejercer el derecho fundamental a asociarse para constituir empresas y para concretar las libertades económicas, propias de una economía de mercado."* Tomando esto en consideración, afirmó la Corporación que *"es viable predicar la ius fundamentalidad de [las libertades económicas] cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental. Por lo tanto, es claro*

que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad". Precisó, no obstante, que esto debía ser ponderado con el ejercicio legítimo de la libertad contractual de los bancos.

3.4 Para saber cuándo el ejercicio de la libertad contractual de los bancos constituía un bloqueo financiero y, por tanto, vulneraba los derechos fundamentales del individuo a la personalidad jurídica o a la igualdad en relación con el acceso al servicio bancario y, en conexidad con los anteriores, la libertad económica, la Sala Plena fijó las siguientes pautas, que se pueden presentar de manera alternativa:

"b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero. (...)

b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. (...)

b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público. (...)

b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. (...) Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servi-

*cio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2° del artículo 5° de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia)."*⁷

3.5 De otra parte, pero en sentido semejante, en la Sentencia T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, analizando un caso relacionado con la cancelación de cuentas bancarias a las personas mencionadas en la Lista Clinton, se dijo con respecto a la facultad de terminación unilateral de los contratos por parte del banco, *"más allá del aparente sentido gramatical y exegético del artículo 1389 del Código de Comercio, según el cual se le otorga a las partes el derecho de terminar unilateralmente una relación de origen contractual; surge que, dicha facultad -como derecho subjetivo- no puede considerarse absoluta, ya que se encuentra limitada por la necesidad de salvaguardar el orden jurídico, la prevalencia del interés público, las exigencias éticas derivadas de la buena fe, los derechos de los terceros y la prohibición de no abusar de los derechos propios."* esto acorde con los artículos 1°, 58 y 95 constitucionales y la aplicación del principio hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución.

En la misma sentencia⁸ se señaló que si bien en principio existe libertad de escoger el sujeto con el cual se negocia *"no por ello pueden*

negar el acceso a sus servicios con fundamento en móviles contrarios al ordenamiento constitucional y, especialmente, a los derechos y garantías fundamentales."

Dejando de lado la tajante diferencia en derechos legales y derechos constitucionales o disposiciones legales y constitucionales, dijo la Sentencia T-468 de 2003 que *"a partir de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico⁹, la Corte ha sostenido que toda la legislación, incluyendo la que surge de los contratos (artículo 1602 del Código Civil), se encuentra sometida a la Constitución Política y, especialmente, a los valores, principios y derechos fundamentales que en ella se consagran."*

Posteriormente, al abordar el aspecto de las causales objetivas, la Sentencia T-468 de 2003 trajo a colación *"la Ley 35 de 1993"*¹⁰, [que] señala las siguientes, a saber: (i) la capacidad de pago del solicitante y (ii) el riesgo de la operación." Continuando con la objetividad de las causales, la sentencia señaló que *"la citada Ley 35 de 1993, faculta a las instituciones bancarias para negar la prestación de sus servicios financieros, siempre que exista un riesgo latente en la operación o sea manifiesta la debilidad económica del solicitante para asegurar el cumplimiento de las operaciones activas de crédito, aspectos incuestionablemente destinados a garantizar la solvencia y solidez del sistema financiero (artículo 335 C.P.)."*

7 Resaltado ajeno al texto.

8 Retomando un criterio planteado en el Fallo T-1165 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra -en la cual se había analizado la vulneración al derecho a la igualdad que implicaba la actitud de una aseguradora de no querer celebrar un contrato con un portador de VIH, precisamente por esa circunstancia- afirmó la sentencia *"no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir mas rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política (artículo 13).(...)"*

De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de VIH, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación."

9 KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed. Porrúa. México, p. 232 y subsiguientes.

10 De conformidad con el artículo 150 numeral 19 del texto Superior, se trata de una ley marco. Así, lo dispone su encabezado: *"por la cual se dictan las normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora"*.

3.6 Así como la Corte ha encontrado como criterio objetivo para la negativa de crédito bancario la mención de una persona, natural o jurídica, en la denominada Lista Clinton, no ha considerado que se pueda tener como causal objetiva para la negativa de un crédito exclusivamente la historia crediticia negativa según los reportes de las centrales de datos. En efecto, para que el criterio de negativa se considere objetivo se ha estimado que debe hacerse un estudio comprensivo de más factores de la capacidad de pago del solicitante de crédito medida a través de su historia crediticia. En este sentido, en la Sentencia T-592 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en la cual se analizaba, entre otros aspectos, la negativa a un crédito de vivienda por la exclusiva razón del reporte negativo en Datacrédito por deudas en las cuales, a pesar de haber existido mora, se obtuvo posteriormente el paz y salvo, la Corte consideró que los bancos que habían actuado en ese sentido deberían realizar un nuevo estudio de la solitud de crédito en el cuál no se tuviera en cuenta exclusivamente el factor mencionado. Dijo la citada sentencia:

"Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha insistido, en que los datos personales que registran las centrales de riesgo no comportan sanciones de ningún tipo para sus titulares, y que por consiguiente tales repor-

tes, con independencia de su sentido, no dan lugar a la exclusión de sus titulares de la actividad económica.

También se ha dicho que los procesos económicos se deben desarrollar dentro de un marco mínimo de justicia material, dentro de los cuales quienes ostentan una posición privilegiada se erigen como verdaderas autoridades, y en consecuencia están en el deber de "garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de sus clientes y, entre ellos, el del debido proceso".¹¹

De esta manera, el Fondo Nacional de Ahorro, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º, 15 y 29 constitucionales, sin perjuicio del requisito 3.1.8 del Acuerdo 990 de 2001 de su Junta Directiva¹², deberá evaluar el riesgo real que comportan las solicitudes de crédito de sus afiliados, así el comportamiento de éstos se encontrare reportado en el proceso informático, dado que los datos que procesan y divulgan las centrales de riesgo constituyen tan sólo uno de los elementos que permiten a las entidades financieras adoptar sanas y objetivas políticas de crédito." Añadió la Corte que los derechos fundamentales de los actores de la tutela estaban siendo desconocidos, entre otros motivos." A causa de que los antecedentes y las pruebas aportadas indican que la inclusión en las centrales de riesgo está siendo utilizada i) para presionar la solución de cargos no aceptados y de obligaciones en disputa, ii) como criterio único para estimar el riesgo crediticio, y iii) para excluir del tráfico económico y del

11 Sentencia T-083 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, varias veces citada.

12 Fondo Nacional de Ahorro, Acuerdo 990 de 2001 "3.1 REQUISITOS PARA PRESENTAR SOLICITUD DE CRÉDITO PARA VIVIENDA. Para presentar solicitudes de crédito se debe reunir los siguientes requisitos: 3.1.1 Ser afiliado al Fondo Nacional de Ahorro. 3.1.2 Tener una vinculación mínima de tres (3) años al FNA 3.1.3 Tener reportadas en el FONDO NACIONAL DE AHORRO cesantías correspondientes por lo menos a tres (3) años por una o varias entidades que aporten y reporten cesantías del afiliado al Fondo Nacional de Ahorro y un puntaje mínimo que determine la Junta Directiva. 3.1.4 No tener crédito para vivienda vigente con el Fondo Nacional de Ahorro. El FONDO NACIONAL DE AHORRO puede recibir solicitudes para una segunda opción de crédito por una sola vez y únicamente para quien tenga la calidad de afiliado activo aportante o pensionado y hayan transcurrido cinco (5) años desde la fecha de cancelación del primer crédito, y cumpla los demás requisitos establecidos en este Acuerdo. 3.1.5 No tener sobre sus cesantías o asignación básica, embargos o pignoraciones. En lo referente a la asignación básica será el Jefe de Personal o quien haga sus veces, el encargado de certificar sobre este hecho. 3.1.6 Presentar formulario original o fotocopia, con datos y firmas originales. 3.1.7 Acreditar su capacidad de pago, la cual deberá ser mínimo del 30 % de la asignación básica certificada por el jefe de personal de la entidad donde labora, o el certificado de la pensión según el caso. 3.1.8 No encontrarse el solicitante reportado ante la Central de Riesgo consultada. En el caso de los afiliados activos no aportantes deberá acreditar su capacidad de pago con una certificación de ingresos expedida por un Contador Público soportada en extractos de entidades financieras. PARÁGRAFO PRIMERO: Los requisitos acreditados al momento de presentar la solicitud de crédito deben permanecer hasta la fecha de aprobación y perfeccionamiento del crédito. PARÁGRAFO SEGUNDO: Ningún afiliado puede tener en trámite dos solicitudes de crédito hipotecario para modalidades distintas; la última solicitud presentada excluye la primera".

derecho a acceder a financiaciones de vivienda a quienes figuran reportados con un determinada calificación, sin respetar sus derechos de audiencia y contradicción, ni ponderar los valores constitucionales en conflicto." Por último, la Corte precisó "b) *Que los datos económicos de ficheros personales no suplen la valoración del riesgo que las entidades financieras están obligadas a realizar*¹³, en cada caso, ya que:

1. En ningún caso la presencia de un dato adverso o de una calificación negativa en un proceso informático pueda dar lugar, por sí sola, a excluir al aludido de un servicio financiero, ni de una operación de crédito.

2. En todos los casos la negativa a prestar un servicio público deberá justificarse debidamente, en especial cuando el requerimiento se relaciona con el acceso de los asociados a la vivienda digna."

3.7 De otro lado, en la Circular Externa 05 de diciembre de 2004, la Superintendencia Bancaria, con ánimo de establecer las reglas relativas a la gestión del riesgo crediticio, señaló algunos factores que se deben tener en cuenta para el otorgamiento de un crédito.

En el numeral 1.3.2.3.1 relativo a la etapa de otorgamiento, se indicó alguna información que se debe tener en cuenta para evaluar la capacidad de pago del deudor:

"c) Capacidad de pago del deudor

La evaluación de la capacidad de pago esperada de un deudor o proyecto a financiar es fundamental para determinar la probabilidad de incumplimiento del respectivo crédito. Para estos efectos, debe entenderse que el mismo análisis debe hacerse a los codeudores, avalistas, deudores solidarios y, en general, a cualquier persona natural o jurídica que resulte o pueda resultar directa o indirectamente

obligada al pago de los créditos. Para evaluar esta capacidad de pago la entidad prestamista debe analizar al menos la siguiente información:

- Los flujos de ingresos y egresos, así como el flujo de caja del deudor y/o del proyecto financiado o a financiar.
- La solvencia del deudor, a través de variables como el nivel de endeudamiento y la calidad y composición de los activos, pasivos, patrimonio y contingencias del deudor y/o del proyecto.
- Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, o cualquier otro). Adicionalmente, la historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del deudor o de cualquier otra fuente que resulte relevante.
- El número de veces que el crédito ha sido reestructurado y las características de la(s) respectiva(s) reestructuración(es). Se entenderá que entre más operaciones reestructuradas tenga un mismo deudor, mayor será el riesgo de no pago de la obligación.
- En la evaluación de la capacidad de pago de entidades públicas territoriales, las entidades vigiladas deberán verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en las Leyes 358 de 1997, 550 de 1999 y 617 de 2000, y de las demás normas que las reglamenten o modifiquen.
- Los posibles efectos de los riesgos financieros a los que está expuesto el flujo de caja del deudor y/o del proyecto a financiar, con-

13 Sobre el criterio puramente aditivo de la información que figura en los ficheros informáticos, respecto de la gestión del riesgo del crédito, que compete a las entidades vigiladas, se puede consultar la Circular Externa 011 de 2002, expedida por la Superintendencia Bancaria, que modifica el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995, que dice: "1.4.1.3 Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, capital e intereses o cualquier otro concepto). Adicionalmente, su historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del mismo deudor o cualquier otra fuente que resulte relevante".

Según la jurisprudencia de la Corte, las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgarse el crédito a determinado sujeto.

siderando distintos escenarios en función de variables económicas (tasas de interés, tasas de cambio, crecimiento de los mercados, etc.) que puedan afectar el negocio o la capacidad de pago del deudor, según el caso. Igualmente, se debe examinar la calidad de los flujos de caja teniendo en cuenta la volatilidad de los mismos. Dentro de estos riesgos se deben analizar, según resulten relevantes:

- Posibles "descalces" de monedas, plazos y tasas de interés en la estructura de balance y en operaciones fuera de balance, como por ejemplo la incidencia de los derivados financieros.

- Para aquellos créditos con tasa de interés variable o indexados a la UVR u otro índice, proyecciones y escenarios posibles de evolución de las cuotas según el comportamiento esperado de las tasas de interés, de la tasa de cambio, la inflación y otras variables que puedan afectar directamente el servicio de la deuda.

- Para créditos denominados en monedas extranjeras, el riesgo de mercado derivado de la volatilidad de las tasas de cambio respectivas y su posible impacto sobre la capacidad de pago del deudor. En el caso de operaciones de crédito con el exterior, análisis propios y

del mercado sobre el riesgo del país en el cual está domiciliado el deudor, con el objeto de identificar los riesgos de transferencia y convertibilidad de las divisas requeridas para atender el crédito.

- Los riesgos de contagio, legales, operacionales y estratégicos a los que puede estar expuesta la capacidad de pago del deudor o el proyecto a financiar. En este contexto es necesario evaluar, entre otros, la información relacionada con el conglomerado económico al que pertenece el deudor.

- En el caso de microcréditos, la información requerida en el presente literal podrá ser obtenida y documentada en el lugar donde se desarrolla la actividad a financiar."

Obsérvese cómo para la determinación de la capacidad de pago se deben tener en cuenta varios factores para tener una perspectiva completa del sujeto solicitante del crédito. De otra parte, es preciso resaltar, para el caso concreto, que ninguno de los factores de determinación de la capacidad de pago está constituido por presunción de estabilidad económica fundada, en términos generales, en la profesión que se ejerce¹⁴, ni, en términos particulares, en la vinculación laboral a una congregación religiosa.

14 Es preciso indicar que la expresión "conglomerado económico" no hace referencia al gremio o ámbito laboral en el cual se desempeña el solicitante del crédito, sino la concentración de empresas de diversas actividades que se realiza con la adquisición de otras compañías, seguidas por una fusión. El objetivo de esta figura es lograr una mayor rentabilidad del capital y disminuir el riesgo. Ver www.supervalores.gov.co/glosario/glosario-c.htm#CONGLOMERADO

3.8 En conclusión, según la jurisprudencia de la Corte, las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgarse el crédito a determinado sujeto.

Contrario sensu, se puede señalar que si la libertad de contratación de las entidades bancarias en el otorgamiento de créditos es ejercida tomando en cuenta factores objetivos, de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente desarrollados, estará actuando legítimamente -legitimidad determinada en un plano no sólo legal sino constitucional, puesto que se debe ver el ordenamiento jurídico como un todo-. Así las cosas, la tutela se tornará improcedente, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991 *"no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular."*

4. Del caso concreto

En la presente ocasión, la Corte concederá la tutela a los derechos fundamentales del señor (...) a la personalidad jurídica y la igualdad, en virtud de que la negativa de Banco (...) para la apertura de la cuenta corriente (i) no obedeció a razones jurisprudencialmente consideradas como objetivas o razonables, y (ii) el concepto de la Superintendencia Bancaria citado por el banco es una respuesta a un derecho de petición presentado por un tercero ajeno al presente proceso.

(i) Además del ejercicio de la libertad de contratación, fundamentado en un concepto de la Superintendencia Bancaria -cuya falta de pertinencia y validez serán analizadas posteriormente-, el banco señala que la cuenta corriente no fue abierta en virtud de la actividad que desempeña el actor y el presunto riesgo de ésta por estar vinculado a una iglesia, entidad sin

ánimo de lucro que vive de los aportes de los feligreses.

En la Sentencia SU-157 de 1997 se señalaron las situaciones en que se podría presentar un bloqueo bancario y, dentro de éstas se mencionó el hecho de que el servicio de cuenta corriente fuera negado por una causal no objetiva. La causal de bloqueo se describió en los siguientes términos: *"b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. (...) Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia)."* Igualmente se señalaron como causales objetivas *"(...) una mediana capacidad económica para garantizar el ahorro o el depósito de sus recursos, credibilidad y seriedad del cliente, aspectos que garantizan la solvencia y solidez del sistema económico."*

La Sala observa, primero, que si las causales deben ser objetivas, la libertad de contratación, que precisamente alude al ámbito o fuero interno de la persona natural o jurídica -a su querer subjetivo-, no puede tenerse como razón objetiva.

Segundo, no es objetivo ni razonable señalar que una persona como el actor que, según las pruebas, tiene un contrato de trabajo a termino indefinido con la Iglesia Cristiana (...) desde 2002, y que recibe un salario mensual de \$ 2'479.750 no pueda acceder al servicio de cuenta corriente con la presunción de incapacidad de pago por la labor que desempeña. Obsérvese que al momento de solicitar el servicio el actor llevaba vinculado a su labor casi tres años y

su asignación mensual es, en el contexto salarial colombiano, aceptable. De otra parte, el hecho de que una entidad sea sin ánimo de lucro no implica lógicamente, como lo sugiere el banco, que no tenga estabilidad económica. A esto se añade que en ningún momento el banco llega siquiera a estudiar si la Iglesia empleadora del actor efectivamente tiene o no estabilidad económica.

Es de precisar que si ni siquiera el reporte negativo en las centrales de riesgo puede tenerse como única causal para negar el servicio público prestado por los bancos, según lo indicó la Sentencia T-592 de 2003 arriba analizada, a pesar de ser esto una realidad de mora en el pago de deudas efectivamente comprobable, mucho menos se puede tener como razón única para la negativa la presunción de que la labor que desempeña un pastor de una iglesia cristiana implica riesgo crediticio. Como dijo esta corporación "[e]n todos los casos la negativa a prestar un servicio público [bancario] deberá justificarse debidamente".¹⁵

(ii) El concepto de la Superintendencia Bancaria citado por el Banco (...) es no vinculante, pues corresponde a la respuesta presentada por la señora (...), sujeto ajeno al proceso, y, por tanto, no es aplicable al caso objeto de tutela.

Como el mismo concepto lo señala al traer a colación al final de su texto el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo que indica que "*las respuestas [a los derechos de petición] no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*", este escrito no puede ser esgrimida como argumento de autoridad por el banco.

Al no ser válido para el caso concreto el argumento traído a colación por el Banco (...) para la negativa de celebración del contrato

de cuenta corriente, queda como única razón para haber negado la celebración de contrato de cuenta corriente la presunción de que por la actividad que desempeña, a saber, la de pastor de una iglesia, el señor (...) constituye un riesgo crediticio para el banco, motivación que, como se vio, no se puede tener como criterio objetivo para la negativa.

En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y, en su lugar, se concederá la tutela. Por tanto, se ordenará la realización de un nuevo estudio de riesgo crediticio del señor (...) en el cual no se puede tener como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala en auto del 24 de junio de 2005.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá, el 14 de febrero de 2005 y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela a los derechos fundamentales a la personalidad jurídica e igualdad del señor (...).

TERCERO: ORDENAR al Banco (...) que, en el término de diez días (10) contados a partir de la notificación de la presente sentencia realice un nuevo estudio de riesgo crediticio al señor (...) para determinar si se realiza la apertura de cuenta corriente para el uso de la tarjeta (...); estudio en el cual no se podrá tener como

15 Cfr. Sentencia T-592 de 2003.

razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña y, en cambio, se deberá tomar en cuenta consideraciones objetivas y razonables que atiendan su capacidad económica.

CUARTO: Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.»

DIVIDENDOS - ACCIONISTAS MINORITARIOS

Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-707 del 6 de julio de 2005. Expediente D-5577.

Síntesis: *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 455 parcial del Decreto 410 de 1971, y los artículos 33, 68, y 240, parciales de la Ley 222 de 1995. La regulación estudiada no vulnera las normas constitucionales citadas en la demanda y se declaran exequibles.*

«(...)

I. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las disposiciones parcialmente cuestionadas resaltando los apartes demandados:

Diario Oficial 33.339
DECRETO 410 DE 1971
(Marzo 27)

por el cual se expide el Código de Comercio.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968, y cumpliendo el requisito allí establecido,

DECRETA:

(...)

Artículo 455. Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas.

El pago del dividendo se hará en dinero en efectivo, en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago.

No obstante, podrá pagarse el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. *A falta de esta mayoría*, solo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten.

(...)

Diario Oficial 42.156
LEY 222 DE 1995
(Diciembre 20)

por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

Artículo 33. Pago del dividendo en acciones o cuotas. Al artículo 455 del Código de Comercio se adiciona el siguiente parágrafo:

Parágrafo. En todo caso, *cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley*, sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten.

(...)

Artículo 68. Quórum y mayorías. La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior.

Con excepción de las mayorías decisorias señaladas *en los artículos 155, 420 numeral 5 y 455 del Código de Comercio*, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas.

(...)

Artículo 240. Mayoría para la distribución de utilidades. El artículo 155 del Código de Comercio quedará así:

Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de

socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.

(...)

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer del proceso de la referencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

Problemas jurídicos planteados

2. En el presente proceso se cuestionan dos tipos de normas del estatuto comercial. En primer lugar, aquellas que establecen mayorías especiales para adoptar decisiones en materia de reparto de utilidades en la sociedad comercial (artículos 455 del Código de Comercio y 240 de la Ley 222 de 1995); Y, en segundo término, aquella que deroga las mayorías especiales para la adopción de ciertas decisiones de la asamblea de la sociedad anónima (artículo 68 de la Ley 222 de 1995).

El primer tipo de normas descrito resulta impugnado por presunta vulneración de los derechos de los socios minoritarios. Para el demandante es inconstitucional que el 78% de las acciones cuotas o partes de interés representadas en la asamblea de la sociedad comercial tenga, por virtud de las normas demandadas, la facultad de disminuir el porcentaje de utilidades a repartir. Adicionalmente, considera inconstitucional que el 80% de las acciones representadas en la asamblea de la sociedad anónima pueda decidir que los dividendos no se pagarán en dinero sino en acciones liberadas de la sociedad. El actor parece considerar que los socios de sociedades comerciales tienen el derecho absoluto, no disponible por mayorías representadas en la asamblea general, de recibir, en dinero, el porcentaje que, según la ley, les corresponde de las utilidades líquidas de la sociedad. Sostiene que la violación de este derecho por las mayorías especiales, en virtud de la autorización que les confieren las normas parcialmente demandadas, compromete el derecho a la igualdad del socio minoritario así como sus derechos de asociación, propiedad privada, libertad económica o de empresa e iniciativa privada.

Considera adicionalmente que la norma que establece que en las sociedades controladas solo se podrá pagar el dividendo en forma de acciones liberadas al socio que así lo acepte, consagra una excepción exclusivamente para ese caso y, por lo tanto, confirma la regla general según la cual, en las sociedades no controladas, una mayoría del 80% puede obligar al 20% restante a recibir, a título de dividendo, acciones en lugar de dinero. Con ello, esta disposición incurre en los vicios de constitucionalidad denunciados y adicionalmente compromete el derecho a la igualdad de los accionistas de sociedades no controladas.

Finalmente, en cuanto al segundo tipo de normas arriba mencionado, el demandante considera que la norma legal que deroga las reglas sobre mayorías especiales para la adopción

de ciertas decisiones en la asamblea societaria, vulnera la Constitución, al dejar a los socios minoritarios en situación de indefensión frente a las mayorías simples.

3. Tanto el Procurador General de la Nación como algunos de los intervinientes señalan que, en virtud de la amplia facultad que la Constitución confiere al legislador en materias económicas, a la hora de enjuiciar la legislación comercial el juez constitucional debe limitarse a verificar que las disposiciones no resulten manifiestamente inconstitucionales.

Así las cosas, en aplicación del criterio de inconstitucionalidad manifiesta consideran que las normas demandadas son el resultado legítimo de la libertad de configuración legislativa del Congreso. Sostienen que aquellas normas que establecen mayorías especiales para adoptar decisiones en materia de reparto de utilidades tienden a la defensa del socio minoritario. Señalan que las disposiciones que protegen de mayor manera al socio minoritario en las sociedades controladas se justifican justamente por el hecho del control y, en consecuencia, no vulneran el derecho a la igualdad del socio minoritario de sociedades no controladas.

Afirman de otra parte que la disposición que deroga algunas reglas sobre mayorías especiales para la adopción de decisiones en la asamblea de la sociedad, tiene el propósito de agilizar la adopción de decisiones comerciales facilitando las actividades propias de la empresa. Consideran, finalmente, que dado que las normas parcialmente demandadas no sólo no resultan manifiestamente inconstitucionales sino que, por el contrario, persiguen fines razonables, la Corte debe proceder a declarar su exequibilidad.

El Procurador, sin embargo, solicita a la Corte la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones parcialmente demandadas pero exclusivamente por los cargos formulados en la demanda.

4. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, el legislador goza de un amplio margen de configuración legislativa a la hora de definir las normas de regulación de las relaciones económicas. En consecuencia, dada la amplia facultad constitucional del legislador en estas materias, el juez constitucional, en principio, debe aplicar el llamado *criterio de inconstitucionalidad manifiesta* a la hora de juzgar las normas que expida el Congreso en ejercicio de esta función¹. Al respecto la Corte ha señalado:

"El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma"².

1 Las primeras sentencias en las cuales la Corte habló del criterio de inconstitucionalidad manifiesta fueron las Sentencias C-265 de 1994 y C-445 de 1995 posteriormente, en reiterada jurisprudencia la Corporación ha señalado que las leyes de regulación de las relaciones económicas deben someterse a este criterio. Al respecto se pueden confrontar las Sentencias C-756, C-623 y C-076 de 2004; C-741 de 2003; C-974 y C-915 de 2002; C-586, C-1260, C-1108, C-1107 y C-093 de 2001; C-1551 de 2000; C-964 y C-333 de 1999; C-183 de 1998.

2 Sentencia C-265 de 1994.

Ahora bien, como ha sido expuesto, el juicio constitucional se torna mucho más estricto si se trata de una norma que, a pesar de tener naturaleza comercial o económica, afecta derechos fundamentales -como el derecho a la libertad de expresión³, al trabajo o al libre desarrollo de la personalidad⁴-, bienes o sectores constitucionalmente protegidos -como el medio ambiente sano, los servicios públicos o la sostenibilidad alimentaria- o sujetos de especial protección constitucional -como los menores, los indígenas⁵, las madres cabeza de familia⁶ o, en general, grupos marginados sin acceso a los procesos decisorios relevantes⁷. En estos casos se aplica la excepción consagrada en la regla antes transcrita según la cual el juez debe intensificar el control siempre que *de manera directa la norma vulnere derechos fundamentales, o viole claros mandatos constitucionales*.

En consecuencia, las disposiciones comerciales, destinadas fundamentalmente a regular actividades económicas que no afecten un derecho fundamental y que no comprometan derechos de sujetos de especial protección constitucional o bienes o sectores constitucionalmente protegidos, deben ser sometidas a un juicio regido por el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, en virtud del cual el juez debe verificar si la norma *viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifestamente irrazonables o desproporcionadas*.

5. En los términos planteados en el fundamento anterior, compete a la Corte resolver, en primer lugar, si las normas que autorizan a una mayoría calificada de la asamblea de socios de la sociedad comercial para realizar reservas ocasionales, disminuyendo así la cuantía de utilidades a repartir, o para pagar los dividendos en forma de acciones liberadas, vulneran los derechos a la igualdad, de asociación, de propiedad y a la libertad de empresa de los socios minoritarios que pese a no estar de acuerdo con dichas decisiones deben acatarlas y aceptar sus consecuencias.

Adicionalmente, la Corte deberá establecer si viola el derecho a la igualdad de los socios de sociedades anónimas no controladas, la ley que confiere a una mayoría calificada de acciones representadas en la asamblea general, la atribución para decidir el pago de dividendos en acciones a todos los socios, mientras que en las sociedades controladas sólo puede pagarse el dividendo en acciones al socio que así lo acepte.

En tercer lugar, la Corte deberá definir si la norma que establece como regla para la adopción de decisiones de la asamblea general de la sociedad comercial la mayoría simple de

3 Cfr. entre otras, la Sentencia C-010 de 2000.

4 Cfr. Sentencia C-320 de 1997, a través de la cual la Corte, en defensa de distintos derechos fundamentales como el derecho al trabajo y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de deportistas, establece una serie de límites al uso y comercialización del llamado "pase de los deportistas" por parte de los clubes deportivos.

5 En la Sentencia C-137 de 1996 la Corte encontró inconstitucional una serie de disposiciones que podían dar lugar a una limitación desproporcionada de los derechos de los pueblos indígenas y de las minorías afrocolombianas de explorar y explotar los recursos naturales que existen en sus territorios.

6 En la Sentencia T-1083 de 2000.

7 Así por ejemplo, en la Sentencia C-741 de 2003 la Corte intensificó el juicio de constitucionalidad sobre una disposición que prima facie era objeto de un juicio débil o de evidencia, dado que "en criterio de la Corte, dicha disposición podría afectar a grupos marginados sin acceso a los procesos decisorios relevantes". En consecuencia, la Corte se preguntó por el fin buscado por la norma demandada y por la adecuación del medio establecido por el legislador para alcanzar dicho fin.

acciones representadas en la reunión - derogando mayorías especiales para la adopción de ciertas decisiones - vulnera los derechos a la igualdad, de asociación, de propiedad y a la libertad de empresa de los socios minoritarios.

La facultad de las mayorías especiales de la asamblea de socios para adoptar decisiones sobre el reparto de utilidades frente a los derechos fundamentales de los accionistas minoritarios. Una cuestión previa: la presunta condición de debilidad manifiesta del accionista minoritario

6. Según el demandante las normas parcialmente demandadas violan los derechos de los accionistas minoritarios que, en su condición de minoría, merecen "especial protección" frente a la mayoría que arbitrariamente puede adoptar decisiones nocivas para sus intereses. Considera que el hecho de ser minoría los sitúa en condición de "debilidad manifiesta" razón por la cual merecen especial protección del Estado.

Al respecto cabe afirmar que los accionistas minoritarios de una sociedad no son sujetos de especial protección constitucional. En efecto, los sujetos de especial protección constitucional, como los menores, la madres cabeza de familia o los discapacitados, son aquellos que pertenecen a un sector de la población que, por cuestiones que escapan a su control, se encuentran en circunstancias objetivas de marginalidad o debilidad manifiesta a la hora de satisfacer ciertos derechos fundamentales. Por esta razón, en cumplimiento del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Carta, las personas ubicadas en estos sectores son acreedoras a una especial protección constitucional. Nada comparable con quien ha decidido voluntariamente ser accionista de una sociedad comercial.

El socio -mayoritario o minoritario- hace parte de una sociedad a la que libremente decidió unirse con conocimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes, buscando, fundamentalmente, el lucro subjetivo. En estas condiciones tiene, en principio y salvo autorización legal, los mismos derechos y obligaciones que el resto de los socios. Adicionalmente, el hecho de ser accionista minoritario es, cuando menos, una eventualidad que el socio conoce desde antes de ingresar a la sociedad y que hace parte del normal desenvolvimiento de la actividad mercantil. Finalmente, en las sociedades no controladas, la circunstancia de ser minoría en las decisiones de la asamblea es el resultado previsible de la aplicación de la llamada democracia societaria de la que mas adelante de hablará.

Ahora bien, nada de lo anterior significa que el accionista minoritario no tenga derechos. Tiene por el contrario la totalidad de sus derechos constitucionales así como los derechos que le reconocen la ley, las disposiciones reglamentarias y los estatutos de la propia sociedad. En particular, como se verá adelante, la ley le confiere una serie de derechos especiales destinados, entre otros, a garantizar su derecho a participar de las utilidades y a protegerse de decisiones arbitrarias de socios mayoritarios. De la misma forma, las autoridades administrativas y judiciales tienen el deber de hacer cumplir eficientemente dichas normas proteccionistas. Sin embargo, el accionista minoritario tiene también los deberes que le impone el hecho de haber decidido participar del contrato societario, uno de los cuales es aceptar las decisiones de carácter general que por mayoría imponga la asamblea general para beneficiar a la sociedad, en los términos y dentro de las competencias que le asigna la ley y los estatutos de la sociedad.

Es cierto sin embargo, que la ley no puede autorizar a la asamblea a vulnerar los derechos constitucionales de los socios minoritarios. Así por ejemplo, en principio, no podría el legislador autorizar a la asamblea de una sociedad mercantil a extinguir, directamente y sin mediación judicial, el dominio que un socio tenga sobre acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad. Tampoco podría autorizarla para imponer sanciones que constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes o que den lugar a una situación de esclavitud. Naturalmente, los derechos fundamentales se oponen a las decisiones de las mayorías con independencia del ámbito -público o privado- en el cual éstas se manifiesten.

Veamos entonces si, como lo afirma el demandante, las normas parcialmente cuestionadas autorizan a la asamblea a vulnerar los derechos fundamentales del accionista minoritario. Según el demandante las disposiciones cuestionadas vulneran los derechos fundamentales de igualdad y de asociación de los socios minoritarios. Pasa la Corte a estudiar estos cargos.

La presunta vulneración del derecho a la igualdad del socio minoritario a causa de las decisiones adoptadas por mayoría en la asamblea de socios

7. Afirma el actor que las normas parcialmente demandadas vulneran la igualdad del socio minoritario dado que la ley le asigna a la mayoría de la asamblea facultades especiales que le permiten adoptar decisiones en contra de los intereses de los minoritarios. En su criterio, "Es la violación flagrante del derecho de igualdad del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, donde la misma ley, en lugar de proteger a todos los accionistas por igual, discrimina y margina a los accionistas minoritarios y los coloca en circunstancia de debilidad manifiesta" frente a las mayorías establecidas en la ley. Expone este argumento para sustentar la inconstitucionalidad de los artículos 455 del Código de Comercio y 68 y 240 de la Ley 222 de 1995.

8. Como quedó explicado en el Fundamento anterior de esta providencia, la distribución de facultades entre mayorías y minorías es el resultado natural de la llamada "democracia societaria" dentro de la asamblea de socios. En estos términos, aceptar el argumento del demandante equivaldría a sostener que en todos los casos en los cuales se aplique la regla de mayorías para adoptar decisiones generales, se estaría discriminando a la minoría respecto de quienes adoptan la decisión vinculante para todos. En este caso, todas las decisiones generales deberían adoptarse por unanimidad pues de otra manera existiría siempre una minoría a la que se estaría vulnerando sus derechos. Esta tesis resulta constitucionalmente insostenible.

El principio democrático -ampliamente respaldado por la Constitución- parte de la idea según la cual, ante la inexistencia de un consenso pleno, la mejor regla para la adopción de decisiones generales, cuando ello resulte necesario, es la regla de las mayorías. Esta regla se traslada al ámbito societario adjudicando a la mayoría de acciones, cuotas o partes de interés representadas en la Asamblea General, la facultad de adoptar las decisiones más importantes para definir el rumbo pero también para controlar al ente social. Así las cosas, corresponde al órgano mas importante de la sociedad, aquel en el cual pueden estar representados todos los socios, resolver, por mayoría de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la correspondiente reunión, los conflictos que puedan existir entre los intereses individuales de los distintos socios y los del órgano social. En virtud de la aplicación de la llamada "democracia societaria" se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes para la sociedad.

Ahora bien, en principio, el hecho de que el socio que tenga un mayor número de acciones, cuotas o partes de interés tenga mayor poder de decisión que el socio minoritario es perfectamente razonable en el ámbito societario. En efecto, al participar del contrato social el socio persigue fundamentalmente un ánimo de lucro y, en consecuencia, tendrá mayor interés entre mayor haya sido su aporte - representado en acciones, cuotas o partes de interés - a la sociedad. Adicionalmente, la doctrina ha entendido que las sociedades mercantiles y, en particular, las sociedades anónimas, son mas una unión de capitales o aportes económicos que una asociación de personas. En este sentido, es razonable que quien haya realizado mayores aportes tenga una mayor participación en la decisión de las cuestiones societarias pues es quien mayor riesgo o beneficio puede lograr a partir de las actividades mercantiles del ente societal.

Como resulta claro, nada en el procedimiento descrito vulnera el derecho a la igualdad del socio minoritario, pues aunque evidentemente la mayoría tiene mayores facultades decisorias, esto no es el resultado de un tratamiento discriminatorio en contra del minoritario, sino la conclusión natural y obvia de la llamada "democracia societaria".

Lo anterior no implica que la ley pueda desconocer la necesidad de evitar prácticas lesivas impulsadas por los socios mayoritarios - o incluso por los administradores - y que puedan afectar los derechos o intereses del minoritario. Se trata de previsiones legales que, como se verá adelante, evitan que el procedimiento democrático mencionado pueda tener desviaciones o abusos. Esta sin embargo es una cuestión distinta a la planteada por el demandante quien, al parecer, considera que la mera aplicación de la democracia societaria conduce a una vulneración del principio de igualdad en contra de los socios minoritarios. Por las razones que han sido expresadas, la Corte desestima este argumento.

La presunta vulneración del derecho de asociación del socio minoritario a causa de las decisiones adoptadas por mayoría en la asamblea de socios

9. En criterio del demandante, los artículos 455 del Código de Comercio y 68 y 240 de la Ley 222 de 1995 parcialmente demandados, vulneran el derecho de asociación de los socios minoritarios en la medida en que desincentivan el ingreso o pertenencia de dichos socios a las sociedades comerciales. A su juicio, "nadie querrá mantenerse como accionista minoritario ante la perspectiva de recibir permanentemente dividendos en acciones en forma obligatoria y no recibir el dividendo en efectivo a que tiene derecho". El mismo argumento expone para impugnar la facultad de la asamblea para disminuir la cuantía de las utilidades repartibles. Sostiene que ante la decisión de no repartir utilidades o de repartirlas en forma de acciones, "la única opción que tienen los accionistas minoritarios es retirarse y perder su patrimonio a expensas de los accionistas mayoritarios". Finalmente, respecto del artículo 68 parcialmente demandado, manifiesta que la derogatoria de mayorías especiales para la adopción de decisiones empresariales fundamentales, deja al socio minoritario en una desventaja evidente que impide su participación equitativa en la asamblea y lo compele a abandonar la sociedad.

Se pregunta la Corte si las normas demandadas vulneran el derecho de asociación de los socios minoritarios.

10. La doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han reconocido ampliamente que la sociedad mercantil o lucrativa, al ser más una sociedad de aportes económicos que

de personas, constituye un supuesto asociativo que no se soporta fundamentalmente en el derecho de asociación, sino en derechos y libertades económicas como el derecho a la propiedad y a la libre empresa. En este sentido, este tipo de sociedades ofrece menor resistencia a la intervención del legislador que la que ofrecen las asociaciones sin ánimo de lucro -como las asociaciones creadas para promover los derechos humanos, el arte o la ciencia- que se crean como resultado del ejercicio de derechos fundamentales como el derecho de pensamiento y expresión o los derechos de participación⁸. A este respecto, la Corte ya ha señalado que mientras en estas últimas el derecho constitucional de asociación despliega toda su eficacia frente al legislador, en las primeras la ley está autorizada para regular más fuertemente las condiciones de ingreso, permanencia y retirada de los socios a la empresa, su funcionamiento interno y sus obligaciones o responsabilidades internas y externas⁹. Ciertamente, como ya se ha explicado, en el Estado Social de Derecho en el cual resulta no sólo admitida sino incluso necesaria la intervención del Estado en las relaciones económicas, el campo de regulación legislativa en el ámbito de las relaciones mercantiles -incluyendo las sociedades comerciales y los derechos y deberes de los socios- es muy amplio.

En virtud de lo anterior, debe sostenerse que, en materia mercantil, el juez constitucional debe limitarse a verificar que la regulación legal no comprometa el contenido mínimo constitucionalmente protegido del derecho de asociación en aquellos aspectos de la sociedad en los que prima el componente asociativo. Sin embargo, en los aspectos de la sociedad mercantil en los que domina el aspecto económico o la unión de capitales, la preocupación debe centrarse más en la garantía de las libertades económicas en el contexto del Estado Social que en la defensa del derecho fundamental de asociación. Bastará entonces con constatar que la norma que regula el funcionamiento de la empresa no hace objetivamente nugatorio el derecho subjetivo de ingresar o conformar una sociedad, participar en su orientación y dejar de hacer parte de la misma, para descartar los eventuales cargos por vulneración del derecho de asociación.

8 Al respecto la Sentencia C-1260 de 2001 citando la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-265 de 1994 señaló: "(L)as facultades de intervención del legislador en este ámbito son mucho menores y están sujetas a un control constitucional más estricto, pues basta que tal intervención no tenga justificación constitucional expresa y clara o no esté fundada en la existencia de un riesgo claro e inminente para que se deba declarar su inexequibilidad por violación de la libertad de asociación".

9 Sobre este asunto la Sentencia C-265 de 1994, indicó: "Conviene distinguir con nitidez las agrupaciones de personas que se efectúan con fines económicos, en general lucrativos, y que tienen un contenido esencialmente patrimonial -conocidas usualmente como empresas o sociedades mercantiles-, de aquellas que, por el contrario, se constituyen con fines de carácter no lucrativo -en general denominadas por la doctrina asociaciones en sentido estricto-. En efecto, las primeras están relacionadas con la libertad de empresa y la propiedad privada. Por eso, en general, las sociedades mercantiles -como prototipo de estas asociaciones lucrativas- se rigen en lo fundamental por la llamada por los doctrinantes "constitución económica", es decir por las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva. En cambio, las asociaciones que no persiguen fines económicos y no tienen un contenido esencialmente patrimonial son más bien una consecuencia y una proyección orgánica de las libertades de la persona, y en particular de la libertad de pensamiento y expresión. En efecto, en la medida en que las personas gozan de la libertad de pensamiento, deben también poder expresarlo, reunirse para manifestar sus convicciones (libertad de reunión) o asociarse para compartir sus creencias y difundirlas (libertad de asociación). Así, en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación forman una tríada de libertades personales que se constituye, además, en prerrequisito de los derechos de participación política".

11. Las disposiciones que estudia la Corte establecen reglas de mayorías para la adopción de decisiones en la asamblea general de las sociedades comerciales. Ninguna de estas normas compromete directa y objetivamente la posibilidad de formar una sociedad, ingresar a una ya conformada, participar en la asamblea general o retirarse de la empresa. Lo que ocurre en el caso que se estudia es que ley confiere a una mayoría la adopción de decisiones que pueden afectar intereses subjetivos o particulares de algunos socios y que incluso pueden llegar a desincentivar su participación en la sociedad. Sin embargo, como se indicó, dichas normas no impiden objetivamente el libre ingreso o desvinculación de tales socios y su participación en la asamblea en las condiciones de igualdad que confiere el principio de la democracia societaria antes mencionado. En otras palabras, las reglas del juego establecidas por la ley, que para algunas personas pueden resultar poco apropiadas, atractivas o provechosas e, incluso, desincentivar la participación del socio minoritario en la sociedad, no afectan sin embargo el contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación en el ámbito mercantil.

En las condiciones anotadas, considera la Corte que el cargo por eventual violación del derecho de asociación contra los artículos 445 del Código de Comercio, 68 y 240 de la Ley 222 de 1995 no está llamado a prosperar.

La presunta vulneración de los derechos de propiedad y de libertad de empresa del socio minoritario a causa de las decisiones sobre reparto de utilidades adoptadas por mayoría en la asamblea de socios

12. El demandante considera que los artículos 455 del Decreto 410 de 1971 y 240 de la Ley 222 de 1995 vulneran derechos constitucionales no fundamentales del socio minoritario como el derecho de propiedad y la libertad de empresa. En su criterio, se vulnera el derecho de propiedad dado que las decisiones adoptadas por la mayoría en materia de reparto de utilidades dan lugar a que los socios minoritarios se vean "obligados a vender sus acciones a precios irrisorios". Considera que se vulnera el derecho a la libertad económica debido a que el socio minoritario no tiene derecho a ejercer dicha libertad porque su ejercicio se lo imponen las mayorías.

Se pregunta la Corte si las disposiciones parcialmente demandadas vulneran los derechos de propiedad y libertad de empresa de los accionistas minoritarios.

13. Como lo sostiene el actor, el socio de una sociedad mercantil tiene derecho al reparto efectivo de participaciones o dividendos de la sociedad. El derecho a la

En los aspectos de la sociedad mercantil en los que domina el aspecto económico o la unión de capitales, la preocupación debe centrarse más en la garantía de las libertades económicas en el contexto del Estado Social que en la defensa del derecho fundamental de asociación.

participación efectiva en las utilidades es un derecho patrimonial que se soporta en los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa. En consecuencia, la ley no podría autorizar a la asamblea general a extinguir arbitrariamente el dominio del socio sobre el porcentaje de utilidades a que tiene derecho, ni autorizar prácticas arbitrarias o abusivas cuyo resultado evidente fuera la vulneración del derecho del socio minoritario a participar de los beneficios societales.

Procede en consecuencia la Corte a estudiar si, en el presente caso, las atribuciones conferidas por la ley a la asamblea general de las sociedades mercantiles pueden conducir a la privación absoluta de los derechos patrimoniales del socio minoritario en la sociedad o resultan abiertamente irrazonables o desproporcionadas.

La disminución del porcentaje de utilidades líquidas a repartir y los derechos de los socios minoritarios: estudio del artículo 240 de la Ley 222 de 1995 reformativo del artículo 155 del Código de Comercio

14. El Código de Comercio protege el derecho del socio al reparto efectivo de utilidades líquidas. En particular, es necesario advertir que la ley comercial señala que, en principio, las sociedades deben repartir, cuando menos, el 50% de las utilidades líquidas del ejercicio (arts. 155 del C. de Co.). Sin embargo, el artículo 240 de la Ley 222 de 1995 (reformativo del artículo 155 del Código de Comercio y parcialmente demandado), autoriza a una mayoría del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión de la asamblea a disminuir el porcentaje mínimo de utilidades repartibles. Esta disposición, como lo indican quienes intervinieron en el presente proceso, tiende a proteger al socio minoritario, pues exige mayorías especiales para la adopción de una decisión que compromete su derecho a percibir dividendos o participaciones en los beneficios sociales. Sin embargo, el demandante considera que incluso con la mayoría especial establecida en la ley, se vulneran los derechos de los socios que no comparten esta decisión. Entra la Corte a revisar si dicha disposición es inconstitucional.

15. Como acaba de mencionarse, el artículo 240 de la Ley 222 de 1995, parcialmente demandado, confiere a una exigente mayoría de acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea general la facultad de disminuir el porcentaje de utilidades líquidas a repartir. La norma estudiada tiene como finalidad fortalecer el patrimonio de la empresa pues a su amparo se pueden utilizar las utilidades para beneficio societal y constituir reservas ocasionales. Así las cosas, debe afirmarse que la finalidad de la norma demandada no sólo no es inconstitucional sino que se adecúa perfectamente a la Constitución, pues la Carta expresamente establece que la empresa es la base del desarrollo económico (art. 333-3). Por lo tanto, bien puede sostenerse que el fortalecimiento patrimonial de las sociedades comerciales le interesa tanto al orden constitucional como a la defensa de los derechos de dominio y de las libertades económicas de los accionistas minoritarios. Justamente por este doble interés y por las amplias facultades que la Carta confiere al legislador en materia comercial, parece claro que es la ley y no la Constitución la llamada a resolver la forma de dirimir el posible conflicto de intereses entre el socio minoritario y la empresa.

Ahora bien, dado que la decisión mayoritaria que se estudia puede afectar el derecho de los socios minoritarios prioritariamente interesados en recibir el porcentaje de utilidades que les corresponda al finalizar cada ejercicio, la ley estableció la mayoría calificada del 78%, como

condición para adoptar válidamente la correspondiente decisión. Con ello, la ley pretendió, como lo han señalado los intervinientes en el presente proceso, defender el interés del accionista minoritario.

16. No obstante, resulta cierto que la mayoría de que trata la norma parcialmente demandada puede disminuir el monto de utilidades a repartir para crear arbitrariamente reservas ocasionales innecesarias, con lo cual se podría afectar, de manera desproporcionada e irrazonable, el derecho del socio minoritario al reparto efectivo de las utilidades. Sin embargo, para evitar esta práctica existen diversas disposiciones comerciales así como entidades administrativas cuya obligación es controlar estos abusos.

En efecto, las malas prácticas que pueden surgir de normas constitucionalmente legítimas, deben ser diligentemente evitadas o sancionadas por los órganos de vigilancia y control o por los funcionarios judiciales competentes. Para estos efectos, como lo ha señalado la doctrina mas especializada, la Ley 222 de 1995 que hace mucho más onerosos los deberes fiduciarios de los administradores y establece medidas destinadas a proteger efectivamente a los accionistas minoritarios. Adicionalmente, en distintas normas, entre ellas el artículo 2º del Decreto 1080 de 1996 y, específicamente, los artículos 82 a 87 de la Ley 222 de 1995, se asigna a la Superintendencia de Sociedades, el deber -y no la simple facultad- de proteger a los accionistas minoritarios contra prácticas arbitrarias o abusivas.

Finalmente, el artículo 454 del Código de Comercio, aplicable a sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones y limitadas, establece que la sociedad debe distribuir, al menos, el 70% de las utilidades líquidas en aquellos casos en los cuales la suma de las reservas excede el 100% del monto total del capital suscrito. La Superintendencia de Sociedades ha entendido que en estos casos, la solidez o bonanza económica de las empresas hace innecesario exigir al accionista un sacrificio adicional "obligándolo a ceder su derecho a percibir la parte proporcional de las utilidades"¹⁰. En consecuencia, en los casos mencionados ni siquiera la mayoría calificada de que trata la norma parcialmente demandada podría disponer un reparto de utilidades inferior al 70%¹¹.

En suma, el propio ordenamiento jurídico ha previsto algunas disposiciones destinadas a evitar que la atribución conferida a la asamblea a través de la norma parcialmente demandada y que en principio persigue el fortalecimiento de la sociedad pueda ser ejercida de manera arbitraria.

Así las cosas, pese a que algunas personas puedan encontrar que existen mejores maneras de resolver el conflicto de intereses que puede existir entre el interés del socio minoritario -prioritariamente consistente en el reparto periódico de utilidades- y el interés de la mayoría de acciones, cuotas o parte de interés representadas en la asamblea general, orientado al fortalecimiento patrimonial de la empresa, lo cierto es que la forma encontrada por el legislador no aparece abiertamente irrazonable o desproporcionada. En efecto, como ha sido manifestado tales disposiciones persiguen fines no prohibidos por la Carta y se insertan en un marco institucional que, en general, tiende a impedir prácticas arbitrarias o abusivas.

¹⁰ Oficio 15378 de 29 de agosto de 1977.

¹¹ Oficio 220-42826 de 8 de agosto de 1997.

Pese a que algunas personas puedan encontrar que existen mejores maneras de resolver el conflicto de intereses que puede existir entre el interés del socio minoritario -prioritariamente consistente en el reparto periódico de utilidades- y el interés de la mayoría de acciones, cuotas o parte de interés representadas en la asamblea general, orientado al fortalecimiento patrimonial de la empresa, lo cierto es que la forma encontrada por el legislador no aparece abiertamente irrazonable o desproporcionada.

En consecuencia, dado que en estas materias se impone la utilización del criterio de inconstitucionalidad manifiesta y que, como ha sido explicado, la parte demandada del artículo 240 de la Ley 222 de 1995 persigue una finalidad constitucionalmente legítima - el fortalecimiento patrimonial de la sociedad -, a través de medios idóneos y no prohibidos por mandato constitucional alguno, la Corte deberá declarar su exequibilidad.

El pago de utilidades en acciones liberadas de la sociedad y los derechos de los accionistas minoritarios: estudio del artículo 455 del Código de Comercio

17. En principio, el artículo 455-2 del Código de Comercio establece el derecho del socio a recibir dividendos o participaciones en dinero en efectivo. Sin embargo, dicha norma asigna a la asamblea general de la sociedad anónima la facultad de optar por la capitalización de las utilidades mediante el pago de dividendos en acciones liberadas de la misma sociedad. Para proteger al socio minoritario, la ley establece que la decisión debe ser adoptada, al menos, por el 80% de las acciones representadas en la reunión de la asamblea. El demandante considera que incluso con la aplicación de la regla de mayorías especiales, la disposición demandada da lugar a la vulneración de los derechos del socio minoritario.

18. La norma demandada tiene la finalidad de permitir la capitalización de las utilidades para fortalecer el patrimonio de la empresa. Dicha finalidad, como resulta claro, no pugna con la Constitución. Por el contrario, como fue mencionado en un aparte anterior de esta sentencia, la propia Constitución considera que la empresa es la base del desarrollo económico (art. 333-3 C.N.) y, en consecuencia, parece razonable sostener que el fortalecimiento patrimonial de la misma interesa a la Constitución. Ahora bien, como ya se explicó, corresponde a la ley -y no al derecho constitucional- resolver el conflicto de intereses entre el interés del socio minoritario a recibir dividendos en dinero en efectivo y el interés de mayoría de capitalizar las utilidades. En este caso, para resolver el conflicto la

ley aplicó al principio de la democracia societaria exigentes mayorías, con el propósito de garantizar una mayor representación y, con ello, defender los derechos de los accionistas minoritarios.

En cuanto respecta a una eventual afectación del derecho de dominio, considera la Corte que la modalidad de pago de que trata la norma parcialmente demandada no supone una expropiación ilegítima o una afectación desproporcionada de dicho derecho. En efecto, tal modalidad se realiza mediante la entrega de acciones de las que integran el capital autorizado de la sociedad, a raíz de lo cual se origina un derecho crediticio a favor del accionista, derecho que puede ser objeto de negociación.

En cuanto a la presunta vulneración de la libertad de empresa, dada la imposición, al socio minoritario, de una decisión que no comparte y que puede afectar sus intereses, baste con señalar que la ley establece una regla clara en virtud de la cual se define el procedimiento para resolver el conflicto de intereses entre el socio interesado en recibir su participación en las utilidades y aquellos que prefieren capitalizarlas. Esta norma, que debe ser conocida por quienes quieran comprar acciones de una sociedad anónima, se limita a establecer las reglas del juego para el ejercicio de la libertad económica. El hecho de que estas reglas puedan desestimular la participación de algunas personas en el mercado de acciones no supone por ello que la misma vulnere la Constitución.

Finalmente, como será explicado en el aparte que sigue de esta providencia, la ley consideró que en las sociedades controladas sólo puede pagarse el dividendo en acciones liberadas de la misma empresa al socio que esté de acuerdo con capitalizar el porcentaje de utilidades que le corresponde. Con ello, el legislador buscó proteger al socio minoritario de sociedades que, por su composición accionaria, se encuentran bajo el control de otra sociedad o de un socio mayoritario, en cuyo caso mal puede afirmarse que la mayoría del 80% exigida por la ley resulte verdaderamente representativa del interés general de la sociedad.

En suma, como en estas cuestiones se impone la aplicación del criterio de inconstitucionalidad manifiesta, basta con constatar que la disposición parcialmente demandada persigue una finalidad legítima -el fortalecimiento patrimonial de la sociedad anónima -a través de medios no prohibidos, para que la Corte deba, como en el presente caso, declarar la constitucionalidad de la parte demandada de la precitada disposición

Estudio del artículo 33 de la Ley 222 de 1995: la presunta vulneración del derecho a la igualdad del socio minoritario de sociedades no controladas respecto del socio minoritario de sociedades controladas

19. El actor considera que el artículo 33 de la Ley 222 de 1995, en tanto establece que *"en todo caso, cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley, sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten"*, confiere un trato especial a los socios minoritarios de sociedades controladas. A juicio del demandante, dicho tratamiento discrimina a los socios minoritarios de sociedades que no se encuentran en situación de control. En estas condiciones considera que la regla consagrada en el artículo 33 debe extenderse a los socios de las sociedades no controladas. Procede la Corte a realizar el examen de igualdad planteado en la demanda.

20. La condición esencial para que se consolide un cargo por vulneración del principio de igualdad consiste en la identificación de un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias. La pregunta entonces es si los

accionistas minoritarios de sociedades no controladas están en idénticas circunstancias respecto de los socios minoritarios de sociedades controladas, a la hora de participar en la asamblea de socios para definir la voluntad general de la sociedad.

21. Las sociedades controladas son aquellas en las cuales el poder de decisión de la asamblea está sometido -directa o indirectamente- a la voluntad de otra sociedad matriz o controlante, de un grupo empresarial o, incluso, de una o varias personas naturales. Al respecto el artículo 261 del Código de Comercio establece¹²:

Artículo 261. Modificado. Ley 222 de 1995, art. 27. Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

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

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

22. En el tipo de sociedades descrito, como queda claro, la mayoría, es decir la voluntad societal, no se define en debates y votaciones que, en ejercicio del concepto de "democracia societaria" puedan llevarse a cabo en la asamblea de accionistas. Ni esta mayoría representa en realidad el interés general de los socios. En estos casos las decisiones se adoptan según los intereses de quien ejerce el control (como la sociedad matriz o la persona jurídica o natural que ostenta - directamente o por interpuesta persona - la mayoría necesaria para tomar la correspondiente decisión) y, en consecuencia tiene la posibilidad de practicar sobre la asamblea general una subordinación activa, esto es, aplicar su poder con el fin de obtener

12 La Superintendencia de Sociedades ha señalado que "la intención del legislador al relacionar en el artículo 261 del Código de Comercio algunas circunstancias determinantes de la subordinación, no estaba más que mencionando los eventos en los cuales se presume la existencia del control descrito en el artículo 260. Pero ello no excluye los casos de otras circunstancias donde se encuentre que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de su matriz o controlante, y corresponderá a las partes verificar la existencia de tal control y declararlo, sin que en tales eventos se presuma la subordinación. Pero en todo caso podrá acreditarse ante la autoridad administrativa competente, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, la existencia de la situación de control, de tal forma que se determine si procede declarar la situación de control y ordenar su inscripción en el registro mercantil". (Supersociedades, Oficio 220-15430, abril 13 de 1998).

determinados resultados, sin atender a los intereses o derechos del resto de los socios. En este caso es razonable que la ley proteja, especialmente, al accionista minoritario.

Sin embargo, en las sociedades no controladas - en las cuales nadie tiene la capacidad de adoptar las decisiones de la asamblea sin consultar los intereses de otros accionistas -, es razonable que, para proteger al minoritario, la ley exija una mayoría calificada. Consolidada esta mayoría, como fue visto en los fundamentos anteriores de esta providencia, nada obsta para que se decida capitalizar la sociedad mediante el pago de dividendos en acciones liberadas.

Por las razones mencionadas la Corte no puede menos que desestimar el cargo formulado por presunta vulneración del derecho a la igualdad del socio minoritario de las sociedades anónimas que no se encuentran en situación de subordinación o control, pues este no se encuentra en las mismas condiciones del socio de la sociedad controlada a la hora de participar en la definición de la voluntad societaria.

Estudio del artículo 68 de la Ley 222 de 1995: la definición de mayorías decisorias simples como regla general de funcionamiento de la asamblea general

23. Finalmente la Corte debe definir si vulnera la Constitución que el legislador establezca, como regla general para la adopción de las decisiones en la asamblea general de accionistas de la sociedad anónima, la mayoría simple y derogue algunas de las mayorías decisorias especiales consagradas en la legislación anterior.

Antes de entrar al estudio de la disposición parcialmente demandada, debe aclararse que el demandante se limita a afirmar que derogar las mayorías decisorias especiales consagradas en la legislación anterior vulnera la Carta. Sin embargo, no explica, las razones por las cuales considera que, en cada uno de los casos en los cuales opera la derogatoria mencionada se produce una violación de la Constitución. En consecuencia, la Corte limitará su estudio al cargo genérico formulado por el actor y se abstendrá de estudiar cada uno de los efectos derogatorios de la disposición parcialmente demandada.

24. Señala el demandante que dada la derogatoria que se produce por virtud de la parte demandada del artículo 68 de la Ley 222 de 1995, los accionistas minoritarios "se encuentran en debilidad manifiesta frente a los accionistas mayoritarios que pueden imponerle por simple mayoría cargas y responsabilidades superiores, implicando abusos y maltratos que la ley no está sancionando ni protegiendo".

No obstante, la Corte constata que no existe en la Constitución mandato alguno que establezca que las decisiones de las sociedades comerciales deban adoptarse por mayorías especiales. De otra parte, la opción legislativa impugnada tampoco parece abiertamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, la norma parcialmente demandada tiene como finalidad agilizar la adopción de decisiones comerciales fundamentales para la empresa a través de la llamada democracia societaria. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades señala que la finalidad del artículo 68 al reducir las mayorías decisorias no fue otra que la de agilizar el funcionamiento de las asambleas. Agrega que la exigencia de mayorías especiales, particularmente en sociedades con gran cantidad de acciones suscritas e igual número de socios, dificulta enormemente el normal funcionamiento de estas sociedades con consecuencias perjudiciales para los intereses de la compañía, los socios y los terceros. En consecuencia, parece claro que, nuevamen-

te, al resolver el conflicto de interés entre la necesidad de agilizar el giro ordinario de los negocios de la sociedad y el interés del socio minoritario, la ley optó por dar prelación a la sociedad sin desconocer el derecho del socio a participar en la asamblea, pues mantuvo la aplicación del principio de democracia societaria.

De todo lo que ha sido expuesto resulta claro que las disposiciones parcialmente demandadas no comprometen derechos fundamentales, ni afectan derechos de sujetos de especial protección constitucional. Tampoco se relacionan con sectores o bienes constitucionalmente protegidos. Finalmente, tampoco resultan irrazonables o desproporcionadas. En consecuencia la Corte procederá a declarar su constitucionalidad. Resta estudiar simplemente si proceden las solicitudes de integración normativa formuladas por el Procurador y por algunos intervinientes.

Integración de la unidad normativa

25. Tanto el Procurador General de la Nación como el representante del Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá solicitaron a la Corte integrar la unidad normativa respecto de algunas disposiciones no demandadas que sin embargo, en su criterio, "presentan correspondencia temática inescindible" con los apartes normativos cuestionados.

26. En principio, en Colombia, el control posterior de constitucionalidad de las leyes se produce por virtud de una acción ciudadana. Esto significa que la Corte no puede, de oficio, someter a juicio constitucional una norma que no ha sido demandada. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, la Corporación puede conocer de disposiciones que no han sido explícitamente acusadas cuando resulta indispensable integrar la llamada unidad normativa. En este sentido se expresa el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, según el cual: *"El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales."*

Tal y como lo ha reiterado la Corte, la unidad normativa sólo puede tener lugar cuando ello sea necesario para evitar que el fallo sea inocuo o cuando resulta indispensable para pronunciarse de fondo sobre un asunto. Estas hipótesis se configuran en uno de los siguientes tres casos: en primer lugar, cuando es preciso integrar la proposición jurídica para que la norma demandada tenga un significado jurídico concreto. En segundo término, cuando resulte imprescindible integrar la unidad normativa de manera tal que el fallo no sea inocuo, al dejar vigentes disposiciones jurídicas que tienen idéntico contenido normativo. En tercer término, cuando la disposición impugnada se encuentre íntima e inescindiblemente relacionada con otra norma que parece *prima facie* inconstitucional.¹³

27. En el presente caso, no fue necesario integrar la proposición jurídica para poder comprender el sentido de las disposiciones demandadas y estudiar su compatibilidad con la Constitución. Adicionalmente como ya se ha señalado, las normas acusadas serán declara-

13 En la Sentencia C-539 de 1999, se enunciaron, como siguen, las hipótesis que permiten la integración de la unidad normativa: "Excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna.

das exequibles. En consecuencia, no se configura ninguna de las hipótesis antes mencionadas y, por lo tanto, no resulta necesario integrar la unidad normativa.

En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de las normas parcialmente demandadas pero exclusivamente respecto de los cargos estudiados en la presente decisión. Esta declaratoria, sin embargo, no significa que tales disposiciones constituyan la única posibilidad de regulación de la materia estudiada. Por el contrario, como tantas veces se ha mencionado, en estas cuestiones el legislador cuenta con un amplio margen de configuración legislativa y por lo tanto bien podría adoptar, por ejemplo, un régimen que resuelva de manera distinta los conflictos entre el interés del socio minoritario y el ente societal dando prioridad a aquellos respecto de este o confiriéndole una mayor protección. No obstante, la regulación acá estudiada no vulnera las normas constitucionales mencionadas en la demanda y, por consiguiente, deberán ser declaradas exequibles por tal concepto sin que tampoco proceda, como ya se indicó, la unidad normativa solicitada.

DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLES**, pero exclusivamente por los cargos estudiados en la presente sentencia, las expresiones '*a falta de esta mayoría*' del artículo 455 del Decreto 410 de 1971 y '*cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior*' del artículo 240 de la Ley 222 de 1995.

SEGUNDO.- Declarar **EXEQUIBLE**, pero exclusivamente por los cargos estudiados en la presente sentencia, la expresión '*en los artículos 155, 420 numeral 5 y 455 del Código de Comercio*' del artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

TERCERO.- Declarar **EXEQUIBLE**, pero exclusivamente por los cargos estudiados en la presente sentencia, la expresión '*cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley*', del artículo 33 de la Ley 222 de 1995.»

Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura enunciada, la Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos. En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo. Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad". Sobre integración de la proposición jurídica pueden consultarse las Sentencias C-320 y C-560 de 1997; C-565 de 1998; C-1647 de 2000 y C-064 de 2005. Sobre integración de unidad normativa respecto de normas que resultan prima facie inconstitucionales, Cfr. Sentencia C-320 de 1997; C-871 de 2003.

Conceptos

*Entidades financieras. Responsabilidad. Crédito
a los constructores de vivienda*

*Fondo común ordinario. Límites de
participación del constituyente*

*Hipoteca. División de la garantía
por los acreedores financieros*

Entidades financieras - Responsabilidad - Crédito a los constructores de vivienda

Concepto 2005028875-3 del 18 de agosto de 2005

Síntesis: *No existe responsabilidad compartida entre el constructor de un plan de vivienda urbana y la entidad financiera que financia la construcción de un proyecto. El llamado crédito constructor también es independiente de la financiación que la entidad financiera concede al adquirente de la vivienda nueva o usada con el otorgamiento de un crédito hipotecario.*

«(...) solicita "(...) Certificar si existe responsabilidad compartida entre el constructor de un plan de vivienda urbana y la entidad o corporación que la financia frente a los nuevos adquirentes o no existe ningún tipo de garantías para los terceros de buena fe".

Al respecto, resulta conveniente precisar que el numeral 6 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 83 de la Ley 795 del 2003 señala las funciones que le compete realizar a esta Superintendencia en materia de certificaciones, dentro de la cual no se encuentra el tema objeto de consulta.¹

No obstante lo anterior a manera ilustrativa proceden los siguientes comentarios:

Es conveniente precisar que de acuerdo con lo señalado en parágrafo del artículo 2° de la Ley 66 de 1968, sustituido por el artículo 2° del Decreto 2610 de 1979 *"la actividad de enajenación de inmuebles a que se refiere el presente artículo se entiende desarrollada cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades metropolitanas, distritales o municipales, sean cinco (5) o más"*.

1 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 326 numeral 6: "a) De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

b) Expedir los certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los bancos, los saldos en contra de clientes de éstos por concepto de pagos de sobregiros o descubiertos en cuenta corriente, y los provenientes de cartas de crédito abiertas por entidades bancarias de Colombia por orden de sus clientes y utilizadas por los beneficiarios, los cuales prestarán mérito ejecutivo, así como las demás certificaciones contempladas en las disposiciones legales;

c) Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general.

Esta función se cumplirá con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos de crédito, analizando la tasa de las operaciones activas mediante técnicas adecuadas de ponderación, y se cumplirá con la periodicidad que recomiende la Junta Directiva del Banco de la República.

Las tasas certificadas por la Superintendencia Bancaria se expresarán en términos efectivos anuales y regirán a partir de la fecha de publicación del acto correspondiente.

d) Certificar, de conformidad con el artículo 305 del Código Penal, la tasa de interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos".

Bajo este contexto, se recalca que mediante la expedición del Decreto Ley 78 de 1987 se asignó al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios del país beneficiarios de la cesión del impuesto al valor agregado IVA, las funciones de intervención que ejercía esta Superintendencia, relacionadas con el otorgamiento de permisos para realizar actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, desarrollar planes y programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción, así como la enajenación de las unidades resultantes de los mismos y el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o, para la construcción de las mismas, previstos en la Ley 66 de 1968, Decreto 2610 de 1979 y sus disposiciones reglamentarias.

De la misma manera, en materia de inspección y vigilancia, el Decreto 497 de 1987, asignó a la Superintendencia de Sociedades, el control y vigilancia de la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

Posteriormente, la Ley 136 del 2 de junio de 1994 dispuso en su artículo 187, lo siguiente:

"Vigilancia y Control, de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda: Los Concejos municipales ejercerán la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda de que trata el numeral 7o. del artículo 313 de la Constitución Política, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes".

Lo anterior fue ratificado por el artículo 109 de la Ley 388 de 1997 que en igual sentido señaló:

"Vigilancia y Control de las Actividades de Construcción y Enajenación de Viviendas. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley y en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política, el concejo municipal o distrital definirá la instancia de la administración municipal encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda."

Así pues, nuestra competencia radica en establecer una responsabilidad administrativa frente a la entidad otorgante del crédito y la misma no se extiende a la responsabilidad de la constructora por defectos o deficiencias en la obra. De todas formas, respecto de la responsabilidad de los constructores por defectos de calidad que aparecen en las unidades de vivienda después de haber sido entregados, es necesario precisarle que, en atención a las disposiciones contenidas en los artículos 1914 a 1927 del Código Civil, corresponde al vendedor la obligación de saneamiento por los vicios ocultos de la cosa.

Aclarado lo anterior y en aras de atender el punto consultado, en cuanto a la responsabilidad que le asiste a las entidades financieras que han otorgado crédito a las constructoras de vivienda, habría que distinguir que la actividad de la construcción y la actividad que realiza la entidad para la financiación de la misma son diferentes, fundamentalmente en razón de que ellas tienen regímenes legales propios para su ejercicio y ejecución, de tal forma que aunque mediando ambas se logre un determinado fin como lo es la construcción de vivienda, o de otro tipo de obra, o a la adquisición de los mismos es claro que tienen sus propios objetivos y diferencias importantes, razón por la cual no puede endilgarse responsabilidad compartida, a menos que ella haya sido pactada entre las partes.

Así, la construcción es una actividad mediante la cual se desarrollan todos aquellos trabajos necesarios para construir obras con destino al uso habitacional-residencial o comercial. Obras que deben cumplir con las especificaciones establecidas en planos, con las condiciones técnicas de construcción, con los demás elementos estipulados en el proceso de diseño y con las normas que regulan la materia, cumplimiento que como se indicó le corresponde verificar al Concejo municipal o distrital.

Por su parte, la actividad de financiación que realiza el establecimiento bancario consiste en el préstamo del dinero necesario para el desarrollo de un determinado cometido, el cual en principio podría ser un proyecto de construcción de inmuebles para la venta, préstamo que va ligado al pago de unos intereses como contraprestación del dinero entregado a título de mutuo. Dentro de esta línea de financiación, denominada crédito constructor la institución financiera facilita a las empresas dedicadas a la construcción la obtención de recursos para adelantar su proyecto.

Este tipo de financiación tiene como características un monto límite de financiación, la exigencia de la constitución de garantías reales y personales, un plazo determinado para el desarrollo del proyecto, ventas y cancelación del crédito, una tasa de interés y desembolsos según avance de obra. Adicionalmente se deben presentar y cumplir una serie de requisitos tendientes a estudiar la viabilidad del proyecto, la situación jurídica de la sociedad titular del crédito y de la propiedad del lote donde se desarrollará el proyecto. Actividad que al ser realizada por establecimientos de crédito se encuentra bajo la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia Bancaria.

Así mismo, también es independiente la financiación que la entidad concede al adquirente de la vivienda nueva o usada con el otorgamiento de un crédito hipotecario. Operación que el establecimiento bancario efectúa como crédito directo, subrogación entre individuales o subrogación de constructor, bajo la modalidad de crédito de vivienda individual de largo plazo. De este nuevo contrato surgen obligaciones para el adquirente pero ahora en su calidad de deudor frente a la entidad financiera como acreedora.

Como se observa se trata de operaciones diferentes cuyas responsabilidades son disímiles en cada uno de los contratos.

Ahora, si existe alguna inconformidad con el constructor le sugerimos dirigirse al Concejo Municipal o a la Alcaldía de esa ciudad, para los fines pertinentes, toda vez que en aplicación de las mencionadas normas, ahora corresponde a dicha autoridad la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.»



Fondo común ordinario - Límites de participación del constituyente

Concepto 2005007452-4 del 23 de agosto de 2005

Síntesis: *Límite máximo que un solo constituyente puede mantener en el fondo común ordinario. Las sociedades fiduciarias deben advertir al fideicomitente la existencia de un límite en el porcentaje de inversión en el fondo común para evitar el exceso de inversión y no apartarse de las instrucciones del inversionista.*

«(...) mediante la cual solicita que, en razón a las sanciones que ha impuesto esta Superintendencia a las sociedades fiduciarias por el incumplimiento del literal i) del numeral 2 del artículo 153 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que se refiere al límite máximo que un solo constituyente puede mantener en el fondo común ordinario, se aclare si ante un exceso en el límite en mención la sociedad fiduciaria puede apartarse de las instrucciones que el fideicomitente o constituyente en el acto constitutivo y/o la junta del fideicomiso impartan sobre la inversión a realizar.

Lo anterior, por cuanto el numeral 5.9 del Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica establece que, en desarrollo de lo previsto en el numeral 3 del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias no están facultadas para establecer unilateralmente la destinación de los recursos entregados a título de fideicomiso de inversión, toda vez que corresponde al constituyente o adherente expresarla en el contrato.

A este respecto, proceden los siguientes comentarios:

Sea lo primero precisar que el literal i) del numeral 2 del artículo 153 es un precepto de obligatorio cumplimiento por parte de todas las sociedades fiduciarias por ser una

norma de carácter público económico. En razón de lo anterior es que los reglamentos de administración de los fondos comunes ordinarios, los cuales deben ser entregados al fideicomitente-inversionista al momento de la vinculación para la inversión de sus recursos en el citado fondo (artículo 153-1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), deben contemplar, entre otros, dicho límite de inversión por cada fideicomitente so pena de incurrir en violación de la mencionada norma, así como también señalar los mecanismos operativos que considere necesarios para que el fideicomitente-inversionista se ajuste al límite señalado en la norma y así evitar su incumplimiento.

Si a pesar de la advertencia de la fiduciaria al fideicomitente-inversionista en el sentido de ajustar su porcentaje de participación al límite legal, éste no lo hiciere, la fiduciaria debería poder terminar unilateralmente el contrato de fiducia de inversión de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de administración del fondo o, si lo prefiriere, depositar el exceso a disposición del fideicomitente-inversionista en una cuenta bancaria abierta para el efecto, situación que debe estar prevista en el mencionado reglamento, pero lo que de ninguna manera debe la fiduciaria es permitir el incumplimiento a una norma de orden público económico por la cual debe velar de manera diligente.

Recordemos que la finalidad de la restricción contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 153 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es evitar la concentración pasiva del portafolio de inversión, con miras a prevenir situaciones de excesiva dependencia con respecto a un número reducido de inversionistas, cuyo retiro intempestivo o simultáneo podría llegar a afectar sensiblemente la estabilidad del fondo y por ende los recursos del público, finalidad que la hace de imperativo cumplimiento.

Por otro lado, no encontramos incompatibilidad alguna entre esta norma y la contenida en el numeral 3 del artículo 151 sobre estipulación de la destinación específica de los recursos entregados a título de fiducia de inversión, por cuanto su interpretación debe ser armónica y sistemática.

En esa medida, el hecho de cumplir un límite de participación establecido en la ley a fin de proteger los recursos de todos los fideicomitentes-inversionistas no va en contravía de la norma que establece que en ningún momento una fiduciaria puede imponer a los mismos la destinación de sus recursos, siendo, como lo vimos anteriormente, una decisión del fideicomitente-inversionista señalarle a la fiduciaria la destinación que debe dársele a los recursos que exceden dicho límite. No olvidemos tampoco que las condiciones contenidas en el reglamento de administración del fondo común ordinario son aceptadas por los fideicomitentes-inversionistas, es decir que se entiende que se adhirieron a las cláusulas y estipulaciones que gobiernan el funcionamiento del fondo.

Además no podemos perder de vista que una es la situación fáctica que regula el artículo

153 del EOSF y otra la que reglamenta el artículo 151 de dicho estatuto, pues mientras la primera hace referencia al porcentaje máximo que un solo constituyente puede mantener, por sí o por interpuesta persona en el fondo, el cual no puede exceder del 5% del valor del Fondo, la segunda hace referencia a la facultad del constituyente de expresar de manera específica la forma en que deben invertirse sus recursos. Sin embargo, dichas normas, tal como se expuso líneas atrás, deben ser interpretadas de manera armónica.

En tal sentido, se considera que es la advertencia al fideicomitente de la existencia de un límite en el porcentaje de inversión en el fondo común ordinario y la implementación de mecanismos por parte de la fiduciaria que sirvan de alerta a fin de evitar un exceso de la inversión la manera de prevenir el desconocimiento del precepto, mas no la posibilidad de apartarse de las instrucciones del fideicomitente la que evita tal incumplimiento, máxime cuando, a voces del numeral 5.9 del Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica, las sociedades fiduciarias no están facultadas para establecer unilateralmente la destinación de los recursos entregados a título de fideicomiso.

Finalmente, cabe señalar que las estipulaciones contractuales basadas en el numeral 3 del artículo 153 del Estatuto en mención no pueden tener la virtud de desconocer normas de orden público económico como la contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 153 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de ahí que deba acatarse el porcentaje máximo que puede mantener un solo constituyente por sí o por interpuesta persona en el Fondo Común Ordinario.»

Hipoteca - División de la garantía por los acreedores financieros

Concepto 2005025270-002 del 3 de agosto de 2005

Síntesis: *Los acreedores hipotecarios cuentan con la viabilidad de dividir las hipotecas constituidas a su favor sobre construcciones sometidas al régimen de propiedad horizontal. La Ley 962 de 2005 regula de manera general lo relativo a la situación de las hipotecas de mayor extensión y la liberación de tales gravámenes a medida que se enajenen los inmuebles.*

«(...) formula algunas inquietudes relacionadas con la interpretación de la Circular 046 del 30 de abril de 1981 expedida por esta Superintendencia frente al actual artículo 17 de la Ley 675 de 2001. Además consulta sobre las sanciones de tipo pecuniario o administrativo que resultarían aplicables al acreedor hipotecario en caso de no dividir la hipoteca de mayor extensión y si la omisión de tal situación implica que la hipoteca pierda validez.

Sobre el particular, proceden los siguientes comentarios:

Sea lo primero precisar que el instructivo citado se expidió por este Organismo Estatal en vigencia de las facultades otorgadas al mismo mediante el Decreto 2349 de 1965, a través del cual se asignó a esta Entidad la facultad para ejercer el control y vigilancia de las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y en virtud a que no se venía acatando en debida forma lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 66 de 1968 a cuyo tenor: "*Cuando el terreno en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, para obtener el permiso correspondiente ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción*", fundamento éste que atribuía carácter obligatorio a la mencionada circular.

Así mismo, se recuerda que el artículo 28 de la Ley 66 de 1968, sustituido por el artículo 11 del Decreto 2610 de 1979, señalaba el régimen sancionatorio a que se encontraban sometidas las personas y entidades, sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria por violación a las normas antes citadas, así como sus administradores, representantes legales, revisores fiscales o cualquier funcionario o empleado.

Ahora bien, es necesario aclarar que mediante la expedición del Decreto Ley 78 de 1987 se asignó al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios del país beneficiarios de la cesión del impuesto al valor agregado IVA, las funciones de intervención que ejercía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de esta Superintendencia, en materia de otorgamiento de permisos para realizar actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, desarrollo de planes y programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción, así como respecto de la enajenación de las unidades resultantes y el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o, para la construcción de éstas, a que se refiere la Ley 66 de 1968, el Decreto 2610 de 1979 y sus disposiciones reglamentarias.

De la misma manera, el Decreto 497 de 1987, asignó al Ministerio de Desarrollo Económico por intermedio de la Superintendencia de Sociedades, el control y vigilancia de la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

Posteriormente, la Ley 136 de 1994 mediante la cual *"se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"*, dispuso en su artículo 187, lo siguiente:

"Vigilancia y control, de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda: Los Concejos municipales ejercerán la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda de que trata el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes".

Así las cosas y aunque, como se señaló inicialmente, la citada Circular Externa 046 de 1981 tenía carácter obligatorio, al desaparecer las facultades que en dicha materia se le asignaron a esta Superintendencia se entiende derogado el instructivo en cuestión, máxime cuando el fundamento legal se encuentra modificado por diferentes leyes como más adelante se explica, y más aún cuando este ente estatal en virtud de sus atribuciones y funciones recogió y compiló mediante la Circular Básica Jurídica (007 de 1996) todas las instrucciones vigentes impartidas a sus entidades vigiladas, sin incluir en la misma el texto de la circular que nos ocupa.

En virtud de lo anterior y como quiera que esta agencia estatal actualmente carece de competencia en relación con la materia tratada, la cual, como se anotó, corresponde a otras autoridades que en la actualidad ejercen el control y vigilancia de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, le sugerimos dirigir su solicitud en dicho sentido al Concejo Municipal de esa ciudad para los fines pertinentes.

De otro lado y antes de referirnos a la disposición de la Ley 675 de 2001, recordemos que existe un antecedente legislativo en relación con el mismo tema, el cual fue consagrado en el segundo inciso del artículo 55 de la Ley 546 de 1999 que contempló una protección especial para los adquirentes de vivienda de buena fe, al precisar que *"para los fines aquí previstos, el Gobierno establecerá para los constructores la obligación de informar a los promitentes compradores sobre la existencia de gravámenes en mayor extensión y exigirá que en las escritura públicas que perfeccionen dichas promesas de compraventa se protocolice una carta del establecimiento de crédito titular de la garantía en mayor extensión mediante la cual autorice el otorgamiento de la escritura de compraventa por haber recibido el pago de la prorrata correspondiente"*.¹

Ahora bien, nótese que el artículo 17 de la Ley 675 de 2001, mediante la cual se expide el régimen de propiedad horizontal, en relación con la materia que nos ocupa trae en el inciso primero y en el párrafo pertinente, dos aspectos relevantes en el siguiente sentido:

1 En desarrollo de la anterior disposición esta Superintendencia impartió instrucciones sobre el tema, en el numeral 11 de la Circular Externa 085 de 2000, en los siguientes términos: *"11. CRÉDITO A CONSTRUCTORES -Subrogación de obligaciones- El crédito otorgado a constructor de vivienda para financiar la fase de construcción debe ser subrogado al adquirente de la unidad, de tal manera que en una sola operación formalice el mutuo debidamente aprobado por el subrogatario, cuando sea del caso, la hipoteca sobre el bien financiado en forma individual y el levantamiento de la hipoteca de mayor extensión a favor de la entidad vigilada. Adicionalmente, el contrato de crédito suscrito entre la entidad financiera y el constructor deberá contener una cláusula especial en la cual se precise que la hipoteca en mayor extensión que afecta el inmueble se cancelará proporcionalmente a media que se vayan enajenando las unidades de vivienda y se haya recibido el pago de la prorrata correspondiente"*.

"Artículo 17. Divisibilidad de la hipoteca en la propiedad horizontal. Los acreedores hipotecarios quedan autorizados para dividir las hipotecas constituidas en su favor sobre edificios o conjuntos sometidos al régimen de la presente ley, entre las diferentes unidades privadas a prorrata del valor de cada una de ellas.

"(...).

"Parágrafo. Cuando existiere un gravamen hipotecario sobre el inmueble de mayor extensión que se sometió al régimen de propiedad horizontal, el propietario inicial, en el momento de enajenar unidades privadas con pago de contado, dentro del mismo acto jurídico de transferencia de dominio deberá presentar para su protocolización, certificación del acreedor, del levantamiento proporcional de gravamen de mayor extensión que afecte la unidad privada objeto del acto. El notario no podrá autorizar el otorgamiento de esta escritura ante la falta del documento aquí mencionado".

Bajo este contexto podemos inferir claramente que prevalecen dos circunstancias de carácter jurídico sobre el tema: la primera, prevista como una facultad de los acreedores hipotecarios (entre los cuales se pueden contar las instituciones financieras vigiladas por este ente de control) que consiste en la viabilidad de dividir las hipotecas constituidas en su favor y, la segunda, atinente al imperativo para el propietario inicial de protocolizar con la escritura de compra venta con pago de contado la certificación del acreedor sobre el levantamiento proporcional del gravamen de mayor extensión, requisito sine quanon para que el registrador autorice el otorgamiento de la escritura.

No obstante, mediante la expedición de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, en el artículo 71, letra g), dentro de los documentos que el interesado debe radicar para adelantar planes de vivienda, se indicó: *"Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción"*.

Prevalecen dos circunstancias de carácter jurídico sobre el tema: la primera, prevista como una facultad de los acreedores hipotecarios (entre los cuales se pueden contar las instituciones financieras vigiladas por este ente de control) que consiste en la viabilidad de dividir las hipotecas constituidas en su favor y, la segunda, atinente al imperativo para el propietario inicial de protocolizar con la escritura de compra venta con pago de contado la certificación del acreedor sobre el levantamiento proporcional del gravamen de mayor extensión.

Atendiendo el tenor literal de la norma transcrita se advierte que actualmente es un imperativo legal para quien adelante programas de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda cuando el inmueble se encuentre hipotecado, obtener del acreedor hipotecario la acreditación mediante la cual éste se obliga a efectuar la liberación de las unidades a medida que se vayan enajenando y previo el pago proporcional de tal gravamen.

Así las cosas, debe entenderse que la última disposición citada (contenida en Ley 962) regula de manera general lo relativo a la situación de las hipotecas de mayor extensión y la liberación de tales gravámenes a medida que se enajenen los inmuebles, por lo que se entienden derogadas tácitamente la norma de la Ley 546 de 1999 y de la Ley 675 de 2001².

En cuanto corresponde a la inobservancia de la disposición aludida, o cualquiera otra de carácter obligatorio, por parte de una institución vigilada por esta Superintendencia debe recordarse que los artículos 325 y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 con sus modificaciones y adiciones) señalan las funciones y facultades legales otorgadas por ley a la misma. Dentro de ellas corresponde a esta Entidad adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar cuando se advierta que una entidad vigilada ha infringido alguna disposición de obligatoria observancia.

En igual sentido, los artículos 209 y 211 de la normativa en cita (modificados por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003) otorgan a esta Entidad la facultad de imponer tanto sanciones administrativas de carácter personal como institucional siempre que se den los presupuestos exigidos por la norma, dentro de los cuales se encuentra que se hayan incumplido las obligaciones señaladas en la ley. Así mismo, el artículo 210 del Estatuto en comento, señala el régimen de responsabilidad civil a que se encuentran sujetas las entidades vigiladas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la facultad sancionatoria administrativa otorgada a este Organismo de Control debe ejercerse de acuerdo con los criterios, principios y procedimientos establecidos en el artículo 208 del estatuto en comento (modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003). La citada norma señala igualmente que las siguientes son las sanciones administrativas que puede imponer esta entidad:

- a) Amonestación;
- b) Multa pecuniaria;
- c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco años en el ejercicio de cargos que requieran posesión ante esta Entidad;
- d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o revisores fiscales de las entidades vigiladas;
- e) Clausura de las oficinas de representación.

2 Artículo 2° de la Ley 153 de 1887.

En consecuencia, previamente a la imposición de una determinada sanción administrativa corresponde a la Superintendencia Bancaria de Colombia adelantar la actuación administrativa respectiva, para lo cual, en desarrollo del principio de proporcionalidad, deben evaluarse los criterios de graduación de las citadas sanciones establecidos en la ley, dentro de ellos: la dimensión del daño, el beneficio económico obtenido por el infractor, la reincidencia en la comisión de la infracción, etc.

Finalmente, en cuanto sus inquietudes hacen referencia a la pérdida de validez de la hipoteca si se omite el cumplimiento de los preceptos comentados, resulta conveniente recalcar que dentro de las facultades asignadas a este ente de control por la ley no se encuentra la de emitir opinión con respecto a asuntos como el puesto en nuestro conocimiento, atendiendo a que la validez o no de los actos jurídicos celebrados entre las partes legalmente capaces para comprometerse es de conocimiento de las autoridades judiciales, las cuales están llamadas a tomar decisión con base en lo probado y alegado por quienes hacen parte de la litis dentro del proceso que al efecto se adelante.»

Previamente a la imposición de una determinada sanción administrativa corresponde a la Superintendencia Bancaria de Colombia adelantar la actuación administrativa respectiva, para lo cual, en desarrollo del principio de proporcionalidad, deben evaluarse los criterios de graduación de las citadas sanciones establecidos en la ley, dentro de ellos: la dimensión del daño, el beneficio económico obtenido por el infractor, la reincidencia en la comisión de la infracción, etc.

*RELACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS PROFERIDOS RECIENTEMENTE
POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA
JULIO – SEPTIEMBRE DE 2005*

Administradora de sistema de pago de bajo valor

Presupuestos para someterse a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Concepto 2005028816-2 del 27 de julio de 2005.

Aportes

Devolución de aportes sociales de cooperativas en liquidación.

Concepto 2004022792-7 del 5 de julio de 2005.

Gastos o Comisiones de administración sobre aportes obligatorios en el Sistema General de Pensiones.

Concepto 2005020645-2 del 15 de julio de 2005.

Auxilio funerario

Salario base de cotización para el cálculo del auxilio.

Concepto 2005023250-1 del 15 de julio de 2005.

Banco Agrario

Apertura de oficina. Estudio de factibilidad a cargo del propio establecimiento bancario.

Concepto 2005031820-2 del 5 de agosto de 2005.

Cajas de compensación familiar

Restricción legal para adelantar el ejercicio de la actividad aseguradora.

Concepto 2005021244-3 del 11 de julio de 2005.

Cheque

Endoso en el caso de personas jurídicas.

Concepto 2005043851-1 del 30 de septiembre de 2005.

Crédito de vivienda

Disposiciones e instructivos de la Superintendencia Bancaria. Obligación de cumplimiento.

Concepto 2005028810-2 del 1 de agosto de 2005.

No existe responsabilidad compartida entre el constructor y la entidad que otorga el crédito constructor o el crédito a los adquirentes.

Concepto 2005028875-3 del 18 de agosto de 2005.

Normas aplicables para financiar vivienda de interés social.

Concepto 2005030379-3 del 19 de julio de 2005.

Parámetros de la financiación de vivienda individual de largo plazo. Beneficios. Normatividad.

Concepto 2005044781-2 del 15 de septiembre de 2005.

Vivienda de interés social. Garantía hipotecaria y garantías adicionales. El acreedor puede perseguir otros bienes diferentes al inmueble ofrecido como garantía.

Concepto 2005030395-2 del 19 de agosto de 2005.

Crédito documentario

Carta de crédito stand by como modalidad de crédito documentario y constitución de garantía de pago de obligación.

Concepto 2005043755-2 del 14 de septiembre de 2005.

Créditos

Acceso al crédito por parte de la población desplazada. Garantía hipotecaria en zonas con riesgo de desplazamiento.

Concepto 2005035165-3 del 16 de septiembre de 2005

Constitución de seguros de vida para amparar la muerte eventual de los deudores. Mora en el pago de los créditos.

Concepto 2005032521-4 del 29 de agosto de 2005.

Donaciones

Las entidades vigiladas deben decidir sobre ellas mediante evaluación de sus órganos de dirección.

Concepto 2005030429-2 del 8 de agosto de 2005.

Entidades financieras estatales

Normas que regulan sus sistemas de contratación.

Concepto 2005042214 del 9 de septiembre de 2005.

Fogacoop

Posesión de personas encargadas en empleos con representación legal

Concepto 2005022936-2 del 11 de agosto de 2005.

Fondo común ordinario.

Límite de inversión por cada fideicomitente. Advertencia del límite para evitar excesos de inversión. Las instrucciones del fideicomitente.

Concepto 2005007452-4 del 23 de agosto de 2005.

Fondo Nacional de Garantías S.A.

Contratos de agencia comercial.

Concepto 2005024680-5 del 13 de julio de 2005.

Fondos de pensiones y cesantía

Traslados de servidores públicos del nivel territorial con régimen de liquidación retroactiva de cesantías a un fondo de pensiones y cesantía.

Concepto 2004053887-1 del 29 de septiembre de 2005.

Grupo empresarial

Obligación de inscripción de situación de control. Caso en que la matriz es extranjera.

Concepto 2005031358-1 del 29 de julio de 2005.

Hábeas data

Términos de permanencia del dato negativo. Derechos que amparan a los titulares de los datos.

Concepto 2005033062-2 del 2 de septiembre de 2005.

Hipoteca

Hipoteca de mayor extensión. Acreedor hipotecario y omisión de dividirla.

Concepto 2005025270-2 del 3 de agosto de 2005.

Interés moratorio

El que aplica en caso de no haberse pactado previamente.

Concepto 2005029141-2 del 11 de agosto de 2005.

Intereses

Margen de intermediación financiera.

Concepto 2005017838-2 del 14 de julio de 2005.

Intermediarios del mercado cambiario

Las oficinas de representación no son intermediarias del mercado cambiario.

Concepto 2005032054-1 del 7 de julio de 2005.

Operaciones de cambio para el giro de pagos al exterior. Intermediarios autorizados.

Concepto 2005037819-1 del 19 de septiembre de 2005.

Lista Clinton

Acceso al sistema bancario, asegurador y provisional. Causal objetiva para terminar unilateralmente contratos con personas incluidas en la lista.

Concepto 2005035801-4 del 3 de agosto de 2005.

Oficinas de representación

Objetivos del régimen de oficinas de representación.

Concepto 2005028527-3 del 1 de julio de 2005.

Representación de dos oficinas por una misma persona.

Concepto 2005013519-3 del 1 de julio de 2005.

Pensión

Consignación de mesadas pensionales. Las entidades financieras no podrán cobrar por retiro del dinero depositado en la cuenta del pensionado.

Concepto 2005013517-2 del 6 de septiembre de 2005.

Liquidación de mesada pensional. Monto máximo, nueva forma de cálculo conforme la Ley 797 de 2003.

Concepto 2005016701 del 1 de septiembre de 2005

Pensión. Régimen de ahorro individual

Requisitos para que proceda una devolución de saldos.

Concepto 2005022750-1 del 17 de agosto de 2005.

Pensión. Régimen de transición

Requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión. Interpretación de las equivalencias para establecer tiempo de cotización.

Concepto 2005021791-2 del 2 de agosto de 2005.

Servidores públicos beneficiados con el régimen de transición. Competencia para el reconocimiento y compartibilidad de pensiones.

Concepto 2004048997-3 del 22 de agosto de 2005.

Póliza de cumplimiento

Certificado de modificación y cambio de intermediario.

Concepto 2005023602-2 del 18 de julio de 2005.

Posición propia

Contabilización de obligaciones.

Concepto 2005029103-2 del 1 de julio de 2005.

Provisiones

Competencia para ordenarlas.

Concepto 2004025379-3 del 24 de agosto de 2005-

Reserva bancaria

La reserva bancaria y el régimen de jurisdicción coactiva.

Concepto 2005036420-2 del 14 de septiembre de 2005.

Seguro de accidente de tránsito, SOAT

Reconocimiento de los gastos. Eventos particulares.

Concepto 2005035180-2 del 2 de septiembre de 2005.

Sistema de administración del riesgo crediticio

Modelos internos para estimar las pérdidas esperadas.

Concepto 2005036517-2 del 13 de septiembre de 2005.

Sociedades fiduciarias

La representación legal de una sociedad dentro del marco de un contrato de fiducia mercantil o un encargo fiduciario.

Concepto 2005045750-1 del 13 de septiembre de 2005.

No pueden adquirir títulos emitidos, avalados o aceptados por la matriz o sus subordinadas o cuya emisión sea administrada por éstas.

Concepto 2005043873-0 del 2 de septiembre de 2005.

Tarjeta de crédito

Registro de operaciones, conservación de archivos. Reestructuración del crédito.

Concepto 2005041566-2 del 13 de septiembre de 2005.

Tasa representativa del mercado, TRM

Tasas aplicables por el uso de tarjetas de crédito.

Concepto 2005033347-1 del 12 de agosto de 2005.

Toma de posesión

Atribuciones de la Superintendencia Bancaria para ordenar la medida.

Concepto 2005043488-2 del 8 de septiembre de 2005.

Causación de intereses respecto de obligaciones a cargo de una aseguradora objeto de medida de toma de posesión.

Concepto 2005014894-2 del 16 de septiembre de 2005.

Temas de Consulta

Ley 963 de 2005. Estabilidad jurídica para inversionistas en Colombia

Ley 964. Mercado de valores (aportes con referencia al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)

Ley 986 de 2005. Protección a las víctimas del secuestro y sus familias. Interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias. Pago de pensión al secuestrado

Liquidación. Entidad financiera pública. Actos de gestión del liquidador. Régimen de contratación

Protección al consumidor. Servicios financieros. Entidades vigiladas

*ESTABILIDAD JURÍDICA PARA INVERSIONISTAS
EN COLOMBIA*

Congreso de la República

Ley 963 de 2005*

(julio 8)

por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.
El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Contratos de estabilidad jurídica.* Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

Artículo 2°. *Inversionistas nacionales y extranjeros.* Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smmlv), para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4° literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

Artículo 3°. *Normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica.* En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus

* Diario Oficial 45.963 de 2005.

interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión.

Podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Comisiones de Regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, exceptuando al Banco de la República.

(...)

Artículo 4°. *Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica.* Los contratos de estabilidad jurídica deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

a) El inversionista presentará una solicitud de contrato que deberá cumplir con los requisitos contenidos en los literales c), d) y e) de este artículo, y deberá acompañarse de un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar;

b) La solicitud de contrato será evaluada por un Comité que aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que para tal efecto se expida. Este Comité estará conformado por:

- El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
- El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado.
- El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado.
- El Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.
- El Director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

(...)

Parágrafo. Además de los requisitos contemplados en los literales c), d) y e), el inversionista que pretenda acogerse a los beneficios que la presente ley establece, estará obligado a:

a) Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa;

b) Cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales;

c) Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 5°. *Prima en los contratos de estabilidad jurídica.* El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagará a favor de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público- una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

Si por la naturaleza de la inversión, esta contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

(...)

Artículo 11. *Limitaciones a los contratos de estabilidad.* Los contratos de estabilidad deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

No se podrá conceder la estabilidad prevista en la presente ley sobre normas relativas a: el régimen de seguridad social; la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; los impuestos indirectos; la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos.

La estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica.

Artículo 12. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación.

*MERCADO DE VALORES
(APARTES CON REFERENCIA AL ESTATUTO ORGÁNICO
DEL SISTEMA FINANCIERO)*

Congreso de la República

Ley 964 de 2005*
(julio 8)

por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

**TÍTULO CUARTO
DEL FUNCIONAMIENTO ORDENADO DEL MERCADO**

CAPÍTULO PRIMERO

**Disposiciones generales aplicables a las entidades sometidas a la inspección
y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores**

(...)

Artículo 22. *Aplicación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.* En la constitución de las entidades de que trata el presente título se aplicará lo previsto por el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero siempre que no sea contrario a las disposiciones especiales sobre la materia. Igualmente les serán aplicables a dichas entidades los artículos 72, 74, 81, 88 y 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

La Superintendencia de Valores podrá adoptar las medidas a que se refiere el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respecto de aquellas personas que realicen las actividades previstas en la presente ley sin contar con la debida autorización.

Las causales, procedencia de la medida y demás reglas previstas para la toma de posesión, liquidación forzosa administrativa y para los institutos de salvamento y protección de la

* Diario Oficial 45.963 de 2005.

confianza pública previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero serán aplicables a la Superintendencia de Valores y a las entidades sometidas a su inspección y vigilancia permanente, en lo que sean compatibles con su naturaleza.

La fusión, escisión, conversión, cesión de activos, pasivos y contratos de las entidades señaladas en el presente capítulo se registrará, en lo pertinente, por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo modifiquen, sustituyan o complementen.

Adicionalmente, será aplicable a tales entidades lo previsto en el numeral 4 del artículo 98 y en el numeral 1 del artículo 122 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Lo previsto en el numeral 8 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, será aplicable a la Superintendencia de Valores, en cuanto hace a sus vigilados o controlados, con el fin de asegurar que la supervisión pueda desarrollarse de manera consolidada, proteger a los inversionistas y preservar la estabilidad e integridad del mercado.

Lo previsto en el numeral 2 del artículo 118 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, será aplicable a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores, en cuanto hace a la posibilidad de realizar nuevas operaciones en el mercado de valores.

Adicionalmente, lo dispuesto en el literal i) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero será aplicable a la Superintendencia de Valores respecto de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia permanente.

(...)

TÍTULO SEXTO DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

CAPÍTULO PRIMERO **De las infracciones**

(...)

Artículo 50. *Infracciones*. Se consideran infracciones las siguientes:

(...)

s) Incumplir el régimen establecido en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas del mercado de valores que los desarrollen, modifiquen o adicionen, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 de la *Ley 190 de 1995* o cualquier norma relacionada con la prevención y control de actividades delictivas a través del mercado de valores.

(...)

CAPÍTULO SEGUNDO
De las sanciones

(...)

Artículo 55. *Límites a la imposición de multas.* En el caso de sanciones institucionales la Superintendencia de Valores podrá imponer multas por cada infracción hasta por el equivalente a lo señalado en el literal b) del numeral 3 del artículo 208 o el numeral 3 del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según corresponda.

Tratándose de sanciones personales la Superintendencia de Valores podrá imponer multas por cada infracción hasta por el equivalente a lo señalado en el literal b) del numeral 3 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En todo caso, la sanción pecuniaria mínima por cada infracción será equivalente a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

Las multas previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó.

(...)

CAPÍTULO TERCERO
Del procedimiento sancionatorio

(...)

Artículo 59. *Procedimiento.* Las actuaciones administrativas que requiera adelantar la Superintendencia de Valores se sujetarán al procedimiento determinado en el numeral 4 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes, así como a aquellas que las modifiquen o sustituyan.

Para efectos de la infracción prevista en el literal v) del artículo 50 de la presente ley, se aplicará lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Artículo 60. *Caducidad.* Lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con lo previsto en el literal m) del numeral 4 de la misma norma, o en las disposiciones que los modifiquen o sustituyan será aplicable a la facultad que tiene la Superintendencia de Valores para imponer sanciones.

(...)

TÍTULO SÉPTIMO
DE LAS DISPOSICIONES FINALES

(...)

Artículo 66. *Aplicabilidad de esta ley al Banco de la República y a la Nación.* Las facultades previstas en la presente ley para el Gobierno Nacional y la Superintendencia de Valores, se entiende-

rán sin perjuicio de las que la Constitución Política y la ley han reservado a la Junta Directiva del Banco de la República.

(...)

Parágrafo 3°. De la misma manera y en concordancia con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Banco de la República continuará regulando los sistemas de pago de alto valor.

(...)

Artículo 68. *Separación patrimonial.* Los bienes que formen parte de los fondos de valores, fondos de inversión, fondos mutuos de inversión y los activos subyacentes vinculados a procesos de titularización, para todos los efectos legales, no hacen parte de los bienes de las entidades que los originen o administren y constituirán un patrimonio, o universalidad para el caso de procesos de titularización definidos en la Ley 546 de 1999, independiente y separado, destinado exclusivamente al pago de las obligaciones que con respaldo y por cuenta de dicho patrimonio o universalidad contraiga el administrador que tenga la capacidad de representarlo, sin perjuicio de la responsabilidad profesional de este por la gestión y el manejo de los respectivos recursos.

Por consiguiente, los bienes que formen parte de los fondos de valores, fondos de inversión, fondos mutuos de inversión y los activos subyacentes vinculados a procesos de titularización, incluyendo los definidos en la Ley 546 de 1999, no constituirán prenda general de los acreedores de quienes los originen o administren y estarán excluidos de la masa de bienes que pueda conformarse para efectos de cualquier procedimiento mercantil o de cualquier otra acción que pudiera afectarlos.

En todo caso, cuando el administrador de los fondos de valores, los fondos de inversión, los fondos mutuos de inversión y de los procesos de titularización, incluyendo los definidos en la Ley 546 de 1999, actúe por cuenta de los mismos, se considerará que compromete únicamente los recursos del respectivo fondo o los activos subyacentes vinculados al proceso de titularización.

Asimismo, los fondos y valores que se encuentren en poder de las entidades sujetas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores y del Banco de la República, que sean de propiedad de terceros o que hayan sido adquiridos a nombre y por cuenta de terceros no forman parte de la garantía general de los acreedores de tales entidades, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades y de sus administradores por las operaciones que realicen en fraude de sus acreedores.

(...)

Artículo 74. *Fusión, integración o reorganización.* En el evento en que se disponga la fusión, integración o reorganización de las Superintendencias Bancaria y de Valores, los objetivos, las entidades vigiladas, las funciones y facultades asignadas a las mismas en las normas vigentes, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la presente ley y en las normas que las desarrollen, modifiquen o sustituyan, se entenderán trasladadas en su integridad a la entidad encargada de adelantarlas, o a aquella que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización. Dicha entidad asumirá las facultades y funciones propias de la

Superintendencia Bancaria respecto de las entidades supervisadas por esta y las propias de la Superintendencia de Valores respecto de las entidades y actividades supervisadas por ésta.

Del mismo modo, las contribuciones que exigen las Superintendencias Bancaria y de Valores de conformidad con la ley, serán percibidas por la entidad que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización.

Los regímenes de contribuciones previstos en la Ley 510 de 1999 para la Superintendencia de Valores y en la Ley 795 de 2003 para la Superintendencia Bancaria, serán trasladados sin necesidad de autorización alguna a la entidad que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización.

En todo caso, la entidad que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización, deberá dar aplicación a la categorización prevista en el numeral 5 del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para determinar las tarifas de las entidades sujetas a su inspección, vigilancia y control.

La denominación, estructura funcional, organización y asignación interna de las funciones de la entidad que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización, atenderá los objetivos para el ejercicio de la facultad de inspección, vigilancia y control en los términos que señale el Gobierno Nacional en el acto que ordene la fusión, integración o reorganización. En cualquier caso, la entidad que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización tendrá personería jurídica.

En el mismo sentido, las menciones hechas a la Superintendencia Bancaria, a la Superintendencia Bancaria de Colombia o a la Superintendencia de Valores se entenderán efectuadas a la entidad encargada de adelantar las funciones asignadas a dicha entidad de vigilancia y control, o a aquella que resulte del respectivo proceso de fusión, integración o reorganización.

Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo también será aplicable en el evento en que se proceda a la liquidación de la Superintendencia Bancaria o de la Superintendencia de Valores y a la reestructuración de la entidad que asuma las funciones de la liquidada. La entidad que resulte del respectivo proceso tendrá personería jurídica.

Artículo 75. *Alcance, derogatorias e interpretación.* La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en particular las siguientes: los artículos 3° 6°, 7° y 8° de la Ley 32 de 1979; la expresión: "En todo caso, las sociedades comisionistas miembros de la bolsa tendrán derecho a una participación mayoritaria en el Consejo Directivo" del literal c) del numeral 2 del artículo 2°; el artículo 6°, numeral 1 del artículo 15, el parágrafo del artículo 13, el artículo 20, el inciso 4° del artículo 23 y los incisos 1° y 2° del artículo 26 de la Ley 27 de 1990; el artículo 4° y los incisos 3°, 4° y 5° del artículo 33 de la Ley 35 de 1993; los artículos 57 y 64 de la Ley 510 de 1999; los artículos 27 y 28 del Decreto 2969 de 1960; los artículos 3°, 15, 16 y 18 del Decreto 1167 de 1980; los artículos 5°, 6°, 7° y 18 del Decreto 1169 de 1980; los artículos 1° y 2° del Decreto 1688 de 1990; los numerales 3, 6, 7, 10, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 27, 28, 36, 39 y 41 del artículo 3° del Decreto 2739 de 1991; el literal a) del artículo 3° del Decreto 437 de 1992, los artículos 1° y 2° del Decreto 1399 de 1993; el artículo 1° del Decreto 1168 de 1993; el inciso 3° del artículo 12 del Decreto Ley 1299 de 1994, el inciso primero del artículo 102 y el artículo 103 del Decreto 2150 de 1995.

(...)

Parágrafo 5°. La presente ley deroga las siguientes disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: La expresión "y agencias colocadoras de seguros" del artículo 325, numeral 2, literal a) y el parágrafo 2° de dicho artículo, artículo 326 numeral 3 literales c), d), inciso 1 del literal e), f), g), h) y k); y numerales 6 y 7; artículo 327 numerales 1, 3, 4, 5, 6 y 7; artículos 328, 329, 330, 331, 332, 333 y 334; y artículo 337 numerales 1 y 7.

(...)

Artículo 78. Será aplicable a los traspasos de acciones inscritas en Bolsas de Valores el numeral 7 del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollen, complementen o modifiquen. En este evento el emisor aplicará las referidas normas y la cuantía se calculará con base en el último precio de la acción registrado en bolsa.

(...)

Artículo 85 (nuevo). El literal a) del numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero quedará así:

"Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades. Esta misma facultad será ejercida por la Superintendencia de Valores respecto de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia permanente.

Artículo 86. Vigencia. La presente ley entrará a regir a partir de su promulgación, con excepción de lo dispuesto en los artículos 21 y 22 en lo que hace relación al Defensor del Cliente, el cual entrará a regir seis (6) meses después de la promulgación, el inciso 1° del parágrafo quinto del artículo 75 el cual entrará a regir tres (3) meses después de la promulgación, lo dispuesto en el artículo 25, para las entidades que a la entrada en vigencia de la presente ley no se encuentren obligadas a autorregularse, y en el artículo 45, los cuales entrarán a regir un (1) año después de la promulgación, lo dispuesto en el artículo 8°, el cual entrará a regir dos (2) años después de la promulgación, salvo cuando tenga lugar lo dispuesto en el artículo 74, evento en el cual se aplicará lo allí previsto.

(...).

*PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL SECUESTRO
Y SUS FAMILIAS - INTERRUPCIÓN DE PLAZOS Y
TÉRMINOS DE VENCIMIENTO DE OBLIGACIONES
DINERARIAS - PAGO DE PENSIÓN AL SECUESTRADO*

Congreso de la República

Ley 986 de 2005*
(agosto 26)

Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

Decreta:

TÍTULO I
SISTEMA DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL SECUESTRO

CAPÍTULO I
Objeto y definiciones

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* La presente ley tiene por objeto establecer, en virtud del principio de solidaridad social y del cumplimiento de los deberes del Estado consagrados en la Constitución Política, un sistema de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, los requisitos y procedimientos para su aplicación, sus instrumentos jurídicos, sus destinatarios, y los agentes encargados de su ejecución y control.

Artículo 2°. *Destinatarios de los instrumentos de protección.* Los instrumentos que esta ley consagra tienen por objeto proteger a la víctima del secuestro, a su familia y a las personas que dependan económicamente del secuestrado. Asimismo, los instrumentos de protección definidos en los Capítulos I y IV del Título II de esta ley tendrán aplicación para el caso de la empresa unipersonal cuyo titular sea una persona secuestrada.

Para los efectos de esta ley, cuando se utilicen las expresiones "secuestrado" y "víctima de secuestro", se entenderá que se hace referencia a la víctima de un delito de secuestro, según se desprenda del proceso judicial adelantado por la autoridad judicial competente.

* Diario Oficial 46.015 de 2005.

CAPÍTULO II

Mecanismos de acceso al sistema de protección y medidas de control

Artículo 3°. *Acceso al sistema.* Para acceder a los instrumentos de protección previstos en la presente ley, se requerirá:

1. La certificación expedida por la autoridad judicial competente prevista en el artículo 5° de la presente ley.
2. Acreditar la condición de curador provisional o definitivo de los bienes del secuestrado, en los términos de los artículos 5° y 26 de la presente ley.
3. Inscripción en el registro de los beneficiarios que para el efecto llevará la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Lucha contra el Secuestro y demás atentados contra la Libertad Personal, Conase, o quien haga sus veces, quien expedirá las respectivas constancias.
4. Acreditar ante la Secretaría Técnica del Conase, cuando resulte pertinente, la renovación de la primera certificación expedida por la autoridad judicial competente.

Parágrafo 1°. En el evento que la víctima del secuestro recobre su libertad, podrá solicitar en nombre propio los instrumentos de protección consagrados en la presente ley a los que haya lugar, previo el cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 1 y 3 de este artículo.

Parágrafo 2°. Cuando la víctima de secuestro sea empresario(a) de una empresa unipersonal, a la respectiva persona jurídica le serán aplicables las normas definidas en los Capítulos I y IV del Título II de esta ley. Para el efecto, el curador de bienes del secuestrado, además de los requisitos definidos en este artículo, deberá presentar el certificado de la Cámara de Comercio en el que conste la existencia de la empresa unipersonal y que el secuestrado sea el titular de la misma.

Parágrafo 3°. En todo caso, el acceso a los instrumentos de protección supone el cumplimiento del deber constitucional y legal de los interesados de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Parágrafo 4°. El registro de beneficiarios empezará a funcionar a partir de la entrada en vigencia de esta ley bajo la dirección y control de la Secretaría Técnica del Conase. Sin embargo, el Gobierno Nacional reglamentará procedimientos adicionales para permitir la inscripción en el registro bajo un esquema de descentralización territorial, en el que podrán intervenir las autoridades locales, judiciales o con funciones de policía judicial, sin que ello signifique la creación de nuevos cargos o erogaciones para tales entidades, y sin perjuicio de las competencias de la Secretaría Técnica del Conase definidas esta ley.

Artículo 4°. *Operatividad del sistema.* Para efectos de activar el sistema al que hace referencia la presente ley, el interesado deberá obtener la certificación judicial a que hace referencia el artículo 5° siguiente.

Una vez obtenida esta certificación se deberá iniciar el proceso de declaración de ausencia, con el fin de obtener el nombramiento de un curador provisional o definitivo de los bienes del secuestrado.

Adquirida la condición de curador provisional o definitivo de los bienes de la víctima de secuestro, dicho curador solicitará a la Secretaría Técnica del Conase, o quien haga sus veces, su inscripción en el registro único de beneficiarios del sistema de protección a que hace referencia la presente ley. Al momento de la inscripción, el curador deberá informar los instrumentos de esta ley a los cuales está interesado en acceder para su inclusión en el registro único de beneficiarios.

En caso de que la víctima recobre su libertad, podrá solicitar directamente su inscripción en el registro para acceder a los instrumentos de protección aplicables posteriores al secuestro.

Realizado el registro, la Secretaría Técnica del Conase o quien haga sus veces expedirá las constancias que sean necesarias con el propósito de que el curador provisional o definitivo o la víctima misma del secuestro puedan iniciar los trámites necesarios ante las entidades competentes para que le sean otorgados los beneficios respectivos.

Artículo 5°. *Certificación judicial.* Para acceder a los instrumentos de protección previstos en la presente ley, la autoridad judicial competente que investiga o que tiene el conocimiento del caso, deberá expedir, a solicitud del interesado, una certificación por escrito en la que conste que se encuentra en curso una investigación o un proceso judicial por el delito de secuestro.

Esta certificación sólo podrá ser expedida si de los elementos materiales probatorios recogidos y asegurados legalmente o de la información obtenida, la autoridad judicial competente pueda inferir razonablemente que la conducta delictiva que se investiga o juzga es la de un presunto delito de secuestro.

Esta certificación sólo se expedirá a solicitud de cualquiera de los legitimados para adquirir la condición de curador provisional o definitivo de bienes contemplados en el artículo 26 de la presente ley.

La certificación judicial tendrá una vigencia de tres (3) meses. El interesado deberá solicitar su renovación periódica a efectos de mantener el derecho a acceder a los instrumentos de protección previstos en la presente ley.

Una vez la víctima del secuestro recobre la libertad, estará en la obligación de informar esta novedad a las autoridades judiciales competentes. Dicha obligación recae también en el curador provisional o definitivo de bienes. En todo caso, si llegare a conocimiento de la autoridad judicial competente la liberación de la víctima, esta deberá informar inmediatamente a la Secretaría Técnica del Conase, o quien haga sus veces, para que se haga la anotación respectiva en el registro único de beneficiarios.

Para el acceso a los instrumentos de protección aplicables una vez el secuestrado recobre su libertad, se expedirá una nueva certificación que tendrá validez durante el período contemplado por la ley para la vigencia de los beneficios a los que haya lugar.

Artículo 6°. *Registro único de beneficiarios.* Corresponde a la Secretaría Técnica del Conase, o quien haga sus veces, llevar el registro único de beneficiarios de los instrumentos de protección previstos en la presente ley. Para el ingreso y permanencia en el registro, el

interesado deberá dar cumplimiento a los requisitos exigidos en los artículos 3° y 5° de la presente ley.

El registro único de beneficiarios hará parte del Centro Nacional de Datos sobre Secuestro, Extorsión y demás Atentados contra la Libertad Personal, creado por la Ley 282 de 1996.

Artículo 7°. *Medidas de control.* La Secretaría Técnica del Conase, o quien haga sus veces, tendrá a su cargo el control y seguimiento del acceso, permanencia y cancelación del registro único de beneficiarios. Para el efecto, podrá realizar cruces de información periódicos con otras entidades públicas o privadas.

Artículo 8°. *Obligación de reportar.* La obligación de los fiscales delegados ante el Gaceta de comunicar de manera inmediata la iniciación de las investigaciones previas e informar sobre el desarrollo de las mismas, prevista en el literal c) del artículo 6° de la Ley 282 de 1996, se hará extensiva a todas las autoridades judiciales competentes que asuman la indagación, investigación o conocimiento del delito de secuestro.

Artículo 9°. *Obligación de reporte en caso del uso indebido de los instrumentos de protección consagrados en esta ley.* Cualquier persona natural o jurídica, o autoridad que tenga conocimiento del uso indebido de los mecanismos consagrados en la presente ley, deberá informar de esta situación a la Secretaría Técnica del Conase o quien haga sus veces, sin perjuicio de la información que deba suministrarse ante la autoridad judicial competente.

TÍTULO II INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL SECUESTRO Y SUS FAMILIAS

CAPÍTULO I El secuestro como causal eximente de responsabilidad civil

Artículo 10. *Secuestro como fuerza mayor o caso fortuito.* Todo secuestro se tendrá como causal constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito para el secuestrado. Se presumirá sin necesidad de declaratoria judicial que la privación de libertad en tal circunstancia reviste las características de imprevisibilidad y de irresistibilidad. Tal presunción sin declaratoria judicial procederá exclusivamente para los efectos patrimoniales y sociales definidos en esta ley en beneficio de la víctima de secuestro.

Parágrafo. Para los efectos aquí previstos se entiende que el deudor secuestrado no se hace responsable del caso fortuito. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Artículo 11. *Interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias.* Se interrumpirán para el deudor secuestrado, de pleno derecho y retroactivamente a la fecha en que ocurrió el delito de secuestro, los términos de vencimiento de todas sus obligaciones dinerarias, tanto civiles como comerciales, que no estén en mora al momento de la ocurrencia del secuestro. Las respectivas interrupciones tendrán efecto durante el tiempo de cautiverio y se mantendrán durante un período adicional igual a este, que no podrá ser en ningún caso superior a un año contado a partir de la fecha en que el deudor recupere su libertad. También cesarán los efectos de las interrupciones desde la fecha en que se establezca la ocurrencia de la muerte real o se declare la muerte presunta del deudor secuestrado.

En consecuencia, los respectivos acreedores no podrán iniciar el cobro prejudicial o judicial de dichas obligaciones, ni contra el deudor principal secuestrado, ni contra sus garantes ni contra sus codeudores no beneficiarios del crédito que tengan la calidad de garantes.

Igual tratamiento tendrán las obligaciones que se deban pagar mediante cuotas periódicas. Si el deudor secuestrado se halla en mora de pagar alguna o algunas de estas, la interrupción de los plazos de vencimiento a que se refiere el presente artículo sólo se dará respecto de las cuotas que aún no se encuentren vencidas.

Parágrafo 1°. Durante el período de interrupción definido en este artículo, los acreedores no podrán aplicar cláusulas aceleratorias por la mora en el pago de las cuotas vencidas.

Parágrafo 2°. Una vez el deudor recupere su libertad, este y sus acreedores deberán reestructurar, renegociar o si fuese necesario novar la obligación, en condiciones de viabilidad financiera para dicho deudor, que permitan su recuperación económica.

Parágrafo 3°. Las obligaciones que se encontraren en mora al momento de la ocurrencia del secuestro, podrán gozar del beneficio previsto en el presente artículo, siempre y cuando se pongan al día a la fecha en que el deudor fue privado de su libertad.

Parágrafo 4°. No podrán ser incluidos en las bases de datos de las centrales de información financiera los deudores secuestrados beneficiarios de esta ley. Asimismo, deberán ser excluidos de dichas bases de datos quienes se encuentren en las circunstancias descritas en el parágrafo anterior.

Artículo 12. *Interrupción de términos y plazos de obligaciones de hacer y de dar, diferentes a las de contenido dinerario.* Los plazos de las obligaciones de dar diferentes a las de contenido dinerario o de hacer que no se hallen en mora y que tuviera vigentes el deudor secuestrado al momento de la privación de la libertad, se interrumpirán de pleno derecho por el término de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que ocurrió el delito de secuestro.

Si transcurridos estos términos, el deudor o contratista no ha recuperado su libertad, o no se ha establecido su muerte, el acreedor podrá perseverar en el contrato que dio origen a la obligación o desistir de él, y en ambos casos sin derecho a indemnización de perjuicios. El acreedor estará obligado a declarar su determinación por escrito, en el título respectivo; en caso de que no lo haga, se presumirá que desistió del contrato.

En caso de que el acreedor desista del contrato, la obligación se extinguirá de pleno derecho y procederán las restituciones mutuas en los términos de los artículos 1544 y 1545 del Código Civil.

Si el acreedor decide perseverar en el contrato, la interrupción de los plazos tendrá efecto durante el tiempo de cautiverio y se mantendrá durante un período adicional igual a este, que no podrá ser en ningún caso superior a un año contado a partir de la fecha en que el deudor recupere su libertad. También cesará el efecto de la interrupción desde la fecha en que se establezca la ocurrencia de la muerte o se declare la muerte presunta del deudor secuestrado.

Estando interrumpidos los plazos de las obligaciones de que trata este artículo, los acreedores no podrán iniciar el cobro judicial de las mismas contra el deudor principal secuestrado, ni contra sus garantes ni sus codeudores que tengan la calidad de garantes.

Artículo 13. *Interrupción de términos y plazos de toda clase.* Durante el tiempo del cautiverio estarán interrumpidos los términos y plazos de toda clase, a favor o en contra del secuestrado, dentro de los cuales debía hacer algo para ejercer un derecho, para no perderlo, o para adquirirlo o recuperarlo.

Lo anterior no obsta para que, excepcionalmente cuando circunstancias extraordinarias lo exijan, y con el propósito de proteger derechos en riesgo inminente de la persona secuestrada, además del curador de bienes, el agente oficioso o cualquier otra figura procesal instituida para estos efectos puedan ejercer todas las acciones que sean necesarias para garantizar dicha protección.

Artículo 14. *Suspensión de procesos ejecutivos.* Adiciónese al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil el siguiente inciso:

"Los procesos ejecutivos en contra de una persona secuestrada originados por la mora causada por el cautiverio, y los que se encuentren en curso al momento de entrar en vigencia la presente ley, se suspenderán de inmediato, quedando legalmente facultado el curador de bienes del secuestrado para pedir la suspensión al juez competente, para lo cual le bastará demostrar el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 3° de esta ley, y acreditar su calidad de curador y acreditar su calidad de curador, ya sea provisional o definitivo, con la copia auténtica de la providencia judicial que lo designa. Esta suspensión tendrá efecto durante el tiempo de cautiverio y se mantendrá durante un período adicional igual a este, que no podrá ser en ningún caso superior a un año contado a partir de la fecha en que el deudor recupere su libertad. El juez que actúe en contravención de lo aquí estipulado, incurrirá en causal de mala conducta".

CAPÍTULO II

Pago de salarios, honorarios, prestaciones sociales y pensiones del secuestrado

Artículo 15. *Pago de salarios, honorarios y prestaciones sociales del secuestrado.* El empleador deberá continuar pagando el salario y prestaciones sociales a que tenga derecho el secuestrado al momento de ocurrencia del secuestro, ajustados de acuerdo con los aumentos legalmente exigibles. También deberá continuar este pago en el caso de servidores públicos que no devenguen salarios sino honorarios. Dicho pago deberá realizarse al curador provisional o definitivo de bienes a que hace referencia el artículo 26 de la presente ley. Este pago se efectuará desde el día en que el trabajador, sea este particular o servidor público, haya sido privado de la libertad y hasta cuando se produzca una de las siguientes condiciones:

1. En el caso de trabajador con contrato laboral a término indefinido, hasta cuando se produzca su libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta.
2. En el caso de trabajador con contrato laboral a término fijo, hasta el vencimiento del contrato, o hasta cuando se produzca su libertad o se compruebe la muerte o se declare la

muerte presunta si alguno de estos hechos se produce con anterioridad a la fecha de terminación del contrato.

3. En el caso de servidor público hasta cuando se produzca su libertad, o alguna de las siguientes circunstancias: Que se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del período constitucional o legal, del cargo.

4. El cumplimiento de la edad y los requisitos para obtener la pensión, caso en el cual corresponde al curador iniciar los trámites para solicitar su pago.

No podrá reconocerse un pago de salario u honorarios superior a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, excepto en aquellos casos de secuestro ocurridos con anterioridad a la expedición de esta ley en los que se mantendrán las condiciones laborales previamente establecidas.

El empleador deberá continuar pagando las prestaciones sociales del secuestrado, atendiendo a las reglas de pago señaladas en los numerales 1 al 4, así como también los aportes al sistema de seguridad social integral.

Parágrafo 1°. Al secuestrado con contrato laboral vigente al momento que recobre su libertad, se le deberá garantizar un período de estabilidad laboral durante un período mínimo equivalente a la duración del secuestro, que en todo caso no exceda un año, contado a partir del momento que se produzca su libertad. Igual tratamiento tendrán los servidores públicos, salvo que el secuestrado cumpla la edad de retiro forzoso, o que se cumpla el período constitucional o legal del cargo. También se exceptúan de este beneficio a las demás personas que cumplan con la edad y requisitos para obtener pensión, tal como lo dispone el numeral 4 de este artículo. Lo anterior no obsta para que, si llegare a ser necesario, durante el período de estabilidad laboral se dé aplicación a las causales legales de terminación del vínculo laboral por justa causa o tenga lugar la remoción del cargo con ocasión del incumplimiento de los regímenes disciplinario, fiscal o penal según el caso.

Parágrafo 2°. Por regla general, el curador provisional o definitivo de bienes deberá destinar en forma prioritaria los dineros que reciba en virtud de lo dispuesto en este artículo, para atender las necesidades de las personas dependientes económicamente del secuestrado.

Parágrafo 3°. En el evento contemplado en el numeral 2 de este artículo y en el caso del cumplimiento del período constitucional o legal del cargo en el caso de servidores públicos, el fiscal o el juez competente podrán determinar la continuidad en el pago de los salarios u honorarios más allá del vencimiento del contrato o del período correspondiente, y hasta tanto se produzca la libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta del secuestrado, si al ponderar los elementos de juicio a su alcance, infiere que entre el desempeño del trabajador como servidor público o particular y las causas del secuestro existe un vínculo inescindible.

Parágrafo 4°. Los miembros de la fuerza pública secuestrados mantendrán su sueldo básico asignado y un promedio de los haberes devengados durante los últimos tres (3) meses. El tiempo que duren privados de su libertad será contabilizado como tiempo de servicios. Los miembros de la fuerza pública secuestrados serán ascendidos cuando cumplan el tiem-

po reglamentario. Al cónyuge y los hijos de los miembros de la fuerza pública secuestrados se les reconocerán los derechos adquiridos en materia de salud, educación y servicios sociales.

Artículo 16. *Pago de pensión al secuestrado.* Para el caso del secuestrado con derecho al pago de la pensión, el curador provisional o definitivo de bienes recibirá y administrará los dineros respectivos.

Si durante el tiempo de cautiverio un secuestrado adquiriese el derecho a pensión, el curador provisional o definitivo de bienes podrá adelantar todos los trámites necesarios para lograr el reconocimiento y pago de la respectiva pensión.

CAPÍTULO III

Instrumentos de protección en materia de salud y educación

(...)

Artículo 19. *Instrumentos de protección en materia de educación.* Se deberá asegurar la continuidad en el acceso a la educación de los hijos de un secuestrado, menores de edad o los que siendo mayores dependan económicamente de este, en los niveles de preescolar, básica, media y superior. Para el efecto se podrá acceder a uno o más de los siguientes beneficios:

(...).

3. Prelación en el acceso a créditos del Icetex: El Icetex deberá dar prelación y facilitar la asignación de créditos educativos a los hijos de un secuestrado, menores de edad o los que siendo mayores dependan económicamente de este.

(...)

SANCIONES

Artículo 22. *Exclusión del sistema.* El que, en beneficio propio o de un tercero, y para acceder a los instrumentos de protección previstos en la presente ley, ingrese fraudulentamente al sistema de protección a las víctimas del secuestro, o de igual manera se mantenga en el mismo, perderá el derecho a estos, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes a que hubiere lugar.

Artículo 23. *Sanción administrativa a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.* Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria están obligadas a dar cabal cumplimiento a la protección que mediante esta ley se establece a favor de las personas secuestradas que, al momento de la privación de la libertad, tuvieren obligaciones crediticias vigentes. El incumplimiento de este deber legal, además de la ineficacia de la operación efectuada en abierta violación a lo estipulado en el artículo 12 de esta ley, dará lugar a la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia Bancaria, a la entidad vigilada respectiva, las cuales podrán consistir en sanciones de multa en los términos de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo adicionen o lo reformen, y si la gravedad de la infracción así lo amerita, a la remoción del funcionario responsable.

(...)

Artículo 25. Sanción disciplinaria. El servidor público que no acate las disposiciones de la presente ley u obstaculice o retarde el reconocimiento de los instrumentos de protección consagrados en esta ley o en los trámites necesarios para el acceso a estos, incurrirá en causal de mala conducta que se valorará y sancionará de conformidad con lo dispuesto en el régimen disciplinario aplicable.

TÍTULO IV OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 26. El artículo 23 de la Ley 282 de 1996 quedará así:

"Artículo 23. Declaración de ausencia del secuestrado. El proceso de declaración de ausencia de una persona que ha sido víctima de secuestro se adelantará ante el juez de familia del domicilio principal del ausente en cualquier momento después de la ocurrencia del secuestro y hasta antes de la declaratoria de muerte presunta.

Estarán legitimadas para ejercer la curaduría de bienes, en su orden, las siguientes personas: el cónyuge o compañero o compañera permanente, los descendientes incluidos los hijos adoptivos, los ascendientes incluidos los padres adoptantes y los hermanos. En caso de existir varias personas en el mismo orden de prelación, el juez, oídos los parientes, elegirá entre ellas la que le pareciere más apta, y podrá también, si lo estima conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones.

La demanda podrá ser presentada por cualquiera de las personas llamadas a ejercer la curaduría y en ella se incluirá la relación de las demás personas de quienes se tenga noticia sobre su existencia y que en virtud de lo dispuesto en el presente artículo podrían ejercerla. La declaración se entenderá rendida bajo la gravedad del juramento. A la demanda deberá anexarse la certificación vigente a que hace referencia el artículo 5° de la presente ley. Se podrá actuar directamente sin necesidad de constituir apoderado judicial.

En el auto admisorio de la demanda se procederá a nombrar curador de bienes provisional a la persona llamada a ejercer el cargo, pero si se rechaza el encargo, o no se presentare ninguna persona legitimada para ejercerlo, o si de común acuerdo todas las personas que tienen vocación jurídica para ejercer la curaduría lo solicitan, el juez podrá encargar la curaduría a una sociedad fiduciaria que previamente haya manifestado su interés en realizar dicha gestión.

El juez que no se ciña al procedimiento aquí señalado o que de cualquier manera actúe en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

En lo no previsto en el presente artículo se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil".

Artículo 27. *Aplicación de los instrumentos de protección.* Los instrumentos de protección consagrados en la presente ley serán aplicables a los secuestrados que al momento de entrada en vigencia de la misma se encuentren aún en cautiverio, así como a quienes sean secuestrados a partir de esa fecha. También podrán acceder a los instrumentos de protección aplicables con posterioridad al secuestro aquellas personas que han recobrado la libertad y se encuentran dentro de los términos establecidos por la presente ley para cada uno de dichos instrumentos.

Artículo 28. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

*LIQUIDACIÓN - ENTIDAD FINANCIERA PÚBLICA -
ACTOS DE GESTIÓN DEL LIQUIDADOR -
RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN*

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Concepto del 23 de junio de 2005. Radicación 1.649.

Síntesis: *Los actos de gestión del liquidador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero -en liquidación- se rigen por el derecho privado y por disposición expresa del legislador están sujetos al control de la jurisdicción ordinaria. Como la entidad hace parte del sector financiero, en la contratación que realice en orden a su liquidación final debe aplicar normas propias de la liquidación de entidades de este sector previstas en el EOSF.*

«(...)

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud de la gerencia de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero -en liquidación-¹, formuló consulta a la Sala sobre el régimen de contratación aplicable a las operaciones que realicen las entidades financieras de carácter estatal en liquidación.

Al efecto, formuló las siguientes preguntas:

"1. ¿De qué naturaleza jurídica son los actos de gestión que realiza la liquidadora de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación? Son actos de naturaleza privada, como los define el EOSF en los artículos 293, num. 2, inciso 3º y 295 num. 3, o, por el contrario, son de naturaleza pública como lo afirma la Contraloría General de la República?

"2. ¿Dada su naturaleza de entidad del sector financiero, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, debe aplicar en la contratación que debe desarrollar en orden a su liquidación final las normas propias de la liquidación de entidades de este sector previs-

1 Superintendencia Bancaria. Resolución 1726 de 1999, por la cual se dispuso la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, así como su liquidación.

tas en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero? ¿O, por el contrario, debe darle aplicación a las normas generales del Estatuto de Contratación Estatal?

"3. ¿En la eventualidad de que se concluya por esa H. Sala que debe aplicarse el Estatuto de Contratación Estatal a la Contratación realizada por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, cómo se hacen compatibles los términos y trámites señalados en la Ley 80 de 1993 con las necesidades legales de rapidez y agilidad previstas en el artículo 117 del EOSF?

"4. Cómo se interpreta el contenido del artículo 1º, inciso 2º del Decreto-Ley 254 de 2000? En qué eventos se da aplicación a esta preceptiva? ¿Cuándo se debe acudir a la aplicación de las reglas del EOSF en la liquidación de entidades públicas?

Como antecedente de la consulta, el señor Ministro cita algunos conceptos emitidos por la Contraloría General de la República², el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras³, y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, en los cuales, se pone en evidencia la controversia jurídica que se ha generado en torno al régimen contractual aplicable a las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal en proceso de liquidación.

A continuación, brevemente se presentan los argumentos que se plantearon en una mesa de trabajo organizada por la Contraloría General de la República, con el fin de analizar, entre otros temas el de la aplicación de la Ley 80 de 1993 en entidades financieras públicas en liquidación, cuyas memorias se aportaron a la solicitud de consulta.

POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS ENTIDADES FINANCIERAS PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN ES LA LEY 80 DE 1993.

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, de acuerdo con el acto de su creación, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, autorizada para realizar actos propios de un establecimiento de crédito, por lo cual, en condiciones normales y en desarrollo del giro ordinario de los negocios, se rige por las reglas del sector financiero y/o del derecho privado.

En virtud de lo establecido en el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴, en adelante -EOSF- se debe entender que la toma de posesión de una entidad financiera se rige por las normas especiales de este estatuto, en lo referente al manejo de los activos de la sociedad y demás aspectos atinentes al objeto social; pero como nada se señaló en el citado estatuto respecto del régimen de contratación para las entidades financieras públicas a partir de la toma de posesión, debe seguirse la regla general, esto es, que las

2 Oficina Jurídica. Oficio 11-4120 0197. Oficio 80112 3254 del 26 de noviembre de 2003. Oficio 80112 2004EE40582 del 15 de octubre de 2004.

3 Oficio DLQ-1673 del 14 de marzo de 2000.

4 Modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999.

normas de derecho privado sólo se aplican en cuanto al giro ordinario de los negocios pero no para los contratos celebrados para el funcionamiento administrativo de la entidad, a los cuales se debe aplicar las normas del Estatuto de Contratación Pública.

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero hasta su actuación final en el mundo jurídico, tendrá la naturaleza de Sociedad de Economía Mixta de orden financiero, no obstante al entrar en liquidación cesan las actuaciones relacionadas con el giro ordinario de sus negocios, pero continua realizando las actuaciones necesarias para su funcionamiento, hasta tanto se produzca el acto final de liquidación. Es decir, deberá adquirir bienes, servicios y realizar diversos negocios jurídicos constitutivos de obligaciones para una cabal y adecuada liquidación. Sin duda que éstas nada tienen que ver con el giro ordinario de las actividades objeto de la Caja Agraria, por lo tanto, deberán regirse por el Estatuto de Contratación Administrativa -Ley 80 de 1993-, de conformidad con lo establecido en el numeral 1, literal a) del artículo 2º ibídem.

POSICIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS ENTIDADES FINANCIERAS PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN ES EL CONTENIDO EN EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO.

El numeral 2 del artículo 293 del EOSF, establece las normas aplicables a los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y las disposiciones especiales que regulan las actuaciones de los liquidadores. En virtud de esta disposición, la realización de activos y los demás actos de gestión del liquidador se regirán por las normas de derecho privado aplicables a la naturaleza del asunto.

Como la norma -artículo 293 EOSF- no establece excepciones de ninguna naturaleza se considera que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero -en liquidación- debe proceder de conformidad con lo estipulado para el caso en el EOSF, manteniendo en su contratación estrictos parámetros de transparencia y objetividad en la selección de las mejores ofertas, buscando siempre el beneficio de los acreedores.

POSICIÓN DE LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO - EN LIQUIDACIÓN-. LOS ACTOS Y CONTRATOS DEL LIQUIDADOR DE RÍGEN POR LO PREVISTO EN EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO.

El Estado a partir de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios que conforman la masa liquidatoria, pierde competencia para administrar y disponer de los activos sociales.

El agente liquidador, está sujeto a un régimen excepcional previsto en el EOSF, bajo el cual debe efectuar "la pronta realización de los activos, preservando la igualdad entre los acreedores," sin perjuicio de las disposiciones que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

El EOSF es aplicable tanto para las liquidaciones forzosas como para las voluntarias, de entidades financieras públicas. En los artículos 293 (2) y 295 de dicho estatuto se establecen las normas aplicables a los actos del liquidador cuando ejerce funciones públicas y cuando lo hace como gerente liquidador.

Los actos de gestión relacionados con la conservación, administración y venta de activos en cabeza de la entidad (masa), son actos que se rigen por el derecho privado y las controversias o litigios que se originen en los contratos que celebre, se resuelven por la justicia ordinaria, según la naturaleza del litigio (laboral, civil, comercial).

Como quiera que la capacidad de una entidad en liquidación está definida por la ley, todos los actos y contratos de gestión que celebra el liquidador para el cumplimiento y desarrollo del proceso de liquidación, son necesariamente conexos con tal objeto social, por lo cual a ellos debe aplicarse la excepción consagrada en la ley, y por lo mismo, no se aplica el régimen contractual de la Ley 80 de 1993.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LAS ENTIDADES FINANCIERAS DE CARÁCTER PÚBLICO. GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS. CONTRATOS CONEXOS.

Tal y como se expuso en el Concepto 1488 del 29 de mayo de 2003, emitido por esta Sala en relación con los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las instituciones financieras de carácter estatal, la existencia de un régimen especial en materia de contratación aplicable a tales entidades, obedece a la naturaleza reglada de las operaciones de interés público que éstas realizan en el mercado.

En efecto, al estudiar el alcance del párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de la reglamentación del mismo -Decreto 679 de 1994 -artículo 21- en materia de contratos conexos con el giro ordinario de las actividades propias de este tipo de entidades, la Sala realizó algunas consideraciones, que constituyen el punto de partida para el análisis del tema propuesto en esta oportunidad, en la medida en que el problema jurídico consiste en determinar el régimen contractual aplicable cuando estas entidades entran en liquidación.

La Sala en el Concepto 1488 de 2003, al respecto señaló:

- "Existe un régimen mixto, de derecho público y de derecho privado, aplicable a las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal en su contratación.
- El párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagró un régimen de excepción aplicable a los contratos que celebren las entidades financieras estatales que correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social, el cual, se extiende a los contratos conexos con dicho giro.
- Corresponde al giro ordinario de los negocios todos los actos y contratos relativos a la actividad principal, consignados en el acto de constitución y aquellos sin los cuáles la actividad económica no se podría concretar, los cuales, dada la naturaleza reglada del mismo, están definidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- Un acto simplemente es o no es del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, según esté dentro de la actividad principal o se requiera para realizarla o no tenga ninguna relación con ella. Es un análisis teleológico o finalístico el que tiene que hacerse para mirar un acto o contrato, en relación con el giro de los negocios de una empresa. Esa teleología o motivación puede estar explícita en el acto o contrato o puede estar implícita por los efectos materiales económicos y patrimoniales (inversión o gasto) relacionados con ese objeto principal.

- Los contratos que deben celebrar los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal que tiendan a satisfacer necesidades comunes a cualquier entidad, no relacionadas con el giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, deben registrarse por el Estatuto General de Contratación Estatal y no por las reglas del derecho privado, pues la excepción legal no las cobija."

Los presupuestos anteriores permiten afirmar que el legislador consciente del papel que tiene el sector financiero para la economía y, concretamente del que cumplen los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, estableció un régimen especial para los contratos que celebren en ejercicio de las actividades que desarrollan. Resta, ahora determinar si cuando entran en un proceso de liquidación ese régimen sigue siendo de carácter especial, o si por el contrario, es el régimen general contenido en la Ley 80 de 1993 el aplicable a la contratación.

En orden a resolver el problema jurídico, metodológicamente la Sala analizará: el ámbito de aplicación del régimen general de liquidación de entidades públicas -Decreto Ley 254 de 2000- por el cual se pretendió otorgar un tratamiento uniforme a los procesos de liquidación de entidades del Estado; y el régimen aplicable a los procesos de liquidación forzosa administrativa y a los actos y contratos del liquidador contenido en el EOSF.

2. DECRETO LEY 254 DE 2000. RÉGIMEN PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL.

Mediante la Ley 573 de 2000, el legislador facultó al gobierno nacional para expedir el régimen de liquidación de las entidades estatales, cuyo objetivo fue establecer un procedimiento uniforme aplicable a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución.⁵

En desarrollo de estas facultades, se expidió el Decreto Ley 254 de 2000, que estableció el régimen aplicable a la liquidación de entidades públicas del orden nacional⁶, cuyo ámbito de aplicación se definió en los siguientes términos:

"Artículo 1° Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución.

En lo no previsto en el presente decreto deberán aplicarse, en lo pertinente, las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

5 Gaceta del Congreso 345 del 5 de octubre de 1999, p. 5. "se requiere establecer un procedimiento general aplicable a los procesos de liquidación de las entidades estatales, inexistente al momento presente, cuyo rango normativo de carácter legal le dé la certeza y precisión requeridas al efecto. Con dicha normatividad podría garantizarse que las entidades efectúen sus procesos liquidatorios bajo parámetros uniformes y con estricta sujeción a criterios fijados para el efecto."

6 Actualmente se tramita en el Congreso el proyecto de Ley 136 de 2004-Senado, "por el cual se modifica el Decreto-Ley 254 de 2000, sobre el procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del orden nacional y se dictan otras disposiciones.", el cual, busca "mejorar la legislación existente a las entidades en liquidación, con el fin de instaurar un proceso más ágil y riguroso, dadas sus características y complejidad" -Ponencia para Segundo Debate en el Senado, Gaceta del Congreso 795 del 7 de diciembre de 2004, p.19-.

Parágrafo. *Aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, incluyendo las sociedades continuarán rigiéndose por ellas*". (Resaltado fuera de texto).

El artículo transcrito permite a la Sala identificar que la línea trazada por el legislador en materia de liquidación de entidades públicas se orientó a reconocer la existencia de regímenes especiales aplicables a éstas en razón a la naturaleza de las actividades que desarrollan.

En consecuencia, al margen de la discusión sobre las dificultades que rodean los procesos de liquidación de las entidades públicas, considera la Sala que el artículo 1° del decreto, sustrae de su ámbito de aplicación, a los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las instituciones financieras de carácter estatal, en tanto, éstas tienen un régimen especial que rige los procesos de toma de posesión y liquidación forzosa administrativa.

3. RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO, COMPAÑÍAS DE SEGUROS Y ENTIDADES FINANCIERAS EN LIQUIDACIÓN. BIENES JURÍDICAMENTE TUTELADOS.

Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, en concordancia con el artículo 335 de la Carta, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias.⁷

El interés general ínsito en la actividad financiera y la confianza del público, tutelados constitucionalmente, justifican la existencia de un régimen especial que regula la actividad de quienes están autorizados para operar en el mercado del ahorro, la inversión y el crédito, con el fin de evitar situaciones que pongan en juego la estabilidad del sector financiero y de la economía en general.

Este régimen está contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto Ley 633 de 1993-, en las normas que lo modifican y adicionan y en las disposiciones de derecho privado que les sean aplicables, el cual, regula la organización y funcionamiento de las instituciones del sector, el desarrollo de las operaciones autorizadas, las condiciones para su ejercicio, así como también, el procedimiento para la toma de posesión y liquidación de las entidades sometidas al control y vigilancia estatal, con el fin de proteger los intereses de la colectividad.

La Corte Constitucional, a propósito del régimen consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ha señalado que éste es "un marco normativo especial para la constitución y funcionamiento, así como también para la toma de posesión y los procesos de liquidación" de las instituciones financieras en general⁸, incluidas las del sector público.

7 Concordancia: Constitución Política. Artículo 150, numeral 19, literal d).

8 Corte Constitucional. Sentencia T-1679 de 2000.

En efecto, las entidades de carácter estatal autorizadas para operar en el sector financiero y asegurador hasta su extinción con ocasión del proceso de liquidación hacen parte de un sector que moviliza recursos de capital producto del ahorro y de la inversión, que como lo afirma la doctrina, mal puede abordarse, "con sistemas normativos ordinarios para tratar la suspensión de pagos de los comerciantes o para liquidar ordenadamente el patrimonio de una sociedad comercial."⁹

En este orden de ideas, resulta claro que al existir un régimen especial para este tipo de entidades que rige tanto el procedimiento de toma de posesión, como el proceso de liquidación y el régimen de los actos y contratos necesarios para extinguir la entidad, éste es el que se debe aplicar, con el fin de proteger hasta la extinción de la persona jurídica de que se trate, los bienes jurídicamente tutelados¹⁰, máxime cuando ésta es la etapa en la cual se pone realmente a prueba la confianza del público en el sistema financiero, pues su fracaso o su dilación puede causar desequilibrios económicos graves en los componentes de ahorro e inversión; razón de más que justifica la aplicación del régimen de liquidación consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuya formulación no se fundamenta en el carácter público o privado de las entidades que forman parte del sector, sino en la naturaleza de las actividades que realizan en el mercado.

4. PROCESO DE LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA DE ENTIDADES.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 293 del EOSF, el proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria serán adelantados por los liquidadores dentro de un término legal que de acuerdo con lo previsto en el artículo 117 del EOSF *"no podrá prolongarse por más de cuatro años"*¹¹ al cabo del cual se debe culminar la liquidación, ya que como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-248 de 1994, el proceso debe tender a *"evitar los prolongados estados de crisis interna y sus proyecciones sobre el sistema económico en general"*.

El artículo 117 del EOSF, modificado por el artículo 23 de la Ley 510 de 1999 señala entre los efectos de la decisión de liquidar una entidad del sector, la disolución de la misma y la formación de la masa de bienes.

La disolución de la persona jurídica, como lo expone la doctrina, implica: *"(...) el principio del fin de la compañía. (...) La capacidad de la compañía queda limitada a la celebración de actos que conduzcan*

9 MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Editorial Legis, p. 484.

10 Ley 57 de 1887. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

11 Concordancia. Decreto Reglamentario 2211 de 2004. Artículo 48. Reglas sobre la culminación del proceso de liquidación forzosa.

exclusivamente a la liquidación. (...) Así, pues, es al ente social al que le está vedado efectuar operaciones que no estén encaminadas a agotar el proceso liquidatorio".¹²

La formación de la masa de bienes, genera que éstos ya no están afectos a la explotación de la actividad económica, sino a servir de prenda común de los acreedores. Al respecto dispone el artículo 299 del EOSF.

"Artículo 299. *Masa de la liquidación.* 1. Masa de la liquidación. Integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad intervenida. (...)".

En concordancia con lo anterior, la capacidad jurídica de las entidades financieras públicas que se encuentran en procesos de liquidación, como sucede con la capacidad de cualquier ente societario se circunscribirá únicamente a los actos necesarios a la inmediata liquidación -actos necesarios para conformar la masa y hacer líquidos sus activos y cancelar los pasivos-.¹³

Así las cosas, el liquidador de una entidad financiera o del sector asegurador de carácter estatal que se encuentre en un proceso de liquidación forzosa administrativa tiene un ámbito de acción claramente delimitado en razón a la capacidad jurídica de la entidad y finalidad del proceso en el que se encuentra, ámbito que como lo explica la doctrina en materia de sociedades comerciales¹⁴, puede incluir la celebración de contratos que no se encontraban dentro del giro ordinario de los negocios, tal es el caso, de la venta de activos que estaban afectos a la actividad económica y que ahora, por efectos de la liquidación, hacen parte de la masa.

Precisión que resulta útil al analizar el alcance de la expresión actos de gestión, contenida en las normas sobre liquidación, puesto que en la etapa de liquidación, todos los actos y contratos deben estar directamente relacionados con la liquidación y con la capacidad jurídica que tiene la entidad durante esta etapa, so pena de la responsabilidad del liquidador.

4.1 ACTOS DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA DEL LIQUIDADOR

El liquidador de una entidad del sector financiero y asegurador -privada o de carácter estatal- desarrolla actos de naturaleza administrativa, en ejercicio de sus funciones de intervención¹⁵ y actos como gerente liquidador, más conocidos como actos de gestión.

12 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de Sociedades. Ediciones Doctrina y Ley. 1993. Página 18.

13 Código de Comercio. "Artículo. 222. *Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación.* En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto (...)."

14 "De manera resulta indudable que la capacidad de la sociedad disuelta si sufre alteración, aunque no necesariamente se disminuye. Por ello es acertada la aclaración que hace Joaquín Rodríguez -Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, México, Editorial Porrúa- en el sentido de que la liquidación, en cierto modo amplía y de cierta manera restringe la capacidad de la sociedad. La amplía porque podrán practicarse todos los actos necesarios para la liquidación, incluso la venta de los bienes sociales, que no podría realizarse normalmente; en cambio, hay la restricción a que antes nos referíamos, consistente en la prohibición de efectuar nuevas operaciones."

15 Consejo de Estado. Sección Primera. ACU 830, 30 de marzo de 2001. "El liquidador de un establecimiento bancario intervenido ejerce funciones públicas."

Entre los actos administrativos que expide el liquidador se encuentran los enunciados en el artículo 295 del EOSF, según el cual, constituyen por su naturaleza actos administrativos aquellos que se originen en *"las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos"*, los cuales están sujetos al derecho administrativo y al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Señala la doctrina sobre este particular:

"El agente especial así nominado cumple funciones públicas con carácter transitorio (artículo 295, ídem) y su actividad debe ser objeto de seguimiento por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, sin perjuicio de la vigilancia que sobre la entidad cumple la Superintendencia Bancaria (Ley 510 de 1999, artículo 24). En consecuencia, en estos casos se trata de funciones públicas a cargo de particulares, que se rigen por el derecho administrativo (artículo 295, ídem), conforme con la teoría objetiva y material del acto administrativo."¹⁶

Así las cosas, los actos del liquidador relativos a la rendición de cuentas, graduación de créditos, etc., en tanto son proferidos por éste en ejercicio de funciones administrativas están sujetos a los recursos y mecanismos de impugnación propios del derecho administrativo.¹⁷

4.2 ACTOS DE GESTIÓN DEL LIQUIDADOR.

El régimen especial aplicable a los actos de gestión está previsto en los artículos 293 y 295 del EOSF, en los siguientes términos:

"Artículo 293. Naturaleza y normas aplicables de la liquidación forzosa administrativa. (...) 2. Normas aplicables. Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria serán adelantados por los liquidadores y se registrarán en primer término por sus disposiciones especiales.

"En las cuestiones procesales no previstas en tales normas que correspondan a actuaciones orientadas a la expedición de actos administrativos se aplicarán las disposiciones de la parte primera del Código Contencioso Administrativo y los principios de los procedimientos administrativos.

"La realización de activos y de los demás actos de gestión se registrarán por las normas de derecho privado aplicables a la naturaleza del asunto. (...)."

"Artículo 295¹⁸ Régimen aplicable al liquidador y al contralor. 1. Naturaleza de las funciones del liquidador. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación. (...)

"3. Actos de gestión. Las controversias o litigios que se originen en hechos o actos de gestión del liquidador o en los contratos que celebre, serán resueltas por la jurisdicción ordinaria mediante el procedimiento que en cada caso corresponda, según la naturaleza del litigio. (...)"¹⁹

16 MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario. Legis, p. 487.

17 Corte Constitucional. Sentencia C-248 de 1994.

18 Modificado parcialmente por el artículo 28 de la Ley 510 de 1999.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-248 de 1994.

El artículo transcrito pone en evidencia que existe en la legislación financiera un régimen contractual especial -de derecho privado- aplicable a los contratos que celebre el liquidador de cualquier entidad financiera y del sector asegurador para cumplir con su cometido.

En opinión de esta Sala, la consagración de un régimen de derecho privado aplicable a los actos de gestión que celebre el liquidador obedece a la naturaleza y la finalidad del proceso de liquidación forzosa administrativa, que no es otra que la realización de los activos y el pago del pasivo dentro del término señalado en la disposición que ordene la toma de posesión con fines de liquidación, el cual, como quedó visto, no puede exceder de cuatro (4) años.

El régimen de derecho privado aplicable a los actos de gestión de todas las entidades financieras y del sector asegurador -privadas o de carácter estatal-, así concebido, es un instrumento legal que permite adelantar el proceso de liquidación de una entidad en crisis, con los menores traumatismos y dentro de los parámetros de eficiencia propios del sector al cual pertenece la entidad que se encuentra en esa situación.

La Corte Constitucional al analizar las características de los procesos de liquidación forzosa administrativa, plantea la necesaria correspondencia que debe existir entre estos y los instrumentos legales especiales que el legislador ha previsto para cumplir a cabalidad con el objetivo propuesto -la realización de activos y el pago de los pasivos sociales- los cuales, deben permitir la eficacia, la efectividad, la rapidez y la agilidad de la liquidación, en los siguientes términos:

"(...) Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no puede dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial, pero existe una remisión al Código Contencioso Administrativo cuando dice que los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria serán adelantados por los liquidadores y se registrarán en primer término por sus disposiciones especiales (...)." ²⁰

En concepto de la Sala, las normas que rigen el proceso de liquidación forzosa administrativa del EOSF -artículos 290 y siguientes- no pueden aplicarse en forma fraccionada, es decir, entendiendo que el régimen especial solamente rige "*la toma de posesión*" ²¹ y no los actos y contratos que se generen con ocasión de la liquidación, pues con esta posición se desconoce la existencia del régimen especial que regula la materia.

Solo una interpretación integral y sistemática de las normas que rigen el proceso de liquidación forzosa de las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal, permite que el liquidador cumpla con la finalidad del proceso de liquidación y se protejan adecuadamente los activos que con el paso del tiempo pueden sufrir un demérito.

La finalidad del proceso de liquidación debe acompañarse de mecanismos legales que tiene el liquidador para cumplir con su misión, si estos mecanismos están previstos en normas especiales, éstas serán las aplicables y no a las contenidas en regímenes generales.

20 Corte Constitucional. Sentencia 248 de 1998.

21 Solicitud de consulta radicación 1649 de 2005.

Ahora bien, el artículo 295 del EOSF²² al establecer en el numeral 9 las funciones del liquidador, señala que éste se encuentra facultado para realizar todos los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y efectiva, así como las que impliquen la guarda y conservación de los activos durante esta etapa, en los siguientes términos:

"Artículo 295. 9) Facultades y deberes del liquidador. El liquidador designado por el director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades: (...)

b) Ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva;

c) Adelantar durante todo el curso de la liquidación el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la masa de la liquidación, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos;

d) Administrar la masa de la liquidación con las responsabilidades de un secuestre judicial;

e) Velar por la adecuada conservación de los bienes de la intervenida, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto;

(...)

h) Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la intervenida;

i) Celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, restituir bienes recibidos en prenda, cancelar hipotecas y representar a la entidad en las sociedades en que sea socia o accionista, así como transigir, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley; (...)

k) Vender, sin necesidad de que el peritazgo sea judicial, los activos de la entidad intervenida;

l) Pagar con los recursos pertenecientes a la intervenida todos los gastos de la liquidación;

m) Dar por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, y conservar o contratar los que sean necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación. (...)"²³

En concepto de la Sala, los actos de gestión del liquidador comprenden, en primer término, todos los contratos necesarios y directamente relacionados con las diferentes etapas de la liquidación, entre los cuales, se encuentran: los contratos de prestación de servicios con personas o firmas evaluadoras, los de enajenación de los activos, de mandato con otras instituciones financieras intervenidas, con terceros e incluso con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras,

22 El artículo 28 de la Ley 510 de 1999 modificó el numeral 4 del artículo 295 -Designación del liquidador y del contralor de la liquidación-.

23 Concordancia. Decreto Reglamentario 2211 de 2004.

para la realización de actividades relacionadas con la liquidación,²⁴ los de fiducia, los encargos fiduciarios o los necesarios para *"la administración y enajenación de los activos remanentes y para el pago de las obligaciones a cargo de la institución financiera en liquidación"*²⁵, así como, los contratos para la defensa legal de los intereses de la entidad, los cuales, por disposición expresa del legislador se rigen por el derecho privado y están sujetos al control de la jurisdicción ordinaria.

También son actos de gestión, aquellos necesarios para la adecuada administración y conservación de los bienes de la masa, concepto que en opinión de esta Sala, incluye los contratos que a pesar de no estar directamente vinculados a la liquidación tienen respecto de ésta una relación de medio a fin, pues no se puede garantizar una eficaz gestión del liquidador, si ésta no se acompaña de mecanismos de apoyo que garanticen el funcionamiento administrativo del ente en liquidación hasta su extinción.

Si bien es cierto, antes de la liquidación era posible diferenciar, los contratos comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios, de los de funcionamiento propiamente tales; en la etapa de liquidación, todos los actos y contratos deben estar directamente relacionados con la liquidación, con la capacidad jurídica que tiene la entidad durante esta etapa y con los límites temporales fijados para la extinción de la persona jurídica. Solo en ese escenario se explica porque el legislador en el numeral 14 del artículo 291 del EOSF,²⁶ señala que *"el agente especial podrá poner fin a los contratos existentes al momento de la toma de posesión si los mismos no son necesarios para la administración o liquidación."*

Resulta pertinente hacer notar, que el Decreto Reglamentario 2211 de 2004, de conformidad con el numeral 11 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999 al tratar el tema de las reglas aplicables a los activos remanentes durante el proceso de liquidación, establece claramente que la contratación que implique labores de administración del ente en liquidación se rige por lo dispuesto en el estatuto, en los siguientes términos:

"Artículo 50. (...) Cuando, el objeto del contrato recaiga sobre labores de administración, gestión y enajenación de activos y cancelación o pago de los pasivos a cargo de la respectiva institución financiera en liquidación, con independencia de la modalidad contractual que se adopte, el respectivo contrato se sujetará a las reglas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la ley 510 de 1999, en el presente decreto, en los instructivos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y a lo dispuesto en los actos administrativos que expida el liquidador."

Así las cosas, siguiendo el criterio de la Sala, a propósito del alcance de la expresión contratos conexos con el giro ordinario -1488/03, el análisis jurídico del régimen aplicable a la contratación de este tipo de entidades debe hacerse sobre la base de criterios teleológicos y finalísticos, y no dentro de un marco conceptual estático que impida considerar, en este caso, que el fin del proceso concursal de liquidación forzosa administrativa es la extinción de una entidad en crisis en el menor tiempo posible para proteger el interés colectivo y la confianza en el sistema financiero.

24 Decreto Reglamentario 2211 de 2004. Artículo 50. Reglas sobre activos remanentes, literal b).

25 Ibídem.

26 Modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999.

Por último, llama la atención la Sala, en el sentido que el Decreto Reglamentario 2211 de 2004, en materia de enajenación de activos fija una serie de reglas que el liquidador debe observar para su celebración, entre las cuales se cuenta la contratación a través de mecanismos que permitan obtener el valor de mercado de los activos sociales y la enajenación de los mismos a través de invitación pública para presentar propuestas o mediante martillo, cuando el valor de las ofertas sea inferior al 10% de los avalúos realizados. Esto significa que la aplicación del régimen especial de los actos y contratos contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de ninguna manera faculta al liquidador de un establecimiento de crédito, entidad financiera o del sector asegurador de carácter estatal a actuar bajo parámetros que pongan en peligro la prenda general de los acreedores y los intereses del Estado como accionista.

La Sala responde:

1. Los actos de gestión del liquidador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, se rigen por el derecho privado y por disposición expresa del legislador están sujetos al control de la jurisdicción ordinaria.

2.3 La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, en tanto, hace parte del sector financiero, en la contratación que debe desarrollar en orden a su liquidación final debe aplicar las normas propias de la liquidación de entidades de este sector previstas en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero.

4. El párrafo del artículo 1º, inciso 2º del Decreto-Ley 254 de 2000, al señalar que *"aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales"*, sustrae de la aplicación de dicho régimen a las entidades financieras públicas en liquidación, puesto que éstas tienen un régimen especial contenido en el EOSF

Transcribase al Señor Ministro de Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.»

**PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - SERVICIOS FINANCIEROS
- ENTIDADES VIGILADAS**

Superintendencia Bancaria de Colombia

Circular Externa 023 de 2005

(agosto 3)

«Este Despacho ha tenido conocimiento de ciertas prácticas de algunas entidades vigiladas por la SBC, en virtud de las cuales se

restringe a algunas personas naturales y jurídicas el acceso a los servicios que prestan, al negarles o al terminar unilateralmente el su-

ministro de dichos servicios sin ilustrar la razón que soporta dicha decisión o limitándose a fundamentarla en principios como el de la autonomía de la voluntad o señalando que es política de la entidad abstenerse de vincular a personas o empresas que desarrollan determinadas actividades.

Este tipo de prácticas en que incurren algunas instituciones vigiladas, desconocen el régimen para la protección del consumidor previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ignoran el carácter de interés público que por disposición del artículo 335 de la Carta Política ostentan los servicios que prestan, y relegan los principios y reglas planteadas por la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos referidos al suministro de dichos servicios.

En ese sentido, conviene anotar que si bien las instituciones vigiladas tienen el deber de gestionar adecuadamente sus servicios administrando los riesgos inherentes a las operaciones, también deben atender la creciente necesidad de las personas de contar con servicios financieros para desarrollar adecuadamente diversas actividades y empresas lícitas.

De tal forma, es oportuno recordar que tratándose de aquellos servicios cuya prestación no es obligatoria, las relaciones entre

las instituciones vigiladas y las personas que solicitan sus servicios se rigen efectivamente por principios como el de la autonomía de la voluntad, el cual soporta la potestad de las instituciones y de los usuarios para decidir si entablan determinada relación. Sin embargo, en cuanto dichas instituciones desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables.²⁷

Por lo anterior, si bien las entidades vigiladas pueden definir libremente los segmentos de mercado en los cuales desarrollan su actividad, es claro que una vez establecidos éstos, el acceso a los servicios no puede ser discriminatorio, desigual, negado o suspendido injustificadamente.

Así, considerando que la actividad de las entidades vigiladas involucra por excelencia la administración de diferentes riesgos, la negativa para el suministro de servicios financieros debe basarse, estrictamente, en la evaluación de las condiciones y los riesgos implícitos en las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor²⁸, evitando de esta manera prácticas discriminatorias que se traduzcan en el *bloqueo financiero injustificado*²⁹ de personas, actividades o sectores.

27 Sobre el particular señala la Corte Constitucional que "es imposible sostener la tesis de la absoluta libertad de las entidades financieras para decidir en relación con el acceso de los usuarios a dicho sector, pues ello equivaldría a negar el carácter de interés público que ostenta la actividad bancaria y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios de la industria financiera" pero se destaca a su vez que "tampoco es admisible permitir el acceso ilimitado, ya que ello vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además, el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero." En: Sentencia T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

28 La Corte Constitucional manifiesta al respecto que la Carta Fundamental no les impone a las entidades "la obligación de aprobar automáticamente toda solicitud de servicios financieros formulada por los particulares, (...) 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 (...), obviamente, con el propósito de asegurar la estabilidad económica del sector financiero y, por ende, garantizar el interés general de los ahorradores." En: ibídem.

29 El concepto de bloqueo financiero injustificado fue desarrollado por la Corte Constitucional en las siguientes Providencias: SU-157 de 1999, SU-166 de 1999, SU-167 de 1999 y T-468 de 2003.

Prácticas como las descritas implican la inobservancia de disposiciones legales como la prevista en el numeral 4.1 del artículo 98 del EOSF que contempla el deber de debida diligencia en la prestación de los servicios, mandato fundamental que, naturalmente, comprende el permitir razonablemente el acceso a los mismos. Igualmente, dicho artículo consagra el deber que tienen las entidades de abstenerse de convenir cláusulas exorbitantes que puedan dar lugar a un abuso de posición dominante en la celebración de sus operaciones, abuso contrario a los principios que rigen tanto la actividad precontractual como la contractual en la celebración de un contrato y en su ejecución.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este Despacho reitera que la negativa de las entidades vigiladas a prestar los servicios o su terminación unilateral cuando ésta sea procedente, debe fundamentarse en una evaluación individual, basada en criterios *objetivos y razonables*³⁰ que deben ser informados al consumidor cuando éste lo requiera.

Por lo tanto, con el propósito de puntualizar el deber de las entidades vigiladas de evitar incurrir en prácticas que impidan injustificadamente el acceso a los servicios que prestan, este Despacho estima pertinente adicionar un numeral al Capítulo Sexto, Título I de la Circular Externa 007 de 1996.»

30 Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

**Reseña
General**

Normas

Jurisprudencia

Otros Pronunciamientos

*NORMAS**

Congreso de la República

Estabilidad jurídica para inversionistas en Colombia*

Ley 963 de 2005 (julio 8). La norma establece los contratos de estabilidad jurídica para promover inversiones nuevas o que amplíen las existentes en el territorio nacional. Mediante estos contratos el Estado garantiza a los inversionistas que las normas identificadas como determinantes de la inversión continuarán aplicándose por el término de duración del contrato cuando esas disposiciones sean modificadas en forma adversa para el inversionista.

Protección a las víctimas del secuestro y sus familias*

Ley 986 de 2005 (agosto 26). Todo secuestro se tendrá como causal constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito para el secuestrado. Se interrumpirán, entre otros, para el deudor secuestrado, de pleno derecho y retroactivamente a la fecha del secuestro, los términos de vencimiento de todas sus obligaciones dinerarias, tanto civiles como comerciales, que no estén en mora al momento de la ocurrencia del delito de secuestro. El secuestrado tendrá derecho al pago de la pensión y si durante el tiempo de su cautiverio cumple el derecho a su pensión, podrá adelantarse su reconocimiento y pago.

*Ministerio de Hacienda
y Crédito Público*

Cajas de Compensación Familiar. Aporte de capital. Solvencia. Fondo de liquidez. Agencias descentralizadas

Decreto 2801 de 2005 (agosto 12). Reglamenta parcialmente la Ley 920 de 2004 y para los efectos define la capacidad de aporte de capital y la relación de solvencia, determina el monto del capital mínimo requeri-

do, reglamenta aspectos de los fondos de liquidez y las condiciones para la celebración de convenios para la utilización de oficinas en lo que corresponde a aquellas cajas de compensación familiar que constituyan secciones especializadas de ahorro y crédito.

Crédito de vivienda. Vivienda de interés social. Estímulos para colocación de cartera

Decreto 2756 de 2005 (agosto 10). Crea el programa de estímulos a la colocación de cartera de vivienda de interés social para el otorgamiento de la cobertura del riesgo de incumplimiento de la cartera colocada entre el 1° de julio de 2005 y el 30 de junio de 2006. La cobertura operará hasta un monto de \$300 mil millones de pesos y consiste en el pago de la comisión de la cobertura que otorgue el Fondo Nacional de Garantías S.A. (FNG) para garantizar el riesgo de incumplimiento de la cartera de vivienda de interés social que efectivamente se coloque en virtud del Acuerdo suscrito el 17 de junio de 2005 entre el Gobierno Nacional, Asobancaria, Icav, Findeter, FNG y Asocajas.

Crédito de vivienda. Vivienda de interés social. Garantía a bonos hipotecarios

Decreto 2753 de 2005 (agosto 10). Modifica el artículo 1° del Decreto 2782 de 2001 ordenando que por medio de el Fogafín se otorgará la garantía de los bonos hipotecarios para financiar cartera VIS subsidiable y a los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera VIS subsidiable que se emitan sobre cartera originada por los establecimientos de crédito de conformidad con la Ley 546 de 1999.

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

Entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor

Decreto 2999 de 2005 (agosto 30). Se modifica el artículo 3° del Decreto 1400 de 2005 relacionado con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que aplican para este tipo de instituciones, advirtiendo que no aplican los artículos 71, numeral 1 y 80 en materia de capital mínimo. De otra parte, señala que el Banco de la República continuará administrando sistemas de pago de bajo valor, según su régimen legal y que la Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen ordenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas de crédito y/o débito.

Entidades financieras públicas en liquidación. Archivos

Decreto 2980 de 2005 (agosto 29). Modifica parcialmente el artículo 60 del Decreto 2211 de 2004 en el sentido de señalar que la organización del archivo de las entidades financieras en liquidación se sujetará a las normas especiales y a los acuerdos expedidos por el Archivo General de la Nación. Dichas entidades podrán suscribir convenios de administración integral de sus archivos con ésta institución.

Fondos de pensiones. Compañías de seguros. Inversiones en fondos de capital privado

Decreto 3285 de 2005 (septiembre 19). Se autoriza a las sociedades administradoras de fondos de pensiones, a las entidades aseguradoras y de capitalización invertir recursos de los fondos de pensiones y de las reservas técnicas en los fondos de capital privado a que se refiere la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores, administrados por sociedades fiduciarias, comisionistas de bolsa y administradoras de inversión.

Instituciones financieras nacionalizadas. Garantía de recursos

Decreto 2512 de 2005 (julio 21). El decreto regula los procedimientos que deben seguirse para que la Nación cumpla con su obligación de garantizar los recursos a las instituciones financieras nacionalizadas a que se refiere el literal d) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Se dispone también las condiciones de la exigibilidad de la garantía, los límites de desembolso para que la Nación cumpla su obligación y el procedimiento para la sustitución procesal.

Límite de concentración de riesgos

Decreto 3031 de 2005 (agosto 30). Adiciona el artículo 19 del Decreto 2360 de 1993 en el sentido de disponer que para las operaciones de crédito realizadas en los términos del artículo 9° de esa norma, el límite de concentración de riesgos será equivalente al cuarenta por ciento (40%) del patrimonio técnico del respectivo establecimiento de crédito.

Programa de enajenación de cuotas sociales.

Decreto 2805 de 2005 (agosto 12). Mediante esta disposición se adopta el programa de enajenación de las cuotas sociales de 'Agropecuaria Desarrollo Limitada' de propiedad del patrimonio autónomo Fiducafé 'Fideicomiso Número 3-1-0296 Corfiocidente Acciones' constituido en Fiducafé y cuyo fideicomitente es Central de Inversiones S.A. CISA.

***Ministerio de Comercio,
Industria y Turismo***

IFI en liquidación.

Decreto 2777 de 2005 (agosto 12). La norma señala que la duración del proceso de liquidación y terminación de la existencia del IFI -en liquidación deberá concluir a más tardar el 31 de julio de 2006. Además, faculta al liquidador para suscribir contratos y

convenios que considere necesarios para administrar y realizar activos de la liquidación y atender situaciones no definidas que puedan subsistir al término de la existencia legal del IFI.

Superintendencia Bancaria de Colombia

Juntas directivas.

Circular Externa 028 de 2005 (septiembre 20). Se ajusta el cuadro ilustrativo incluido en el numeral 2.2 del Capítulo Tercero, Título Primero de la Circular Externa 007 de 1996, en relación con el número de renglones máximo posibles en las juntas directivas que pueden ser integrados por personas vinculadas laboralmente a la respectiva entidad vigilada.

Protección al consumidor. Servicios financieros. Entidades vigiladas*

Circular Externa 023 de 2005 (agosto 3). Tratándose de aquellos servicios cuya prestación no es obligatoria, las relaciones entre las instituciones vigiladas y las personas que solicitan sus servicios se rigen efectivamente por principios como el de la autonomía de la voluntad, el cual soporta la potestad de las instituciones y de los usuarios para decidir si entablan determinada relación. Sin embargo, en cuanto dichas instituciones desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables.

Representantes legales

Circular Externa 027 de 2005 (septiembre 20). Tratándose de los representantes legales de las entidades vigiladas, vencido el término estatutario o, en su defecto, dentro del plazo de treinta días contados a partir del momento de la renuncia, remoción u ocurrencia de la circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo sin que se haya efectua-

do una nueva designación y su registro, éstos deberán informar a la Superintendencia Bancaria sobre su renuncia, su remoción o la ocurrencia que ponga fin al ejercicio del cargo, con el fin de que dicha información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal.

Riesgo crediticio. SARC. Modelo de referencia de cartera comercial

Circular Externa 020 de 2005 (julio 01). Establece el modelo de referencia de cartera comercial MRC en desarrollo del Sistema de Administración del Riesgo Crediticio SARC. Señala además, precisiones en el régimen general para el cálculo de provisiones de entidades no obligadas a contar con un SARC, la posibilidad de contar con modelos internos o aplicar el modelo de referencia para algunos componentes de la medición de pérdidas esperadas, entre otros.

Superintendencia de Valores

Comité de Consultas

Resolución 654 de 2005 (agosto 5). Conformación del Comité de Consultas encargado de evaluar y estudiar las consultas denominadas especiales porque con sus respuestas se modifica la posición que venía sosteniendo la Superintendencia de Valores, o se afecta o involucra el patrimonio de la Entidad o cuando pueda afectarse el resultado de un proceso judicial en el cual sea parte la Superintendencia.

Mercado de valores. Prevención y control del lavado de activos

Circular Externa 010 de 2005 (agosto 5). De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 190 de 1995 el régimen previsto en el EOSF para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria de Colombia a que hacen referencia los artículos 102 a 107 es aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia de Valores. La circular dispone que los emisores de valores están obligados a adoptar

medidas de control para evitar que puedan ser utilizados como instrumento para el ocultamiento, aprovechamiento, inversión de cualquier forma de dinero proveniente de actividades ilícitas. En consecuencia, los emisores de valores deben diseñar y poner en práctica procedimientos específicos y designar funcionarios responsables de verificar el adecuado cumplimiento de dichos procedimientos. A la Superintendencia de Valores

le corresponde instruir a las entidades sujetas a su supervisión sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar para la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero (UIAF), de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 526 de 1999. La circular adopta los mecanismos y reglas de conducta para el desarrollo de mecanismos para la prevención del lavado de activos.

JURISPRUDENCIA*

Corte Constitucional

Bono pensional

Sentencia C-734 del 14 de julio de 2005.

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal a) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994. La Sala Plena de la Corte Constitucional declara inexecutable el literal a) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994 que ordenaba que 'el ingreso base de liquidación de personas que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando'.

Centrales de información. Hábeas data **Sentencia T-565 del 26 de mayo de 2005.**

El amparo al derecho del hábeas y buen nombre se permite en relación con las obligaciones crediticias pagadas de manera extemporánea cuyo término de caducidad se ha verificado.

Crédito de vivienda. Alivio. Debido proceso y buen nombre. Centrales de riesgo **Sentencia T-697 del 1° de julio de 2005.**

Vulneración del debido proceso y buen nombre en el caso de reconocimiento de un alivio en una deuda hipotecaria que creó una situación subjetiva y que posteriormente es revocada por el establecimiento bancario. Los reportes de morosidad efectuados a centrales de riesgo deben actualizarse en su información pues los errores en que incurra una entidad bancaria deben ser solucionados al interior de la misma.

Cuenta corriente. Tarjeta de crédito. Causales objetivas para negar prestación del servicio

Sentencia T-763 del 21 de julio de 2005.

Necesidad de presentación de causales objetivas para la negativa de servicios por parte de entidades bancarias. Las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgarse el crédito a determinado sujeto. Estudio de riesgo para determinar consideraciones objetivas y

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

razonables de la capacidad económica y decidir la apertura de cuenta corriente para el uso de tarjeta de crédito.

Derecho de petición

Sentencia C-542 del 24 de mayo de 2005.

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 25 del Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo. La Sala Plena de la Corte Constitucional declara exequibles las expresiones 'no' y 'ni' contenidas en el inciso 3° del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Derecho de petición. Pensión

Sentencia T-511 del 19 de mayo de 2005.

El reconocimiento de derechos pensionales por parte de entidades públicas o privadas supone el ejercicio del derecho de petición, el cual es satisfecho, no solo con el reconocimiento, sino además, con su materialización mediante el cumplimiento de los trámites para que el titular del derecho haga efectivo el goce del mismo. El amparo constitucional procede para restablecer los derechos fundamentales del accionante como quiera que las entidades de previsión social estando obligadas, omiten efectuar los actos administrativos necesarios para dar cumplimiento a decisiones judiciales que reconocen el status de pensionado.

Dividendos

Sentencia C-707 del 6 de julio de 2005.

Expediente D-5577. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 455 parcial del Decreto 410 de 1971 y los artículos 33, 68 y 240 parciales de la Ley 222 de 1995, disposiciones que la Sala Plena de la Corte Constitucional declara exequibles.

Fondo Nacional de Ahorro. Cambio unilateral en las condiciones del crédito. UVR

Sentencia T-652 del 23 de junio de 2005. Acción de tutela contra el FNA en razón a que la entidad demandada cambió unilateralmente las condiciones iniciales de un crédito pactado en pesos a UVR.

Se ordena al FNA que restablezca el crédito en pesos y en el plazo pactado inicialmente constatando que la obligación cumpla la prohibición de capitalización de intereses.

Pensión. Indexación mesada pensional **Sentencia T-635 del 16 de junio de 2005.**

La Corte Constitucional ha sostenido que la primera mesada pensional debe ser indexada mediante la acción de tutela siempre que el accionante hubiese reclamado dicha indexación a su empleador y la misma se hubiere negado tanto por éste como por la autoridad judicial ordinaria. Es contrario a los criterios de equidad y justicia pagar una mesada pensional tomando como base el salario que el trabajador devengaba hace varios años y sin ningún tipo de actualización que permita proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo.

Pensión de sobreviviente. Beneficiarios **Sentencia C-451 del 3 de mayo de 2005.**

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 (parcial) de la Ley 797 de 2003. La Sala Plena de la Corte Constitucional declara exequible la expresión 'y hasta los 25 años' del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 relacionado con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Pensión de sobreviviente. Sustitución pensional. Acción de tutela

Sentencia T-606 del 17 de enero de 2005.

La acción de tutela no procede en el caso de reconocimiento y pago de mesadas pasadas propuesto, pues la tutelante cumplió 25 años de edad recientemente, perdiendo con ello el eventual derecho a la pensión de sobreviviente de su madre. No se aportó la existencia de un perjuicio irremediable y por regla general la tutela no procede para obtener el pago de prestaciones de origen laboral adeudadas al peticionario.

Régimen sancionatorio. Superintendencia Bancaria

Sentencia C-987 del 26 de septiembre de 2005. Expediente D-5555. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 5 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003. La Corte se declara inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustancial de la demanda.

Títulos valores. CDT. Reposición y cancelación de títulos hurtados

Sentencia T-633 del 16 de junio de 2005.

El banco no se opuso a las pretensiones de reposición de títulos hurtados al beneficiario, siempre que apareciera demostrada la emisión de los mismos. Como no se presentó oposición alguna, es suficiente el anterior argumento para acceder a las súplicas de la demanda y ordenar al banco que suscribió con el primer establecimiento bancario citado un contrato de cesión de activos, pasivos y contratos que efectúe la reposición de títulos, o en su defecto, pague la suma indicada.

***Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral***

Pensión. Compartibilidad de la pensión y pago de intereses en pensiones de carácter extralegal

Sentencia del 19 de mayo de 2005. Radicación 24662. Pensión reconocida de carácter convencional. La Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966 no consagran la compartibilidad de la pensión de carácter extralegal, voluntaria o contractual con la de vejez. En el caso de la compartibilidad de pensiones con anterioridad a la Ley 100 de 1993 no aplica lo dispuesto en el artículo 141 de esa normativa, máxime cuando se trata de una pensión convencional.

Pensión. Pensión de jubilación por aportes

Sentencia del 3 de mayo de 2005. Expediente 23919. Fue característica en el régimen del ISS la imposibilidad de sumar

tiempos laborados simultáneamente en el sector privado y en tal evento los aportes se adicionaban para integrar una sola cotización. En tanto que en el sector público impera la regla de una sola vinculación laboral dada la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público. Cuando los tiempos de cotización en ambos sectores resultan simultáneos para un empleado tampoco es viable contabilizar doblemente estos tiempos para fines de la aplicación del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 ya que las cotizaciones deben corresponder a servicios prestados durante 20 años reales efectivos de tiempo.

Pensión. Sustitución pensional

Sentencia del 28 de junio de 2005. Expediente 23529. Las normas aplicables para determinar el derecho a la sustitución pensional respecto a las personas que adquirieron el derecho a la pensión de jubilación antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, son las anteriores a la misma. Sin embargo, en el caso de la demandante, aunque el ISS admite que el causante cumplió los requisitos para su pensión antes de 1994, no por ello la cobija la pauta jurisprudencial mencionada, porque ella es extensiva al cónyuge o compañera que hayan consolidado ese estado antes de empezar a regir la Ley 100 de 1993, y en el caso bajo examen se constató que comenzaron la convivencia en diciembre de 1995.

Sistema general de riesgos profesionales. Afiliación de un trabajador dependiente que a la vez es empresario independiente

Sentencia del 17 de junio de 2005. Expediente 25294. Una sociedad solicitó que se declare la nulidad de un contrato de seguro de riesgos profesionales suscrito con una empresa de transporte como quiera que cree que ésta, al declarar el estado del riesgo, actuó con reticencia ya que afilió como trabajador dependiente (conductor) a una persona que tenía también un contrato de afiliación como empresario (propietario de un vehículo de transporte). La Corte con-

sidera que el contrato de vinculación en el derecho del transporte tiene por objeto el vehículo, no la persona. Con el contrato de vinculación se sujeta al automotor a la prestación del servicio público de transporte. Por ello, el contrato comercial de vinculación y el contrato de trabajo tienen objetos por entero diferentes y nada impide que éstos se celebren entre las mismas personas (la empresa de transporte y el propietario-conductor) de manera simultánea.

***Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil***

Centrales de información. Daño emergente

Sentencia del 3 de junio de 2005. Expediente 00304. No prosperan los cargos de indebido reporte a centrales de información financiera y de pago de daño emergente cuando el crédito otorgado y en cartera castigada corresponde a una empresa que apenas trataba de incursionar en el mercado, sin clientes consolidados y con tan sólo meras expectativas de comercialización del producto. No existía certeza sobre el éxito de la actividad mercantil con antelación a la inclusión en la base de datos que condujo a que se cerrara el crédito y el mercado a la empresa demandante.

Cheque. Cláusula restrictiva de negociabilidad

Sentencia del 13 de julio de 2005. Expediente 09232-01. La acción indemnizatoria que frente al banco planteó la actora, por el pago irregular de siete cheques de los cuales era primera y única beneficiaria, por haberse girado con cláusula restrictiva de su negociabilidad, no tuvo acogida porque el Tribunal consideró que a pesar de haberse cancelado anormalmente, ningún daño patrimonial recibió la demandante, elemento en ausencia del cual consideró inviable la declaración de responsabilidad que por tal hecho se pretendía desgajar frente a la institución crediticia demandada.

Cheque. Pago de cheques alterados. Cheque fiscal

Sentencia del 15 de junio de 2005. Expediente 00444-01. Pago de un cheque fiscal sustraído ilegalmente de una entidad oficial, sin que la entidad bancaria cumpliera los controles convenidos en el contrato de cuenta corriente suscrito entre las partes. Falta de información al banco de la pérdida del cheque o su anuncio extemporáneo.

Seguro de cumplimiento. Pagaré

Sentencia del 1º de junio de 2005. Expediente 13835. Seguro de cumplimiento, ausencia de pruebas del siniestro para acreditar los perjuicios en el expediente. Un pagaré por si sólo no demuestra el desembolso de un dinero otorgado en préstamo y respaldado con un seguro de cumplimiento. Revisión de la conducta asumida por los demandantes que en lugar de buscar la solución de su acreencia directamente con la entidad deudora, se limitaron a demandar a la aseguradora conservando en su poder el pagaré.

Seguro de sustracción. Modificación del riesgo asegurado

Sentencia del 25 de julio de 2005. Expediente 1713. La modificación del monto asegurado incorporado en el certificado de seguro de sustracción que hace constar el aumento del valor amparado, aunque esté en formatos de la sociedad aseguradora requiere la firma autógrafa autorizada en el sitio del documento destinado para ello con el fin de demostrar la intención de la compañía de modificar el seguro y asumir el riesgo.

Seguros. Cesión

Sentencia del 10 de junio de 2005. Expediente 2856-01. Elementos esenciales del contrato de seguro. El interés asegurable y legitimidad para reclamar el pago de indemnización en virtud de una cesión invocada por el demandante en el caso de un automotor adquirido mediante contrato de leasing.

Seguros. Valor y ocurrencia del riesgo asegurable

Sentencia del 7 de julio de 2005. Expediente 00174-0. La condena contra la ase-

guradora no fue por el valor que se declaró cuando se aceptó incrementar el valor del riesgo asegurado, sino por una cantidad inferior. Al momento de efectuarse la reclamación por el siniestro no existía certeza del monto de la prestación, razón por la cual la mora en que incurrió la aseguradora no podía tenerse por consumada al mes siguiente de la reclamación.

Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso
Administrativo

Acción de nulidad. Contratos de entidades financieras públicas. Póliza global bancaria

Sentencia del 6 de julio de 2005. Radicación 11.575. La norma demandada (artículo 21, inciso 3 del Decreto 679 de 1994), al señalar que la póliza global bancaria pertenece al giro ordinario de las actividades financieras, no excedió la Ley 80 de 1993, sino que cumplió su función típicamente reglamentaria, en la medida en que precisó el concepto contenido en la ley y lo entendió comprendido en una actividad o negocio específico con lo cual resulta propio de las necesidades ordinarias de una entidad de esta naturaleza.

Contratos fiduciarios

Sentencia del 23 de junio de 2003. Expediente 29393. Admítase la demanda presentada en acción pública de nulidad en contra del Decreto 3740 de 2004. Se decreta la suspensión provisional de la expresión 'incluso contratos fiduciarios' contenida en el artículo 1° del decreto en cita.

Póliza de garantía. Litisconsorte necesario

Sentencia del 5 de mayo de 2005. Expediente 03959 01. Número interno 25812. Se revoca el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que vinculó a una sociedad de seguros por considerarla litisconsorte necesario del demandado en un proceso en el que se ordenó hacer efectiva la póliza de garantía

constituida en desarrollo de la caducidad de un contrato de construcción.

Póliza global bancaria. Llamamiento en garantía. Pacto cláusula compromisoria

Sentencia del 23 de junio de 2005. Radicación 27791. En relación con las aseguradoras llamadas en garantía, no existe duda de que se cumple con el requisito exigido por el artículo 57 del C.P. Civil, de demostrar la existencia de un derecho contractual, lo que en principio permite predicar la procedencia del llamado. Sin embargo, aun cuando el llamamiento en garantía cumple los requisitos de forma exigidos y se acredita la relación contractual entre el Banco y las sociedades aseguradoras, se debe tener en cuenta que en el contrato se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento de tribunales de Arbitramento las diferencias que se presenten con relación a la póliza de seguro global bancaria. Así, la jurisdicción contenciosa no puede emitir pronunciamiento sobre las diferencias dado que quien debe conocer del asunto es un Tribunal de Arbitramento.

Régimen sancionatorio. Superintendencia Bancaria

Sentencia del 23 de junio de 2005. Expediente 035001. Número interno 13413. Se confirma la sentencia por la cual se denegó las suplicas de una sociedad fiduciaria que vinculó clientes al fondo común ordinario mediante un contrato tipo no aprobado por la Superintendencia Bancaria. Excepción de inconstitucionalidad del artículo 146 [4] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Régimen sancionatorio. Superintendencia Bancaria

Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Expediente 14379. La aplicación de las normas que soportan la facultad sancionatoria de la Superintendencia Ban-

caría como sustento para mantener una sanción que aún no se encontraba en firme. Hechos sancionados acaecidos con anterior-

idad a la providencia de la Corte Constitucional, Sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000.

OTROS PRONUNCIAMIENTOS*

Comunidad Andina de Naciones

Creación del Comité Andino de Autoridades Reguladoras del Mercado de Valores Decisión 624 de 2005 (julio 15). Se establece el Comité Andino de Autoridades Reguladoras del Mercado de Valores para la promoción de la integración de dichos mercados en la subregión. Algunos de sus objetivos será la protección a los pequeños inversionistas y el desarrollo eficiente de estos mercados. El Comité estará integrado por la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros de Bolivia, la Superintendencia de Valores de Colombia, la Superintendencia de Compañías del Ecuador, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores del Perú y la Comisión Nacional de Valores de Venezuela.

Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales DIAN

Compra y venta de divisas. Requisitos para cambistas Resolución 5610 de 2005 (julio 1). Establece los requisitos que deben cumplir los profesionales que laboran en las zonas de frontera en actividades de compra y venta de divisas en efectivo o cheques de viajero. Se incluye, entre otros requisitos, la inscripción en Cámara de Comercio y el RUT, tener abierto al público por lo menos un establecimiento de comercio, informar el origen y monto de las divisas que utiliza, contar

con un sistema de prevención y control del lavado de activos SIPLA y que sus representantes legales y socios no hayan sido condenados a penas privativas de la libertad durante los últimos cinco años.

Instituto de Seguros Sociales

Pensión. Convenio de seguridad social en pensiones. España y Colombia Comunicado de prensa del 8 de septiembre de 2005). Los ministros de Trabajo de España, Jesús Caldera, y su homólogo colombiano, Diego Palacio Betancourt, suscribieron el 7 de septiembre de 2005 un acuerdo que permite reconocer a los trabajadores colombianos y españoles los tiempos cotizados en sus respectivos países. Hasta ahora, un trabajador con menos de 20 años cotizados en Colombia, aunque tuviera tiempos cotizados en España no podía tener derecho a una pensión. El texto suscrito no incluye las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, desempleo, prestaciones familiares y asistencia sanitaria. Una vez suscrito el convenio, deberá ser presentado al Presidente para su aprobación y posterior revisión de la Corte Constitucional. Cuando se conozca el concepto de la Corte el Congreso de la República procederá a ratificarlo. Colombia tiene firmados con Chile y Uruguay convenios similares al suscrito con España.