



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

Boletín jurídico

No. 42

Mayo - Junio 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:
*"Puerta Vivienda Muisca - Museo
Arqueológico - Sogamoso"*
Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez
Superintendencia Bancaria de Colombia
Año 2005

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Decreto 2222 de 2005. Entidad financiera pública. Enajenación de activos	6
Decreto 1400 de 2005. Inspección y vigilancia. Sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor	8
Decreto 2204 de 2005. Interés moratorio. Crédito de vivienda.	15
Decreto 1360 de 2005. Límites de crédito	16

JURISPRUDENCIA

Crédito de vivienda. Refinanciación. Actividad financiera	20
Cheque. Canje	35
Seguros. Seguro de deudores. Riesgo asegurable. Superintendencia Bancaria. Régimen sancionatorio. Cupo individual de crédito	59

CONCEPTOS

Acciones. Entidades vigiladas. Inversión extranjera	68
Acciones. Patrimonio autónomo. Fiducia mercantil. Derecho de preferencia	71
Lavado de activos. Mercado cambiario	79
Representante legal. Establecimientos bancarios. Conflictos de interés. Cajas de compensación familiar	84
Revisor fiscal. Posesión. Registro mercantil	89
Relación de conceptos	94

TEMAS DE CONSULTA

Compañías de seguros. Responsabilidad fiscal. Responsabilidad solidaria. Vinculación del garante	98
Crédito de vivienda. Interés moratorio	104
Régimen solidario de prima media con prestación definida. Extractos	109

RESEÑA GENERAL

Normas	112
Jurisprudencia	115
Otros pronunciamientos	118

Presentación

El Boletín Jurídico presenta en este número una selección de normas, jurisprudencia y conceptos que se dieron a conocer en el período que cubre la presente entrega.

Se incluye el Decreto 1400 de 2005 que somete a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia las sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, el Decreto 2222 de 2005 que dicta medidas sobre enajenación de algunos activos de entidades financieras públicas, el Decreto 2204 de 2005, por el cual se reglamenta el artículo 19 de la Ley 546 de 1999 y el Decreto 1360 de 2005, por el cual se modifica el Decreto 2360 de 1993 sobre límites de crédito.

Se presentan además cuatro pronunciamientos de las Altas Cortes. Entre ellos se destaca un fallo de la Corte Constitucional relacionado con la refinanciación de un crédito de vivienda en mora en atención a circunstancias de debilidad manifiesta del deudor y el deber de solidaridad en el ejercicio de la actividad financiera. De interés resulta también una sentencia del Consejo de Estado respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria y el endeudamiento directo e indirecto en un caso de infracción a las normas que rigen los límites de los cupos individuales de crédito.

El Boletín incluye cinco conceptos de la Superintendencia Bancaria de Colombia mediante los cuales se resolvieron consultas en materias tales como negociación de acciones e inversión extranjera, representación legal y conflictos de interés, lavado de activos y ejercicio de la revisoría fiscal.

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

De especial interés

*Decreto 2222 de 2005. Entidad financiera
pública. Enajenación de activos*

*Decreto 1400 de 2005. Inspección y vigilancia.
Sociedades administradoras de sistemas
de pago de bajo valor*

*Decreto 2204 de 2005. Interés moratorio.
Crédito de vivienda*

Decreto 1360 de 2005. Límites de crédito

ENTIDAD FINANCIERA PÚBLICA - ENAJENACIÓN DE ACTIVOS**Decreto 2222 de 2005***

(junio 30)

Por el cual se dictan medidas sobre enajenación de algunos activos de entidades financieras públicas y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le otorgan los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el numeral 1 literal f) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en concordancia con el artículo 10 inciso primero y literales a), b) y h), así como con el artículo 110 numerales 1, 4, 6 y 7 del mismo ordenamiento,

Considerando:

Que de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política, las actividades financiera, aseguradora, bursátil y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos de captación son de interés público;

Que en aras de preservar la liquidez y solvencia de las entidades financieras para la debida protección de los ahorradores y depositantes de dichas entidades, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que estas deben enajenar aquellas inversiones para las cuales no estén autorizadas expresamente a invertir;

Que con el fin último de preservar la confianza del público en la actividad financiera, el artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que la liquidación de entidades financieras tiene como propósito la pronta enajenación de los activos para el pago gradual y rápido de los pasivos, a través de un procedimiento administrativo especial reglado e imperativo;

Que el 9 de octubre de 2003, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se pronunció en el sentido que la enajenación de la participación estatal en el capital social de una empresa, regulada por el artículo 60 del ordenamiento superior y la Ley 226 de 1995, se refiere a la que se hace de manera voluntaria por la entidad estatal propietaria, en desarrollo de un programa de privatización previsto dentro de las políticas y planes trazados por el Gobierno Nacional, y no en los eventos en que por mandato legal dicha enajenación es obligatoria, o impuesta por una causa externa o por la circunstancia de que la entidad propietaria de la participación entra en estado de liquidación,

Decreta:

Artículo 1º. Procedimiento de enajenación. Para el cumplimiento de lo previsto en el artículo 10 inciso primero y literales a), b) y h), así como con el artículo 110 numerales 1, 4, 6 y 7 del

* Diario Oficial 45.955 de 2005.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades financieras públicas que sean titulares de bienes que deban ser enajenados para el cumplimiento de un deber legal, podrán acudir a cualquiera de los mecanismos autorizados por el derecho privado, garantizando en la celebración del contrato, la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

Se deberán atender además las siguientes reglas:

1. Cuando se trate de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones inscritos en bolsa, su venta se deberá ofrecer a través de los sistemas de negociación de la Bolsa de Valores, para cuyo efecto, la respectiva sociedad comisionista podrá ser contratada directamente atendiendo los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Cuando el monto a enajenar equivalga al diez por ciento (10%) o más de las acciones ordinarias en circulación de una sociedad, deberá acudirse al mecanismo de martillo previsto en el artículo 3.2.3.1 y siguientes de la Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores.

En el evento en que las respectivas acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones no estén inscritos en bolsa, o la enajenación recaiga sobre cualquier clase de participaciones en el capital de cualquier entidad, el procedimiento para la enajenación deberá prever condiciones de libre concurrencia y mecanismos de información que permitan la mayor transparencia y las mejores condiciones económicas para la entidad enajenante.

2. Cuando se trate de bienes distintos a los previstos en el numeral 1 del presente artículo, el precio de referencia será el del avalúo comercial. En todo caso, el valor por el cual se podrá enajenar los activos será su valor en el mercado, el cual debe incorporar el costo de oportunidad del dinero y el valor presente neto de la administración y mantenimiento.

Se podrá hacer uso de mecanismos tales como la enajenación del predio total o la división material del mismo y la enajenación de los lotes resultantes, la preselección de oferentes, la constitución de propiedad horizontal sobre edificaciones para facilitar la enajenación de las unidades privadas resultantes.

Parágrafo 1º. Para los efectos del presente decreto se entienden incluidas dentro de las entidades financieras públicas, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, los cuales deberán enajenar los activos de que trata el presente decreto que hayan recibido en desarrollo de sus funciones, pero que no correspondan al objeto de la respectiva entidad.

Parágrafo 2º. El Banco de la República podrá aplicar, respecto de los activos recibidos en desarrollo de sus funciones de apoyo a las entidades financieras, las previsiones del presente decreto, cuando quiera que de acuerdo con las normas que lo rigen, sea procedente su enajenación.

Parágrafo 3º. Cuando la operación se configure dentro de los supuestos del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sobre negociación de acciones suscritas de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se deberá obtener además, la aprobación de la entidad de vigilancia y control en los términos previstos en la misma disposición y demás normas aplicables.

Artículo 2º. *Entidades financieras en liquidación.* La enajenación de los activos de que trata el artículo 1º del presente decreto en cabeza de entidades financieras públicas en liquidación, se rige exclusivamente por las disposiciones del numeral 2, inciso tercero, del artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los numerales 1 y 2 del artículo 1º del presente decreto.

Artículo 3º. *Disposiciones finales.* En desarrollo de lo previsto en el inciso cuarto del artículo 310 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades financieras públicas podrán contratar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras el avalúo, preparación del programa, así como la orientación, administración o manejo de la enajenación de las acciones y bonos a que se refiere dicha disposición. Tales contratos estarán sometidos a lo previsto en dicho artículo y al derecho privado.

Artículo 4º. *Vigencia.* Las disposiciones del presente decreto entrarán en vigencia pasados seis (6) meses contados a partir de la fecha de su publicación.

INSPECCIÓN Y VIGILANCIA.- SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR

Decreto 1400 de 2005*

(mayo 5)

Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de aquellas previstas en los artículos 189, numerales 11 y 25 de la Constitución Política y los artículos 48 literal j), y 325 numeral 2, parágrafo 1º, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Considerando:

Que le corresponde al Gobierno Nacional en los términos del artículo 46 literal d) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público con el fin de velar porque tales operaciones se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia;

Que de acuerdo con el artículo 48, numeral 1, literal j) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para efectos de lo dispuesto en el mencionado artículo 46, literal d) del citado Estatuto le corresponde al Gobierno Nacional, entre otras funciones, la de regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República;

* Diario Oficial 45.900 de 2005.

Que de acuerdo con el artículo 325, numeral 2, parágrafo 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, podrán ser sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pago y compensación;

Que para el propósito de garantizar que las operaciones de las entidades a que se hace referencia en el anterior considerando, se efectúen en condiciones adecuadas de seguridad y transparencia, que se prevengan los riesgos que puedan afectar la estabilidad del sistema financiero, es necesaria la organización y el funcionamiento de los sistemas de pago de bajo valor, sujeto a principios y reglas que garanticen su eficiencia, seguridad, integridad, confiabilidad, desarrollo tecnológico, interconexión, transparencia, libre competencia y respeto y equidad con los consumidores;

Que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 1, literal j) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Junta Directiva del Banco de la República rindió concepto sobre la incidencia de las normas contenidas en este decreto en relación con las políticas a su cargo, tal como consta en el Memorando JDS- 08522 del 22 de abril de 2005,

Decreta:

Artículo 1°. Definiciones. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

- a) Acuerdo o Contrato de Vinculación: Es aquel celebrado entre un participante y el administrador del sistema cuyo objeto principal es el de permitir al primero el acceso y uso del sistema de pago;
- b) Compensación: Es un modo de extinguir total o parcialmente las obligaciones, tal como lo establecen las normas vigentes. La compensación puede ser bilateral, es decir, entre dos personas que sean recíprocamente deudoras y acreedoras, o multilateral, esto es, entre más de dos personas que ostenten las calidades mencionadas;
- c) Entidad Administradora del Sistema de Pago de Bajo Valor: Persona jurídica cuya actividad principal consiste en la administración y operación de uno o varios sistemas de pago de bajo valor;
- d) Instrumento de Pago: Documentos físicos o mensajes de datos que permiten a una persona extinguir una obligación dineraria o transferir fondos a través de un sistema de pago;
- e) Liquidación: La finalización de una operación o conjunto de operaciones, mediante cargos y abonos en cuentas de depósito en el Banco de la República, en cuentas corrientes, o de ahorros en un establecimiento de crédito, de las cuales sean titulares los participantes en un sistema de pagos;
- f) Orden de Transferencia o Recaudo: La instrucción incondicional dada por un participante al administrador del sistema de pago para que abone o debite la cuenta corriente, de ahorros o de otra clase de las cuales sean titulares los participantes en dicho sistema en un establecimiento de crédito o en el Banco de la República, por una cantidad determinada de dinero;

g) Orden de Transferencia o Recaudo Aceptada: Aquella orden de transferencia o recaudo que ha cumplido los procedimientos y/o controles de riesgo establecidos en el reglamento de un sistema de pago de bajo valor, y la cual, por ende, debe ser cumplida hasta su liquidación;

h) Participante: Cualquier entidad que haya sido autorizada por el administrador de un sistema de pago de bajo valor conforme a su reglamento para tramitar órdenes de transferencia o recaudo en un sistema de pago de bajo valor y que participa directamente en la compensación y liquidación de dichas órdenes;

i) Riesgo de Crédito: Riesgo de que un participante incumpla definitivamente con la obligación resultante de la compensación y/o liquidación a su cargo, en forma total o parcial a su vencimiento;

j) Riesgo Legal: Riesgo de que un participante incumpla total o parcialmente una obligación resultante de la compensación y/o liquidación a su cargo por causas imputables a debilidades o vacíos del marco legal vigente, los reglamentos o los contratos y, por lo tanto, afectan la exigibilidad de las obligaciones contempladas en estos últimos;

k) Riesgo de Liquidez: Riesgo de que un participante incumpla total o parcialmente la obligación resultante de la compensación y/o liquidación a su cargo en el plazo estipulado, pero que pueda cumplir en un momento posterior;

l) Riesgo Operativo: El riesgo de errores humanos o de falla en los equipos, los programas de computación o los sistemas y canales de comunicación que se requieran para el adecuado y continuo funcionamiento de un sistema de pago;

m) Riesgo Sistémico: Aquel que se presenta cuando el incumplimiento total o parcial de un participante en un sistema de pago a una o varias obligaciones a su cargo, o la interrupción o mal funcionamiento de dicho sistema pueda originar: (i) que otros participantes en el mismo sistema de pago no puedan cumplir a su vencimiento con las obligaciones a su cargo; (ii) que otros participantes de otro sistema de pago, ya sea de bajo valor o de alto valor, no puedan cumplir a su vencimiento con las obligaciones a su cargo; y (iii) que otras instituciones o personas que operen en el sistema financiero o en el mercado público de valores no puedan cumplir a su vencimiento con las obligaciones a su cargo, y en general que tal incumplimiento pueda causar problemas significativos de liquidez o de crédito, lo cual podría amenazar la estabilidad de los sistemas financieros;

n) Sistema de Pago: Es un conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo.

En todo caso, un sistema de pago solo será considerado como tal cuando actúen, en calidad de participantes, tres (3) o más instituciones vigiladas por las Superintendencia Bancaria o de Valores;

o) Sistemas de Pago de Bajo Valor: Son aquellos sistemas que, además de cumplir con lo establecido en el literal n) del presente artículo, procesan órdenes de transferencia o recau-

do, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito o débito, por un valor promedio diario que corresponda al resultante de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\frac{\sum_{i=1}^{30} VA(n_i)}{30} \leq K$$

Donde:

n varía entre uno y el número de días hábiles registrados en los últimos seis (6) meses.

VA (n) = Valor acumulado diario, en pesos colombianos, de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas en un sistema en determinado día hábil en los últimos seis (6) meses.

K = \$2.500.000.000.000 (Dos billones quinientos mil millones de pesos).

i = Número de orden de cada VA (n), después de que todos los VA (n) considerados son ordenados por orden descendente de valor (se toman los treinta mayores).

De acuerdo con esta fórmula, se deben calcular los valores acumulados diarios de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas por el Sistema de Pagos de Bajo Valor en el semestre calendario analizado, ordenarlas en orden descendente, calcular la sumatoria de los 30 días con mayores valores observados y dividir dicha sumatoria por 30 para calcular el valor promedio diario. El valor resultante se deberá comparar con el valor definido para K de \$2.500.000.000.000 (Dos billones quinientos mil millones de pesos), de tal forma que se considerarán Sistemas de Pago de Bajo Valor aquellos cuyo promedio diario del valor acumulado de las órdenes de transferencia o recaudo aceptadas en los 30 días con mayores valores del semestre analizado, resulte igual o inferior a K.

El monto anotado anteriormente se ajustará anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. El valor resultante se aproximará al múltiplo en miles de millones de pesos inmediatamente superior. El primer reajuste se realizará el mes de enero de 2006, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor durante el año 2005.

Parágrafo 1º. Lo previsto en el presente literal se aplicará a los sistemas de pago que se constituyan o inicien actividades a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, sobre la base del valor acumulado diario de las órdenes de transferencia o recaudo esperadas para el primer semestre de funcionamiento.

Parágrafo 2º. Las Sociedades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán remitir a la Superintendencia Bancaria, dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada semestre calendario, la información del cálculo en cuestión para el semestre calendario

inmediatamente anterior a efectos de determinar si continuarán sujetas a las previsiones de que trata el presente decreto.

Artículo 2º. *Objetivos de la vigilancia.* Además de los objetivos establecidos en el artículo 325 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el ejercicio de su facultad de inspección, vigilancia y control de las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor, la Superintendencia Bancaria deberá velar por que tales entidades: (i) adopten y pongan en práctica reglas y elevados estándares operativos, técnicos y disciplinarios que permitan el desarrollo de sus operaciones en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia; (ii) adopten y pongan en práctica sistemas adecuados de administración y gestión de los riesgos inherentes a su actividad; (iii) adopten y apliquen procedimientos adecuados que les permitan prevenir ser utilizadas para la realización de actividades delictivas, y (iv) adopten sistemas adecuados de revelación de información financiera y comercial para los participantes, de acuerdo con lo previsto para el efecto en el presente decreto.

Artículo 3º. *Normas aplicables a las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor.* Las entidades autorizadas para administrar Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán dar cumplimiento, en lo pertinente, a las disposiciones aplicables a las compañías de financiamiento comercial, en especial, a los Capítulos I, II, III, IV, V, VII, VIII, X, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI de la Parte Tercera, la Parte Undécima y el artículo 326 numeral 2 literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No será aplicable a las Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor lo dispuesto en el artículo 71 numeral 1 y el artículo 80 del referido Estatuto, en materia de capital mínimo. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia Bancaria podrá ejercer las facultades de vigilancia e inspección que considere oportunas en el marco de las facultades dadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo. El Banco de la República podrá seguir administrando Sistemas de Pago de Bajo Valor de acuerdo con lo previsto en su régimen legal propio, debiendo sin embargo dar cumplimiento a las normas y requisitos establecidos en este decreto que le resulten aplicables.

Artículo 4º. *Reglas relativas a la obtención del certificado de autorización y al funcionamiento de los Sistemas de Pago de Bajo Valor.* Las entidades que pretendan administrar Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán obtener certificado de autorización expedido por la Superintendencia Bancaria para lo cual, además de los requisitos establecidos en los numerales 1 a 8 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en aquello que resulte aplicable, deberán dar cumplimiento a los señalados a continuación, para lo cual adjuntarán documentos que permitan verificar lo siguiente:

a) Criterios de acceso. Tales criterios deberán ser objetivos y basarse en adecuadas consideraciones de prevención y mitigación de los riesgos a que se refiere el literal c) del presente artículo;

b) Sistemas y mecanismos de información clara, transparente y objetiva a los participantes que les permitan identificar los riesgos en que incurren al utilizar el sistema, de acuerdo con las reglas que para el efecto imparta la Superintendencia Bancaria;

c) Reglas y procedimientos con que contará la entidad con el fin de prevenir y mitigar los riesgos a que se expone en el desarrollo de su actividad, en especial, los de crédito, legal, liquidez, operativo, sistémico, y de lavado de activos;

d) Reglas y procedimientos internos que aplicará la entidad ante el incumplimiento de un participante, la orden de cesación de pagos dictada por alguna autoridad judicial o administrativa, el inicio de un proceso de liquidación u otro procedimiento concursal;

e) Identificación de la cuenta de depósito en el Banco de la República o de la cuenta corriente o de ahorros en un establecimiento de crédito que en principio utilizará la entidad para la liquidación de las operaciones tramitadas por el sistema. Aquellas entidades que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, deberán informar la cuenta de que trata este literal una vez inicien actividades. Cualquier modificación deberá ser informada a la Superintendencia Bancaria dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que esta se efectúe;

f) Planes de contingencia y de recuperación con que contará la entidad, los cuales deben ser capaces de asegurar, cuando menos, el procesamiento y terminación del ciclo de compensación y/o liquidación que se encuentre en curso ante situaciones tales como: fallas de los equipos, programas de computador o canales de comunicación, interrupciones o variaciones excesivas en el suministro de energía eléctrica, interrupciones en la prestación de los servicios de telecomunicaciones o en el suministro de cualquier otro insumo, u otros eventos de la misma índole;

g) El reglamento, en los términos de que trata el artículo 5° del presente decreto, el cual será parte integrante de los Acuerdos o Contratos de Vinculación;

h) El manual de operaciones.

Parágrafo transitorio. Las Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor que a la fecha de publicación del presente decreto se encuentren administrando tales sistemas y que pretendan continuar desarrollando dicha actividad, deberán adecuar su funcionamiento a más tardar a la entrada en vigencia del mismo a los requerimientos aquí establecidos, para lo cual deberán concertar un plan de ajuste con la Superintendencia Bancaria, el cual deberá presentarse dentro del mes siguiente a la publicación del presente decreto.

Las entidades que una vez vencido el plazo arriba mencionado no hayan dado cumplimiento al aludido plan de ajuste no podrán continuar actuando como Entidades Administradoras de un Sistema de Pago de Bajo Valor. En estos casos, la Superintendencia podrá dar aplicación a lo establecido en el Capítulo XVII de la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En este último evento, y con el fin de prevenir cualquier interrupción en el adecuado funcionamiento de los sistemas de pago en el país, la Superintendencia Bancaria deberá, en coordinación con los participantes del correspondiente Sistema de Pago de Bajo Valor, determinar la entidad o entidades que de manera temporal o definitiva continuarán desarrollando las operaciones de la entidad que no obtuvo el certificado de autorización.

Artículo 5°. Reglamento. Las Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán adoptar el reglamento de que trata el literal g) del artículo 4° del presente decreto.

Sin perjuicio de las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Bancaria, el reglamento que se adopte deberá contener, cuando menos, provisiones respecto de lo siguiente:

- a) Características del Sistema de Pago de Bajo Valor;
- b) Instrumentos de pago que se canalizarán a través del mismo;
- c) Mecanismos de recepción de órdenes de transferencia o recaudo;
- d) Características básicas de la compensación y/o la liquidación;
- e) Criterios de acceso a que se refiere el literal a) del artículo 4º del presente decreto, procedimientos para determinar e imponer sanciones, causales de retiro, suspensión y exclusión de un participante del Sistema de Pago de Bajo Valor, así como los mecanismos de solución de controversias;
- f) Los requisitos y los casos en los cuales las órdenes de transferencia o recaudo enviadas al Sistema de Pago de Bajo Valor se consideran aceptadas;
- g) El deber de los participantes de disponer, al final de cada uno de los ciclos de operación del Sistema de Pago de Bajo Valor, de recursos suficientes para garantizar la liquidación de las órdenes de transferencia o recaudo procesadas;
- h) El deber de los participantes de contar con planes de contingencia y de seguridad informática, para garantizar la continuidad de su operación en el Sistema de Pago de Bajo Valor;
- i) El esquema operativo y financiero de la compensación y/o liquidación de los pagos y de los activos que se utilizarán para la liquidación;
- j) Las obligaciones y responsabilidades de la entidad administradora del Sistema de Pago de Bajo Valor y de los participantes;
- k) La constitución y ejecución de garantías, cuando haya lugar;
- l) Los estándares operativos y técnicos con que cuenta la entidad administradora del sistema así como aquellos con los que deben contar los participantes del mismo;
- m) Los procedimientos alternos que serán empleados por los participantes ante diferentes eventos de contingencia;
- n) Los horarios de funcionamiento, así como las condiciones especiales para su eventual modificación;
- o) El manejo de la confidencialidad y la provisión de información a los participantes. Igualmente, los compromisos que adquiere la entidad administradora del Sistema de Pago de Bajo Valor para proteger la información y prevenir su modificación, daño o pérdida;

p) Las comisiones o cualquier otro cargo que, en su caso, puedan cobrarse entre sí los participantes en el Sistema de Pago de Bajo Valor, así como los que la entidad administradora podrá cobrar a los participantes, incluidos los respectivos procedimientos para su cobro y para su modificación;

q) Reglas y procedimientos de que tratan los literales c) y d) del artículo 4° del presente decreto.

Artículo 6°. *Deber de suministro de información.* Las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán suministrar a la Superintendencia Bancaria, al Banco de la República, a través de esta, y a las autoridades competentes, la información que requieran para el cumplimiento de sus funciones legales.

Artículo 7°. *Facultades de la Superintendencia Bancaria.* El incumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto será sancionado por la Superintendencia Bancaria en la forma prevista en la Parte Séptima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Artículo 8°. *Contribuciones.* Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 337 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la determinación de la contribución a cargo de las entidades autorizadas para administrar Sistemas de Pago de Bajo Valor, la Superintendencia Bancaria establecerá una categoría especial.

Artículo 9°. *Vigencia.* El presente decreto empezará a regir seis (6) meses después de su publicación.

INTERÉS MORATORIO - CRÉDITO DE VIVIENDA

Decreto 2204 de 2005* (junio 28)

Por el cual se reglamenta el artículo 19 de la Ley 546 de 1999

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 y el numeral 3 del artículo 2° de la Ley 546 de 1999,

Decreta:

Artículo 1°. Para el cálculo del límite de los intereses moratorios previstos en el artículo 19 de la Ley 546 de 1999, los intereses remuneratorios pactados no podrán exceder los límites

* Diario Oficial 45.954 de 2005.

fijados por la Junta Directiva del Banco de la República en la Resolución Externa 03 de 2005 y las normas que la complementen o la modifiquen.

Artículo 2º. *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga el Decreto 234 de 2000.

LÍMITES DE CRÉDITO

Decreto 1360 de 2005*

(mayo 5)

Por el cual se modifica el Decreto 2360 de 1993 sobre límites de crédito.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Decreta:

Artículo 1º. El artículo 9º del Decreto 2360 de 1993, modificado por el artículo 1º del Decreto 1201 de 2000, quedará así:

"Artículo 9º. Límites especiales. Las operaciones de crédito cuyo pago se garantice con una carta de crédito stand-by expedida por una entidad financiera del exterior, podrán alcanzar hasta el cuarenta por ciento (40%) del patrimonio técnico del respectivo establecimiento de crédito. Si la entidad financiera del exterior que otorga la carta de crédito stand-by es matriz o subordinada del establecimiento de crédito, las operaciones de crédito solamente podrán alcanzar hasta el treinta por ciento (30%) de dicho patrimonio.

Para efectos del límite a que se hace mención en el inciso anterior, la respectiva carta de crédito stand-by deberá cumplir con las siguientes características:

- a) Ser expedida por una entidad financiera del exterior cuya calificación de largo plazo más reciente, con base en los índices que determine la Superintendencia Bancaria, sea igual o superior a A o A2. La Superintendencia Bancaria determinará la forma de acreditar la calificación;
- b) Ser expedida única e irrevocablemente a favor del respectivo establecimiento;
- c) Ser pagada a su sólo requerimiento;
- d) Ser avisada por un 'Banco Avisador' en Colombia.

* Diario Oficial 45.897 de 2005.

Las garantías otorgadas por una filial en el exterior de establecimientos de crédito del país podrán alcanzar hasta el veinticinco por ciento (25%) del patrimonio técnico de la institución matriz colombiana.

El incumplimiento a lo previsto en el presente artículo dará lugar a las sanciones correspondientes a la violación de las disposiciones sobre límites de crédito, las cuales serán impuestas por la Superintendencia Bancaria, sobre la totalidad del exceso".

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

Jurisprudencia

*Crédito de vivienda. Refinanciación.
Actividad financiera*

Cheque. Canje

Seguros. Seguro de deudores. Riesgo asegurable

*Superintendencia Bancaria. Régimen
sancionatorio. Cupo individual de crédito*

CRÉDITO DE VIVIENDA - REFINANCIACIÓN -
ACTIVIDAD FINANCIERA

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-170 del 25 de febrero de 2005. Expediente T-924312.

Síntesis: *Crédito de vivienda, refinanciación en atención a circunstancias de debilidad manifiesta del deudor. Principio de buena fe y el deber de solidaridad en la actividad financiera. Potenciación del deber de solidaridad en el caso de deudores enfermos de Sida. Afectación del derecho a la igualdad y la dignidad de los deudores. Posibilidad de refinanciación del crédito en mora para atender la debilidad manifiesta de los deudores, dignidad de los deudores.*

«(...)

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

A. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que debe resolver la Sala son los siguientes:

¿Se vulneran principios superiores y derechos fundamentales cuando una entidad bancaria promueve un proceso ejecutivo en contra de los deudores de un crédito hipotecario para adquisición de vivienda de interés social y lo hace sin tener en cuenta su condición de portadores sintomáticos del virus de inmunodeficiencia adquirida, encontrarse desempleados y ser padres de cuatro hijos menores de edad?

En caso positivo, ¿Los derechos fundamentales así afectados son susceptibles de protección constitucional?

Y si ello es así, ¿Qué medidas son procedentes para suministrar tal protección?

B. Solución a los problemas jurídicos planteados

Con miras a la solución de los problemas jurídicos planteados, la Corte desarrollará los siguientes aspectos:

- La procedencia de la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de un servicio público.

- La procedencia del amparo constitucional por la vulneración de derechos fundamentales derivada del incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad.

- Las cargas que el principio de buena fe y el deber de solidaridad imponen a las entidades financieras.

- La potenciación del principio de buena fe y del deber de solidaridad cuando se trata de personas en circunstancias de debilidad manifiesta y, en particular, el caso de los enfermos de SIDA

- El proceso ejecutivo adelantado por (...) contra los deudores.

- La enfermedad, grave, ruinosa y actualmente incurable que les sobrevino a aquellos.

- El incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad y la vulneración de los derechos a la igualdad y a la dignidad de los actores.

- La inexistencia de otros medios judiciales de defensa.

- Las medidas para la protección de los derechos vulnerados.

Procedencia de la acción de tutela contra las entidades accionadas

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política la acción de tutela procede contra las autoridades y contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público. En el caso presente la acción de tutela se promueve contra una autoridad determinada por el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá y contra dos particulares determinados por el Banco (...) y la Compañía (...) S.A. Es claro que la acción procede contra el titular de ese despacho judicial. No obstante, para establecer si ella procede también contra los citados particulares, debe acreditarse si ellos prestan un servicio público.

2. Para determinar cuándo se está ante un servicio público, en Colombia se ha seguido un criterio funcional en virtud del cual se tiene en cuenta la función social cumplida por una actividad específica. Por ello, toda actividad orientada a satisfacer necesidades generales, de manera continua y obligatoria y regulada por el derecho público constituye un servicio público. Este ha sido el criterio de la jurisprudencia, desde la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 18 de agosto de 1970, y también el de la legislación, tal como se lo advierte en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto en su contenido original como en sus reiteradas modificaciones.

La Carta Política regula en múltiples disposiciones lo relacionado con los servicios públicos. Una de las disposiciones superiores más importantes en ese ámbito es el artículo 365, de acuerdo con el cual el Estado tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional. Según esta norma, entonces, pueden existir supuestos en los que la realización del principio de universalidad en la prestación de los servi-

cios públicos imponga cargas mayores a quienes cumplen esa actividad, situación que constituye una clara aplicación del principio de solidaridad.

3. De este modo, los particulares que prestan un servicio público se hallan vinculados por el principio de solidaridad y el desconocimiento de éste puede generar la vulneración de derechos fundamentales. De allí que la Carta Política haya dispuesto la procedencia de la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos. Sobre este tópico ha expuesto la Corte:

"Los servicios públicos suponen la existencia de derechos subjetivos en cabeza de los titulares de dichas prestaciones, y en algunos casos, el incumplimiento del deber de solidaridad por parte de los particulares que prestan tales servicios puede constituir una vulneración de sus derechos fundamentales. El valor jurídico - constitucional de estos servicios y sus previsibles repercusiones sobre los derechos fundamentales llevaron al constituyente a incorporar este criterio funcional también en relación con la acción de tutela, extendiendo su procedencia en contra de aquellos particulares cuya actividad constituya un servicio público. En esa medida, independientemente de que se trate de una entidad pública o privada, la tutela procede cuando la entidad preste un servicio público (Sentencia T-520-03, M. P. Rodrigo Escobar Gil)."

4. Ahora bien. La actividad financiera es un servicio público por excelencia no sólo en razón de la función social que a través de ella se cumple, del interés público que es inherente a ella y de la regulación que de ella hace la Carta en el marco de los servicios públicos; sino también porque así lo ha reconocido la legislación, desde el Decreto 1593 de 1959, y lo ha aceptado también la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia -por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de Casación Laboral del 15 de julio de 1997- y de esta Corporación -por ejemplo, en las Sentencias T-443-92 y SU-157-99.

Por lo tanto, si la acción de tutela procede contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público y si la actividad financiera es uno de tales servicios, es claro que ella procede contra entidades dedicadas a la actividad bancaria y a la actividad aseguradora, tal como ocurre en el caso presente con el Banco (...) y con la Compañía (...) S.A.

Procedencia del amparo constitucional por la afectación de derechos fundamentales derivada del incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad.

5. El principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta Política, al exigir a los servidores públicos y a los particulares, el compromiso de obrar honestamente en el marco de unas relaciones de confianza mutua y con estricta sujeción al orden jurídico, impuso la reformulación de la posición que unos y otros observaban en sus relaciones cotidianas a partir de la configuración de derechos y deberes correlativos pues, como se lo indicó en la Sentencia C-622-98, M. P. Fabio Morón Díaz, "La buena fe presenta dos aspectos, uno activo que se traduce en el deber que tienen todos los individuos y las autoridades públicas de proceder con lealtad en sus relaciones jurídicas, y otro pasivo, que se traduce en el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma".

Ahora, si bien es cierto que la determinación de las consecuencias inherentes al incumplimiento del principio de buena fe en las relaciones contractuales les incumbe a los jueces ordinarios por tratarse de conflictos estrictamente legales, también lo es que ese punto puede ser objeto de atención para el juez constitucional en el evento en que tal incumplimiento trascienda a derechos fundamentales. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso analizado en la Sentencia T-516-99, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en el que la Corte desarrolló las implicaciones de la inobser-

vancia del principio de buena fe en la remoción de empleados en provisionalidad afectados por circunstancias de debilidad manifiesta y en la que se concedió amparo constitucional a los derechos fundamentales afectados con tal determinación.

De este modo, entonces, el principio constitucional de buena fe impone deberes a los particulares en sus relaciones contractuales y si el incumplimiento de los deberes impuestos por ese principio afecta derechos fundamentales, puede haber lugar a la protección constitucional de tales derechos.

6. Por otra parte, en el constitucionalismo colombiano, la solidaridad es uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho y como tal está consagrado en el artículo 1º de la Carta. Pero, al mismo tiempo, la solidaridad es un deber de las personas consagrado en el artículo 95.2 Superior, deber que impone el despliegue de acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Desarrollando estas distintas dimensiones de la solidaridad en nuestro sistema constitucional, la Corte, en la Sentencia T-434-02, M. P. Rodrigo Escobar Gil, expuso lo siguiente:

"El Constituyente de 1991 instituyó la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho, al lado del respeto a la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general.

La Corte ha señalado que la consagración del citado principio constituye una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros del conglomerado social.

En cuanto a su contenido, esta Corporación lo define como: "un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo".

De esta manera, cada miembro de la comunidad, tiene el deber de cooperar con sus con-

géneres ya sea para facilitar el ejercicio de los derechos de éstos, o para favorecer el interés colectivo.

Este postulado se halla en perfecta concordancia con el deber consagrado en el artículo 95.2 de la Carta Política, el cual establece como deber de la persona y el ciudadano "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas."

Este deber, que vincula y condiciona el actuar tanto del Estado, como de la sociedad y la familia, no es ilimitado, y por esta razón el intérprete en cada caso particular debe establecer los límites precisos de su exigibilidad.

En síntesis, y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, puede decirse que son tres

las manifestaciones del principio de solidaridad social: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios."

En síntesis, y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, puede decirse que son tres las manifestaciones del principio de solidaridad social: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios.

sonas, el cumplimiento de determinadas funciones con miras a la realización de fines constitucionales. Ahora, la regla general es que los deberes constitucionales sólo generan obligaciones para las personas cuando han sido materia de desarrollo legal. Esto tiene sentido pues la imposición de deberes implica la configuración de límites para las libertades individuales y en una democracia el legítimo para establecer tales límites es el legislador, no la administración, ni tampoco la jurisdicción. De allí que sea la ley la encargada de fijar las circunstancias en que deben cumplirse los deberes superiores y también las consecuencias de su incumplimiento. Una vez que el deber de solidaridad ha sido desarrollado en un ámbito específico, los particulares quedan compelidos

a su observancia. Por ello, en caso de no darle cumplimiento, encontrándose en capacidad fáctica y jurídica de hacerlo, y de producirse un resultado antijurídico, éste último les resulta imputable y deben asumir las responsabilidades consecuentes a tal incumplimiento.

7. Entonces, en cuanto deber, la solidaridad se orienta a garantizar, por parte de las per-

No obstante lo expuesto, en casos excepcionales, puede ocurrir que el incumplimien-

to del deber de solidaridad en un ámbito aún sin desarrollo legal, implique la vulneración o puesta en peligro de derechos fundamentales. En este tipo de supuestos, es claro que no se cuenta con la intermediación de la legislación con miras a la concreción de ese deber en cargas específicas. Sin embargo, dada la conexión inescindible que existe entre el incumplimiento del deber de solidaridad y la afectación de derechos fundamentales y el carácter prevalente que estos tienen en el seno de una democracia, es factible que, en aras de su protección, el juez constitucional imponga cargas concretas a los particulares vinculados por ese deber pues si bien él no ha sido objeto de desarrollo legal, su concreción es posible como mecanismo de protección de los derechos fundamentales como función típicamente jurisdiccional.

8. De acuerdo con lo expuesto, entonces, el deber de solidaridad requiere desarrollo legal pues sólo por esa vía pueden imponerse cargas a las personas en cuanto límites de la cláusula general de libertad que las ampara. Sin embargo, de manera excepcional, cuando el incumplimiento de un deber constitucional, no reglamentado, implique la afección de derechos fundamentales, el juez de tutela puede suministrar protección constitucional e imponer cargas a los particulares. Es decir, el juez constitucional puede exigir el cumplimiento del deber de solidaridad como instrumento de protección de los derechos fundamentales conculcados. No obstante, las cargas a imponer deben consultar criterios de razonabilidad de cara a las circunstancias específicas de cada caso pues el principio de solidaridad no tiene tampoco alcance ilimitado.

El principio de buena fe y el deber de solidaridad en la actividad financiera

9. La Corte ha extractado las consecuencias del principio de buena fe y del deber de solidaridad en una multiplicidad de ámbitos como el régimen tributario, la seguridad

social en salud y en pensiones, las personas de la tercera edad, las obligaciones alimentarias y los servicios públicos, entre otros. Para lo que aquí interesa, la Corte resalta los desarrollos que se han hecho en el ámbito de la actividad financiera y, en particular, respecto de las cargas que ese principio y ese deber imponen a las entidades financieras cuando los deudores se ven avocados a circunstancias de debilidad manifiesta ante circunstancias como el secuestro o el desplazamiento forzado.

En este sentido, en la Sentencia T-520-03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se consideró la solicitud de protección constitucional interpuesta por una persona que había sido secuestrada y había tenido que pagar una elevada suma de dinero para su rescate, no obstante lo cual fue demandada por la entidad financiera acreedora para efectos del pago de la totalidad de la deuda, los intereses moratorios causados, las primas de seguro, los intereses moratorios sobre tales primas, los honorarios y las costas.

En tal pronunciamiento la Corte tuvo en cuenta, por una parte, las circunstancias de debilidad manifiesta del actor en razón del delito de secuestro de que fue víctima y, por otra, la legítima expectativa de la entidad financiera por el cumplimiento de la obligación contraída. Tras ponderar esos intereses en conflicto y determinar el alcance específico que en ese caso tenía el principio de solidaridad estableció las cargas que debía cumplir la entidad financiera como mecanismo de protección de los derechos fundamentales afectados con la inobservancia de tal principio.

Por otra parte, en la Sentencia T-419-04, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte determinó el alcance que el principio de solidaridad tiene cuando una entidad financiera hace efectivo un crédito contra un deudor que se halla en circunstancia de debilidad manifiesta en razón del desplazamiento forzado de que ha sido víctima. En ese pronunciamiento,

la Corte, si bien tuteló únicamente el derecho de petición del actor, también indicó que la entidad financiera debía resolver lo pedido por el actor pero, además, "garantizarle que en la fórmula de arreglo que acuerden se tendrá en cuenta su condición de desplazado y sus condiciones económicas". Es decir, conminó a la entidad bancaria a ser consecuente con el deber de solidaridad que debía orientar sus actos de cara a la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encontraba el deudor como víctima del delito de desplazamiento forzado.

Potenciación del deber de solidaridad cuando se trata de portadores del virus de inmunodeficiencia adquirida

10. Esta Corporación ha advertido que las personas afectadas por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta y que por ello deben ser objeto de especial protección del Estado, mucho más si quienes padecen esa enfermedad suelen ser estigmatizados por personas que alimentan prejuicios en torno a la infección misma o en razón de la equivocada percepción de que los infectados por ella son personas homosexuales. En este sentido, en la Sentencia SU-256-96, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, a propósito de un trabajador de un club privado despedido en razón del padecimiento de esa enfermedad, la Corte consideró el efecto vinculante del principio de solidaridad sobre la entidad demandada y el alcance de las cargas que de él se derivaban con miras a la protección de los derechos fundamentales del trabajador portador de ese virus. En el fallo se indicó:

"Consciente de su deber de solidaridad, la Corporación (...) después de despedir al trabajador sin consideración a la violación de sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social, entendió que en algo tenía que compensar los perjuicios irrogados.

Estimando que el único derecho desconocido era el de la salud, convino una indemniza-

ción que permitiera el trabajador seguir afiliado al Instituto de los Seguros Sociales. Interpretó que su deber de solidaridad se agotaba en ello, conclusión a la que llegó a partir del párrafo del artículo 10 del Decreto 559 de 1991. Es así como el abogado de la Corporación manifiesta: "es preciso decir que la ley, en este caso el Decreto 559 de 1991, ya fijó el contenido esencial del deber de solidaridad de los empleadores para con sus trabajadores portadores del VIH: *Adoptar las medidas necesarias para asegurar razonablemente el mantenimiento de la salud de éstos*". (Resaltado dentro del texto). Y avanzando en su interpretación, concluyó que este deber no era ilimitado ni en términos de tiempo ni de recursos, y el plazo y monto que convino con el trabajador fue estimado como justo límite del deber de solidaridad.

No comparte la Corte esta recortada visión del deber mencionado, por cuanto ni la Constitución ni la ley han fijado límites al mismo, lo cual significa que la naturaleza misma de las cosas es la que señala la medida adecuada en cada caso. En el evento que nos ocupa, la solidaridad ha debido ir mucho más allá, respetando en primer término la dignidad del trabajador, entendida como el merecimiento de un trato no discriminatorio, debido a toda persona por el solo hecho de ser humana, y en segundo lugar la igualdad frente al trabajo, entendida aquí como el reconocimiento de iguales derechos laborales frente a las demás personas empleadas en iguales circunstancias. Todos estos derechos, y el deber correlativo de solidaridad, sólo se podían ver justamente respetados preservando al trabajador en su cargo, o trasladándolo a otro de igual o mejor nivel dentro de la entidad, si se consideraba la inconveniencia de mantenerlo en el oficio que venía desempeñando.

La Corporación (...) al enterarse de la situación médica de su empleado, ha debido pues desplegar su deber de solidaridad manteniéndolo en su cargo, o si albergara temor por la hipotética posibilidad de contagio, dadas las labores que desempeñaba, ha debido reubicarlo en otra plaza, máxime que se trata de un empleador que tenía expedita esa posibilidad, pues contaba con una estructura de empleos relativamente amplia en la cual ha podido encontrar otra plaza adecuada para el nivel de capacitación del trabajador.

Esta era la alternativa que respetaba la dignidad, el buen nombre y el derecho a un trato igualitario de su empleado, así como su legítimo derecho a trabajar y por este medio procurarse el derecho a la salud y a la seguridad social.

La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano -impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso sub-judice, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgos hipotético.

La notoria falta en el cumplimiento del deber de solidaridad por parte de la Corporación (...), vulneró como se ha dicho, los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad, a la no discriminación, al trabajo, a la salud y a la seguridad social de su empleado."

De esta doctrina constitucional se infiere que, cuando se trata de pacientes afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, el mandato de especial protección de las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, vincula también a los particulares y que en este caso él se halla inescindiblemente ligado al deber de solidaridad que les asiste a todas las personas. Además, si ese deber se incumple y si en virtud de ello se vulneran derechos fundamentales, hay lugar al amparo constitucional de esos derechos. Finalmente, las medidas para el cumplimiento de ese deber y la consecuente protección de tales derechos no deben determinarse genéricamente sino en cada evento y de acuerdo a la naturaleza misma de las cosas.

11. Desarrollando esa línea jurisprudencial, la Corte, en un caso en el que una trabajadora había sido despedida en razón de ser portadora del VIH, tuteló los derechos vulnerados e indicó que el principio de solidaridad le imponía al patrón el deber de mantenerla en su cargo y de permitirle cumplir sus labores teniendo en cuenta su estado de salud (Sentencia T-136-00, M. P. Carlos Gaviria Díaz). Posteriormente, la Corte tuteló los derechos fundamentales vulnerados a unas personas a las que, en el proceso de adquisición de un apartamento de interés social, una compañía aseguradora les negaba la suscripción de un seguro de vida por ser portadores del virus (Sentencia T-1165-01, M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y también los derechos vulnerados a un oficial y a un soldado del ejército desvinculados por ser portadores asintomáticos del mismo virus (Sentencias T-465-03 y T-1046-03, M. P. Manuel José Cepeda). Últimamente, la Corte tuteló los derechos fundamentales vulnerados a una persona que en razón de su condición de homosexual había sido sometida a detención preventiva administrativa y a registros policiales por ser supuesto portador del virus. En este caso, la Corte indicó:

"(...) no encuentra la Corte justificado que los organismos de policía amparen la realización de detenciones preventivas a un sector determinado de la población, sustentando para ello que tienen conocimiento de la presencia en un determinado sector de una persona con VIH. Si en realidad tuviesen la potestad de aprehender a los ciudadanos por este motivo -cosa que no es cierta- tendrían que conducir a la estación de policía no a un número limitado de ciudadanos homosexuales, sino al grueso de la población de una determinada ciudad, en tanto es de amplio conocimiento -más aún para las autoridades públicas- que el virus de la inmunodeficiencia adquirida no ataca exclusivamente a una categoría cerrada de sujetos sino que, por el contrario, todos los seres humanos estamos expuestos a contraer el virus y a desarrollar posteriormente la enfermedad. En todo caso debe haber absoluta claridad

respecto de la prohibición que vincula a un ente administrativo como la policía de crear bancos de datos que contengan este tipo de información. El problema de la propagación de enfermedades infectocontagiosas y el deber de velar por la salubridad pública no se satisfacen restringiendo la libertad de circulación de algunos individuos que, con fundamento en un prejuicio social refutado, son discriminados con ocasión de su opción sexual. El mismo argumento puede extenderse a las hipótesis de detención administrativa en razón de la lesión a la moral pública que su comportamiento público comporta. A juicio de esta Corte, resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas con ocasión de comportamientos que son respetados y garantizados a los heterosexuales. De igual manera, la tesis de conformidad con la cual un grupo de personas comercia con drogas ilícitas, debe denunciarse y probarse en el curso de un proceso penal. No puede presumirse con el fundamento peligrosista consistente en que los ciudadanos con cierta opción sexual cometen este delito con ocasión de sus preferencias eróticas (Sentencia T-301-04, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet)."

12. Como puede apreciarse, entonces, existe una línea jurisprudencial definida en relación con la condición de debilidad manifiesta en que se hallan los portadores del virus de inmunodeficiencia adquirida; con la necesidad de brindarles protección especial por imperativo constitucional; con los concretos deberes que en esos casos surgen para los particulares en razón del efecto vinculante del deber de solidaridad y con la viabilidad del amparo constitucional cuando en razón del incumplimiento de ese deber se violan derechos fundamentales de tales portadores.

El caso concreto

13. En el caso concreto confluyen los temas de los que hasta este momento se ha ocupado la Corte en este pronunciamiento. Por una parte, el efecto vinculante del principio de buena fe y del deber de solidaridad sobre los particulares encargados de la prestación de un servicio público; por otra, las

cargas que ese principio y ese deber imponen cuando se trata de entidades del sector financiero y, finalmente, la potenciación de ese deber cuando se trata de personas afectadas por el virus del SIDA.

El proceso ejecutivo adelantado por (...)

14. De la secuencia fáctica reseñada en precedencia se infiere que el 29 de julio de 1999 (...) otorgó un crédito hipotecario para la adquisición de vivienda de interés social a (...) y (...). Con posterioridad, aquellos recibieron un subsidio, otorgaron escritura pública y, el 21 de marzo de 2000, suscribieron un pagaré por valor de \$21.570.000 a nombre de (...).

15. Los deudores incurrieron en mora y por ello el acreedor instauró una demanda ejecutiva. En ella se solicitó se hiciera efectiva la cláusula aceleratoria y se ordenara el pago de la deuda como también de los intereses de plazo, intereses de mora y las primas de seguros cubiertas por el ejecutante.

16. El Juzgado 37 Civil Municipal dictó mandamiento de pago el 14 de enero de 2002. Este pronunciamiento fue notificado personalmente a (...) el 26 de abril de 2002 y al curador ad-litem designado para (...), el 27 de septiembre de 2002. El proceso se adelantó en su integridad al punto que se profirió sentencia en la que se ordenó el remate del bien y, ante la declaratoria de desierto del remate, se lo adjudicó al demandante. A esta fecha, sólo se halla pendiente la diligencia de entrega del inmueble, con el consecuente desalojo de la actora y sus hijos.

En este punto, la Sala recuerda que mediante Auto de 20 de agosto de 2004, como una medida transitoria de protección y con base en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, se ordenó la suspensión de la diligencia de entrega del bien inmueble adjudicado a (...), diligencia que ya había sido dispuesta por el Juzgado 37 Civil Municipal de esta ciudad.

La enfermedad grave, ruinosa e incurable que les sobrevino a los deudores

17. Es muy relevante que en el proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado contra la actora y su compañero, aparte de las diligencias de notificación cumplidas con aquella y con el curador ad-litem del último, no exista ni una sola actuación en defensa de los intereses de los demandados. No se interpusieron excepciones de ninguna índole, la diligencia de secuestro se realizó en su ausencia y no se interpuso un solo recurso contra las decisiones proferidas. ¿Cómo se explica esta situación?

18. En el proceso se encuentra demostrado que a finales del año 2001 a (...) y (...) se les diagnosticó síndrome de inmunodeficiencia adquirida. En el diagnóstico de ingreso de aquél al Hospital Simón Bolívar suscrito el 3 de octubre de 2001 se anotó que al paciente se le diagnosticó VIH (+) SIDA "*hace dos meses*" y el 10 de marzo de 2002 en la historia clínica de urgencias de ese hospital correspondiente a (...) se anotó que a esta paciente se le diagnosticó el mismo síndrome "*hace 6 meses*". Además, existen documentos que acreditan el tratamiento médico a que se hallan sometidos los dos ejecutados.

Esta situación afectó de una manera muy grave el hogar de (...) y (...) pues, aparte de ello, su nivel económico es muy precario, se encuentran desempleados y deben sostener a sus cuatro hijos de apenas 4, 6, 8 y 9 años de edad. Sus limitaciones económicas son tales que han accedido a servicios médicos a través del régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud y viene atendiéndolos el Hospital Simón Bolívar.

Por la época en que se instauró el proceso ejecutivo, el estado de (...) era muy delicado, exigía permanente atención médica y frecuente internación clínica, afectaba gravemente el entorno familiar y comprometía su capacidad de administrar sus propios negocios. Además, ni él ni la actora conta-

ban con recursos para su atención médica y menos para procurar asesoría legal calificada para el proceso tramitado en su contra.

En medio de estos graves inconvenientes, sobrevino el proceso ejecutivo con título hipotecario ante el incumplimiento en el pago de las cuotas correspondientes al crédito otorgado por (...).

19. La actora y su compañero se abstuvieron de poner esa situación en conocimiento del Juez 37 Civil Municipal. Con todo, esa omisión no les es reproachable: En medio de una tragedia como la afrontada por esa familia desde unos meses antes de la notificación del mandamiento de pago, era comprensible que no se tuviera la suficiente serenidad de ánimo como para comparecer a un proceso ejecutivo y atender sus intereses en el mismo. Es claro que el proceso ejecutivo planteaba un problema muy delicado para esa familia. Sin embargo, la situación que afrontaban era de tan extrema gravedad que aún un problema tan significativo como la ejecución desatada, se mostraba secundario. Ello explica la completa pasividad en el proceso ejecutivo promovido en su contra.

No fue, entonces, como lo afirma la apoderada del demandante, la negligencia de los ejecutados lo que explica que no hayan aprovechado las oportunidades procesales para la defensa de sus intereses. Hacer esta afirmación es desconocer, de manera infundada y contraria a los hechos, lo verdaderamente acaecido.

20. La actora acudió en varias oportunidades a la oficina de la apoderada de (...). En ellas enteró a tal profesional de la difícil situación afrontada por ella y su familia y pidió que se le colaborara. Según refiere la tutelante, la actitud asumida por tal apoderada fue displicente, se mostró indiferente ante la enfermedad que afectaba a los ejecutados e instó a los vigilantes para que la hicieran abandonar la oficina.

El incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad y la afectación de los derechos a la igualdad y a la dignidad de los deudores

21. De acuerdo con lo que hasta aquí se ha expuesto, se tiene lo siguiente: (i) (...) y (...) adquirieron con (...) un crédito hipotecario para adquirir un apartamento de interés social; (ii) los deudores incumplieron el pago de las cuotas mensuales; (iii) (...) promovió un proceso ejecutivo que culminó con la adjudicación del apartamento a esa entidad, (iv) los deudores son portadores sintomáticos del virus del SIDA, se encuentran desempleados y deben cuidar a sus cuatro hijos menores de edad y (v) esta circunstancia fue conocida por la apoderada de esa entidad financiera, no obstante lo cual el proceso se adelantó sin miramientos de ninguna índole.

22. Pues bien. Ante ese panorama la Sala concluye que se está frente a un manifiesto desconocimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad por parte de (...). En efecto, no obstante que la apoderada de esa entidad financiera fue enterada por (...) de las difíciles circunstancias por las que atravesaba su hogar en razón de haberse detectado a ella y a su esposo el virus del SIDA, de encontrarse desempleados y de tener que velar por el sostenimiento de sus cuatro niños, la citada profesional continuó con el trámite normal del proceso, no puso ese hecho en conocimiento del juez ni mostró interés alguno en una alternativa que les permitiera a los deudores cumplir la obligación a su cargo pero de una manera compatible con la circunstancia de debilidad en que se hallaban.

Lejos de ello, la entidad financiera, a través de su apoderada, promovió el proceso con total indiferencia por esos hechos y agotó los mecanismos procesales para que se ordenara el cumplimiento forzado de la totalidad de la obligación, el pago de los intereses remuneratorios y moratorios, las primas de

seguros y los intereses moratorios sobre tales primas, los honorarios y las costas del proceso. Para la Sala, un proceder de esa índole, como se lo indicó en la Sentencia T-520-03, *"no sólo comporta una conducta desleal de los bancos, que viola el principio constitucional de buena fe aplicable a las relaciones contractuales, - sino que- también es un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que desconoce las circunstancias del incumplimiento"* y, además, constituye la negación del deber de obrar conforme al principio de solidaridad social que impone el artículo 95.2 de la Carta Política a las personas y a los ciudadanos.

23. En este punto, no puede perderse de vista que la apoderada del banco, quien tenía un interés legítimo en las resultas del proceso ejecutivo promovido, se encontraba en una situación muy diferente a la de los ejecutados. Por ello, como apoderada interviniente en ese proceso, estaba en capacidad profesional de advertir las implicaciones procesales de la enfermedad grave, mortal, actualmente incurable y ruinosa que afectaba a aquellos.

Dada la posición que ocupaba en el proceso, a tal apoderada le incumbía que el trámite del mismo se realizara con respeto de los principios y las garantías constitucionales que amparan a los demandados pues ser apoderado del titular legítimo de un crédito, no debe conducir a cosificar al deudor y a prestar oídos sordos a una situación tan grave como la reportada por (...). En ese tipo de actuaciones, debe tenerse en cuenta que el acreedor lo es del crédito y no de la persona y la vida del ejecutado como para que le esté permitido mostrarse indolente ante una tragedia que súbitamente afecta su vida y la de su familia. De allí el imperativo de atender los deberes impuestos por el principio de buena fe y el deber de solidaridad y de comprometerse activamente en la realización de las garantías procesales de trascendencia constitucional.

Frente a situaciones tan particularmente graves, que comprometen la vida misma de los ejecutados, la defensa del interés particular -desde luego legítima- al interior de un proceso ejecutivo, debe ponerse a tono con las exigencias de humanidad propias de una sociedad civilizada. Por ello, sin desconocer el derecho al cumplimiento de la obligación que le asiste a todo acreedor, sí es exigible la consideración de una situación tan grave como la reportada por la actora, pues no puede desconocerse la consecuente incapacidad de afrontar, de manera equilibrada, la defensa de sus intereses al interior de esa actuación. Ser titular de un crédito no habilita a nadie a mostrarse indolente ante la tragedia ajena, mucho más si ésta no sólo compromete la vida del deudor sino que interfiere su capacidad de asumir la defensa de sus propios negocios.

Si estas mínimas exigencias de humanidad y consideración no estuvieran fundadas en derechos y principios como los de dignidad del ser humano, solidaridad, lealtad y buena fe y no fueran jurídicamente exigibles en supuestos de afectación de derechos fundamentales, habría que concluir que la democracia constitucional colombiana ha sido suplantada por un rígido formalismo jurídico.

24. Para la Sala es claro que como consecuencia de ese obrar del Banco (...), se violaron los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad de la actora y de su compañero.

El primero, por cuanto, pese a tratarse de personas merecedoras de protección especial en razón de las difíciles circunstancias por las que atraviesan, se las sometió al mismo tratamiento a que se somete a un deudor que no se encuentra en tales condiciones de debilidad. De este modo, al no considerarse su condición especial, se les dio un tratamiento discriminatorio en virtud del cual se les exigió el cumplimiento forzado de una obligación con total indiferencia con su condición de debilidad manifiesta.

Y el segundo, por cuanto a los deudores se les negó el tratamiento debido a todo ser humano por su sola condición de tal; es decir, se les negó su condición de seres dotados de razón, libertad y responsabilidad, se los cosificó pues se vio en ellos sólo el sujeto pasivo de una obligación mercantil incumplida pero no unos seres humanos merecedores de tratamiento especial en razón de su estado de debilidad.

25. Siendo evidente, entonces, el incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad por parte de (...) y habiéndose presentado, como consecuencia de ello, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad de la actora y de su compañero, la Sala debe considerar la posibilidad de su amparo constitucional. No obstante, para ello debe determinar si aquellos contaban o no con otros medios judiciales de protección.

La inexistencia de otros mecanismos judiciales de defensa

26. La acción de tutela se interpuso con ocasión del proceso ejecutivo con título hipotecario que (...) promovió y adelantó contra (...) en razón del incumplimiento en el pago de las cuotas mensuales correspondientes al crédito que les había concedido para la adquisición de un apartamento. Entonces, ya que la acción se interpone contra un proceso ejecutivo, no debe perderse de vista que él suministra la oportunidad procesal de oponerse a la ejecución, oportunidad que se concreta en la facultad de interponer las excepciones de que trata el artículo 784 del Código de Comercio.

De acuerdo con lo expuesto, si los actores contaban con ese mecanismo ordinario de defensa, debe determinarse si en él podían invocar la excepción relacionada con la enfermedad incurable y ruinosa que les sobrevino al tiempo de la ejecución pues, en caso de haber sido así y, además, de haber sido tales medios idóneos y eficaces, no habría

lugar al amparo constitucional por no ser este un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales.

27. En torno a este punto, la Sala advierte que a los actores no les era posible oponerse a la ejecución que se les adelantaba esgrimiendo como excepción de fondo la situación de debilidad manifiesta a que se hallaban avocados. Esto por cuanto el haber resultado infectados con el virus de inmunodeficiencia adquirida no constituye en sí misma una situación que exonere del cumplimiento de una obligación crediticia. Luego, incluso en el evento de haber llegado a esgrimir ese hecho como exonerador del cumplimiento forzado de la obligación, tal alegato no hubiese constituido un mecanismo idóneo y adecuado de protección de los derechos fundamentales afectados.

Y ello es comprensible pues una situación como la reportada, más que legitimar a quienes la padecen a interponer una excepción contra la ejecución, demanda del ejecutante un comportamiento acorde con el principio de buena fe, con el deber de solidaridad y con el mandato de suministrar especial protección a quienes se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta.

28. Por lo tanto, ni la actora ni su compañero contaban con mecanismos idóneos y eficaces de protección y por ello era legítimo que acudieran a la acción de tutela en demanda de protección para sus derechos fundamentales conculcados.

Medidas para la protección de los derechos vulnerados

29. Con base en las consideraciones que hasta este momento se han expuesto, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

1. (...) y (...) adquirieron con (...) un crédito hipotecario para adquirir un apartamento de interés social;

2. Los deudores incumplieron el pago de las cuotas mensuales;

3. (...) promovió un proceso ejecutivo que culminó con la adjudicación del apartamento a esa entidad;

4. Los deudores son portadores sintomáticos del virus del SIDA, se encuentran desempleados y deben cuidar a sus cuatro hijos menores de edad;

5. Esta circunstancia fue conocida por la apoderada de esa entidad financiera, no obstante ello el proceso se adelantó de acuerdo a las normas jurídicas generales, tanto sustanciales como procesales, y por ello la ejecución prosperó, se adjudicó el inmueble a la demandante y se halla pendiente la diligencia de entrega;

6. Ese proceder de la entidad financiera implicó la vulneración del principio de buena fe aplicable a las relaciones contractuales, un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia y un manifiesto incumplimiento del deber de solidaridad impuesto por el artículo 95.2 de la Carta a todas las personas y ciudadanos;

7. Como consecuencia de ello se vulneraron los derechos fundamentales de los ejecutados a la igualdad y a la dignidad humana;

8. La actora y su compañero no cuentan con otros mecanismos judiciales de defensa.

30. En este contexto, corresponde ahora a la Sala determinar la naturaleza y el alcance de las medidas de protección a que hay lugar como manifestación concreta del amparo constitucional de los derechos fundamentales afectados. Para tal efecto, debe guardarse una relación de equilibrio entre la necesidad de suministrar protección a esos derechos y el imperativo de atender la expectativa legítima de (...) de lograr el cumplimiento del crédito, aspecto este consecuente con el carácter limitado y no absoluto del deber de solidaridad.

31. En esa dirección, es de mucha ayuda advertir que existen similitudes y diferencias entre los casos resueltos en las Sentencias T-520-03 y T-419-04 y el que aquí es materia de decisión.

En cuanto a las similitudes, en todos esos eventos se está ante ejecuciones promovidas por entidades financieras contra deu-

dores que se hallan en circunstancia de debilidad manifiesta y también en todos esos eventos tal circunstancia afecta la capacidad productiva de los deudores.

Y en cuanto a las diferencias, en tanto que en esos precedentes la condición de debilidad manifiesta de los deudores se presentó como consecuencia de delitos imputables a terceros -ya se trate de secuestro o de desplazamiento forzado- en el caso presente, la condición de desigualdad obedece al contagio con una enfermedad ruinosa y actualmente incurable, agravada por el desempleo y el deber de los deudores de cuidar de sus cuatro niños. Además, en el caso de la Sentencia T-520-03, el hecho generador de la circunstancia de debilidad manifiesta tuvo un término definido que incidió en la cobertura temporal de la protección constitucional; en el caso presente, en cambio, el hecho generador de la circunstancia de debilidad manifiesta es de carácter permanente. De otro lado, en tanto que en los citados precedentes se hallaba demostrada la total afectación de la capacidad productiva de los actores, ese hecho no está probado en el caso presente. Por último, en los precedentes citados, el proceso ejecutivo desatado contra el deudor aún no había culminando; a diferencia de ello, en el caso presente, el proceso ya culminó, se ordenó la adjudicación del bien y sólo está pendiente la diligencia de entrega.

32. Para la Sala, las particularidades del caso concreto exigen ponderar, por una parte, la necesidad de brindar amparo constitucional a los derechos fundamentales que se le han vulnerado a la actora en razón de la inobservancia de los principios de buena fe y de solidaridad, pero, al mismo tiempo, imponen tomar en consideración la legítima expectativa que alienta la entidad financiera de que se cumpla la obligación crediticia constituida a su favor.

Pues bien, teniendo en cuenta esas circunstancias, la Sala dispondrá que, por el térmi-

Para la Sala, las particularidades del caso concreto exigen ponderar, por una parte, la necesidad de brindar amparo constitucional a los derechos fundamentales que se le han vulnerado a la actora en razón de la inobservancia de los principios de buena fe y de solidaridad, pero, al mismo tiempo, imponen tomar en consideración la legítima expectativa que alienta la entidad financiera de que se cumpla la obligación crediticia constituida a su favor.

no de sesenta días, se continúe con la suspensión del proceso para que en ese lapso (...) considere la posibilidad de refinanciar el crédito concedido a los deudores, atendiendo las circunstancias de debilidad manifiesta en que se hallan.

Con esta medida se realizan los dos objetivos constitucionalmente valiosos ya citados pues, por una parte, se les facilita a los deudores el cumplimiento de la obligación tomando en cuenta las necesarias implicaciones que su estado de debilidad tiene en el cumplimiento de sus obligaciones crediticias y, por otra parte, se permite que la entidad bancaria vea satisfecha, aunque en condiciones diferentes a las inicialmente acordadas, su expectativa económica.

El término de suspensión de sesenta días se contabilizará a partir de la última notificación de este fallo de revisión.

A (...) se le ordenará, además, que al vencimiento del término de suspensión del proceso, rinda a esta Sala, un informe sobre las condiciones de refinanciación de la deuda acordadas con la actora y su compañero; informe con base en el cual se establecerá, en esta sede, si se dio o no cumplimiento a lo dispuesto en este fallo.

Consideraciones finales

33. La acción de tutela no procede contra el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, pues este despacho no tuvo conocimiento de la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encontraban los demandados. Además, el proceso ejecutivo promovido por (...) se adelantó sin incurrir en menoscabo de derechos fundamentales.

La acción tampoco procede contra la Compañía (...) S.A. pues esta entidad se limitó a suscribir las pólizas vida, incendio y terremoto necesarias para el otorgamiento del crédito a los deudores. Lo que ocurrió fue que como los actores incurrieron en mora

en el pago de las primas correspondientes, esos valores fueron cubiertos por (...) y a ellos también se extendió la ejecución promovida. No obstante, a esa entidad aseguradora no le es imputable afectación alguna de derechos fundamentales.

34. Los argumentos expuestos llevan a la Sala a rechazar la posición asumida por (...) y por los jueces constitucionales de instancia, quienes disocian completamente la condición de debilidad manifiesta en que se hallan los actores del proceso ejecutivo adelantado en su contra. Tal postura sólo es posible desde una visión formalista del universo jurídico, ajena, por lo demás, a las profundas implicaciones que en el ámbito de los derechos fundamentales tienen el incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad y el mandato de protección especial de quienes se hallan en condición de desigualdad. Tal postura, que resulta injustificable en esa entidad financiera no obstante su legítima pretensión económica, resulta verdaderamente inexplicable en jueces constitucionales pues, como lo indicó esta Sala en un reciente pronunciamiento:

"Una de las características emblemáticas del Estado constitucional es el nuevo papel del juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los Estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se lo cosifica o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos. Y lo que el ciudadano espera de sus jueces, es que estén a la altura del importante papel que se les ha asignado en las democracias modernas, no que, de manera infundada, se le planteen nuevos obstáculos y se le enrostre su ineptitud para agotar otros ritualismos (Sentencia T-119-05)."

Una de las características emblemáticas del Estado constitucional es el nuevo papel del juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél.

DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana de (...) y (...). En consecuencia, revocar las sentencias proferidas el 30 de marzo y el 7 de mayo de 2004 por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Ordenar que, por el término de sesenta (60) días, continúe la suspensión del

proceso ejecutivo adelantado por el Banco (...) contra (...) y (...).

Tercero. Ordenarle a (...) que, en el término de sesenta (60) días, refinancie el crédito hipotecario otorgado a los deudores, tomando en consideración las circunstancias de debilidad manifiesta en que éstos se hallan.

Cuarto. Ordenar que, al vencimiento del término concedido para la refinanciación del crédito, (...) rinda a esta Sala de Revisión un informe detallado sobre las condiciones de refinanciación de la deuda acordadas con la actora y su compañero. Con base en tal informe se establecerá si se dio o no cumplimiento a lo dispuesto en este fallo de revisión.

Quinto. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.»

CHEQUE - CANJE

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Sentencia del 2 de marzo de 2005. Expediente 8946-01.

Síntesis: *Devolución injustificada de cheques por parte de un establecimiento bancario; responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la devolución de cheques. Deberes del girado en el caso de todo cheque cobrado mediante canje, el girado debe identificar la persona que cobra el cheque.*

«(...)

III. La demanda de casación

Cuatro cargos han sido levantados contra la sentencia, de los cuales serán despachados, en su orden, habida cuenta que es el que lógicamente procede, los numerados primero, tercero y cuarto; el segundo, sin embargo, que resulta incompatible con las acusaciones primera y tercera, en cuanto que proclama la inhibición mientras que los otros abogan por la absolución, no habrá de estudiarse, solución que viene más con los fines de la casación.

Primer cargo

Denuncia la violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 1849, 1857, 1859, 1860, 1864, 1866, 1928, 2341, 2342 y 2343 del Código Civil, y 619, 620, 621, 652, 654, 658, 661, 662, 664, 665, 712, 713, 714, 719, 720, 725, 726, 731, 822, 866, 883, 884, 905, 947 y 1382 del Código de Comercio, y por no haber aplicado el artículo 722 de dicho estatuto.

En el desarrollo, afirmase que erró el tribunal al establecer que el actor se hallaba legitimado en la causa por activa, presupuesto para proferir sentencia de fondo -no favorable-, según lo tiene expresado la doctrina, en particular un autor nacional que da en citar; lo que a su turno traduce que allí donde no aparezca, el juez debe fallar "inhibitoriamente".

A la expedición de un cheque en desarrollo de un contrato de cuenta corriente, según el artículo 1382 del Código de Comercio, nacen dos relaciones jurídicas independientes, reguladas por la ley de manera distinta: la que vincula al banco con el librador y en virtud de la cual debe concurrir a pagarle su importe con los fondos disponibles u ofrecer su pago, y la que surge a su turno entre el girador y el tenedor, que define como cambiaria, concebida en el propósito de extinguir la obligación con el crédito que se hace a su cargo.

Y, aunque los conflictos que pueden presentarse por los incumplimientos de una y otra relación encuentran distinto tratamiento, ellas "conforman un todo armónico que inhibe la posibilidad de confundirlas o de aplicarlas"; porque cuando el banco rehusa el pago de un título valor y ampara su proceder en cualquiera de las causales contempladas en la ley, ninguna responsabilidad contractual puede endilgársele, desde luego que nadie que cumple la ley está obligado a pagar perjuicios; asunto donde apunta marginalmente que los acuerdos interbancarios, al contrario de lo aducido por el actor, se fundan en los preceptos sobre validez y regularidad que para el pago prevé la ley.

El librador es, de conformidad con lo dicho, "el punto de convergencia de dos distintas relaciones jurídicas que lo atan, diferencialmente, al banco, por un lado, y al beneficiario o tenedor del cheque por el otro".

Ahora, las consecuencias que genera el incumplimiento del contrato de cuenta corriente se hallan definidas en los artículos 720 y 722 del código en cita; el de no pagar un cheque lo sanciona la ley a favor del girador y excluyentemente en su favor, fulminándole el pago del 20% del valor del mismo, y si más perjuicios causó, con la carga de atender los que logre el cuentacorrentista demostrar; en relación con el otro vínculo, rígease éste por las reglas del derecho cambiario, que dan origen a las acciones cautelares.

El librador es, de conformidad con lo dicho, "el punto de convergencia de dos distintas relaciones jurídicas que lo atan, diferencialmente, al banco, por un lado, y al beneficiario o tenedor del cheque por el otro"; de donde cabe preguntarse cómo, dentro de ese esquema, ubica y vincula jurí-

dicamente la ley al banco y al tenedor; si existen entre ellos nexos legales de los que puedan desprenderse obligaciones o derechos. Y la respuesta a ello es que ninguna acción cabe, pues el banco se limita a atender el mandato de pago de su cliente, razón por la que éste habrá siempre de dirigirse, en caso de que el título resulte impagado, contra su deudor; "simplemente porque allí donde no hay derecho no hay acción. Porque nada se puede impetrar de aquel con quien no se tiene negocios; lo que explica por qué el artículo 722 establece que la sanción y los perjuicios ha de cancelarlos el banco al librador", aserto que apuntala con una cita doctrinal.

Desde luego, la ley no es caprichosa, pues el efecto propio de la relatividad de los negocios jurídicos impone que así sea; lo que no traduce, sin embargo, que el tenedor se encuentre huérfano de protección legal, pues a la mano tiene las acciones cambiarias contra el girador (artículo 731 *ibídem*).

En síntesis, el tenedor no tiene procesalmente acción directa contra el banco; de manera que "siempre tendrá que dirigir su pretensión en contra del girador, para que éste, en su oportunidad, y si le asiste el derecho, llame en garantía al banco, o lo demande en acción independiente. Lo contrario conllevaría diversas contradicciones, empezando porque si demanda derechamente al banco, "en acción que tendría que ser de naturaleza extracontractual dada la ausencia de vínculo jurídico con su demandado, de manera ineludible la sentencia tendría que pasar sobre un aspecto propio de la relación contractual -ajena a los extremos del proceso- que liga al banco con el girador del instrumento, toda vez que para resolver si aquél incurrió en culpa y le causó perjuicios al tenedor demandante por el no pago del cheque, irremediablemente tendría que pronunciarse sobre la manera como el banco ejecutó sus obligaciones contractuales, resolviéndose de paso sobre un extremo ajeno al proceso, con una sentencia que vincularía a quien no fue parte del litigio, como de hecho resulta serlo el girador del título".

Es diáfano, en ese orden de ideas, que el tenedor que ejercita inapropiadamente acción directa contra el banco, carece de legitimación en causa para hacerlo, lo que impone un fallo

absolutorio; de no ser así, quedaría de todos modos otro inconveniente, en cuanto que el girador, fundado en el artículo 722 citado, podría promover otro litigio contra el banco para obtener de manera legítima un doble pago resarcitorio, panorama que a más de injusto podría dar lugar a fallos contradictorios.

De no haber incurrido el tribunal en los protuberantes yerros de actividad intelectual al aplicar indebidamente los textos referidos y al no haber hecho obrar el artículo 722 del Código de Comercio, habría absuelto al banco de las súplicas que contra éste se impetraron.

Consideraciones

Acentúase por el recurrente que el beneficiario de un cheque impagado no tiene más acción que demandar a su girador, de donde deduce que jamás puede reclamarle directamente al banco, porque sólo está habilitado para hacerlo el cuentacorrentista, quien es el que tiene la relación jurídica con la entidad bancaria. Que de no ser así, por la acción de un extraño, estaríanse definiendo cuestiones que solamente atañen a los contratantes y al contrato mismo, y de golpe sin la convocatoria de todos quienes concurrieron a celebrarlo. De modo de pensar que si el tenedor resultó perjudicado, tendrá que demandar a su girador, y si, éste lo decide, podrá a su turno llamar a la entidad bancaria para que responda. Todo porque allí el tenedor es un extraño al contrato de cuenta corriente.

Para decirlo en breve, en el centro del cargo está el planteamiento de que la ejecución o inejecución de los contratos sólo se discute dentro del marco jurídico contractual y no más que entre los contratantes. Que un tercero carece de acción extracontractual porque se entremetería indebidamente en el contrato, pues el fallo que se pronuncie necesariamente tendrá que tocar aspectos contractuales.

Antójase que planteamiento de tal laya parecería encontrar apoyo en el célebre principio de *res inter alios acta*. Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado. Abogárase así porque el imperio que hace relativos a los contratos sea paradójicamente absoluto, bajo el apotegma de que los terceros, terceros son.

Con todo, tal argumento deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. Un hecho, aunque haga parte de un negocio jurídico, puede por ejemplo desgajar consecuencias no sólo civiles sino también penales, y todas serán juzgadas en sus respectivos ámbitos. Un hecho ilícito puede asimismo dejar muchas víctimas, aunque no todas estén en idéntica relación con su autor, y en ese orden de ideas concurrir allí responsabilidades diversas. Los perjuicios de un comportamiento anticontractual, verbigracia, podría lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios. Ese tercero, en la búsqueda del abono de los perjuicios, ¿alegará ante los tribunales que la prestación incumplida le pertenece? Ciertamente no. O ¿se resentirá de la mora? Tampoco. Con simplicidad se reducirá a alegar que un hecho, *mondo y lirondo*, le ha irrogado daño. Y que si ese mismo hecho hace parte de una relación jurídica que le es extraña, allá lo que suceda entre quienes tengan esa relación jurídica contractual, porque poco o nada le interesa; pero que mientras tanto aquí, por lo pronto, el autor de tal hecho ha de responderle. He ahí a la

conducta de un contratante generando responsabilidad extracontractual. Dicho de modo axiomático: dirá que no demanda al contratante, sino al agente de un hecho.

Viénesse, entonces, que sería inexacto pensar que lo que suceda por fuera de las lindes contractuales no interesa al Derecho. Ese no es el genuino alcance del principio *res inter alios acta*. En la periferia del contrato hay terceros, como se vio, que el incumplimiento del contrato los alcanza patrimonialmente, del mismo modo como en el hecho culposo de un tercero -para traer una hipótesis de contraste-, podría estar la causa determinante del incumplimiento contractual, convirtiéndose en reo de responsabilidad extracontractual. Las dos cosas se registrarán por esta especie de responsabilidad. De no, forzoso fuera compartir la teoría que el contrato constituye una coraza para quienes lo celebran, quienes jamás podrían ser demandados por extraños que, aunque perjudicados, son ajenos al mismo; y que, por ahí derecho, los hechos que entran a formar parte del mundo contractual, no pueden causar sino lesión negocial.

Y si tal ocurre en las circunstancias que referidas quedan, así es natural que suceda en el mundo de los títulos valores, así haya acciones cambiarias de por medio, a lo cual están dedicadas las siguientes líneas. En trasunto, y para adelantarle de una vez, el perjudicado por el impago de un cheque no sola ni necesariamente es el cuentacorrentista; el tenedor que perjudicado está por el impago que estima irregular, víctima como es de ese hecho, tiene un derecho legítimo a ser indemnizado por todo quien resulte responsable; en consecuencia, no por el mero hecho de que podría buscar al girador para esos efectos, deduciéndole responsabilidad cambiaria o, si es el caso, reviviendo la relación subyacente que los ata, excluye su derecho a la reparación frente a otros responsables, así sea por la vía extracontractual, como en este evento lo sería el banco.

No fue, entonces, desafortunada la aplicación ni la hermenéutica de las normas referidas en el cargo, por lo que no progresa.

Tercer cargo

Acúsase la violación, por indebida interpretación, de los artículos 658, 661, 662, 664, 665 y 719 del Código de Comercio, y por aplicación indebida, de los artículos 1849, 1857, 1859, 1860, 1864, 1866, 1928, 2341, 2342 y 2343 del Código Civil, y, 619, 620, 621, 652, 654, 658, 661, 662, 664, 665, 712, 713, 714, 731, 822, 866, 883, 884, 905, 947 y 1382 del Código de Comercio.

Encamínase a censurar sólo la interpretación de la ley que el tribunal hizo en relación con la supuesta culpa del banco; conclusión que de derrumbarse acarrearía el quiebre de la sentencia, en tanto que aun probado el daño, sin la culpa éste carece de vigencia jurídica.

Para el tribunal, la culpa del banco provino de la devolución sin causa justa de los títulos; pues que, tratándose del cobro de cheques a través de cámara de compensación, "ello hace fe de la autenticidad de la firma del 'presentante', motivo por el que no podía formular 'objeciones al respecto, por no pertenecer esta materia a la esfera de su responsabilidad'", ilación que apuntaló en lo previsto por los artículos 654, 661, 662, 664 y 720 del Código de Comercio, los acuerdos interbancarios y unas circulares de la Superintendencia Bancaria; al margen de otros preceptos que no mencionó, pero cuya aplicación está fuera de duda (artículos 658, 665, 719 y 722).

Ocorre, empero, que de esas normas jamás podría emerger tal conclusión; de ellas se desprenden reglas que atañen al ejercicio de los derechos por el beneficiario, pero de ninguna forma prevén, como no lo hace la ley, que en los eventos de cobro de cheques a través de cámara de compensación basta que el librado reciba el cheque del consignatario, para que se entienda identificado el cobrador; lo que los artículos 664 y 665 disponen es que los bancos que reciban títulos para abonarlos en la cuenta del tenedor podrán cobrarlos aun cuando no estén endosados en su favor y que, entre bancos, el sello de canje hace las veces de endoso, con el agregado de que el artículo 719 dice que esa presentación en cámara de compensación 'surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado', lo que significa que la ley asimila tal mecanismo a la presentación directa al librado, circunstancia en la que el tenedor es identificado por los cajeros del banco en las mismas ventanillas de la entidad.

De allí que la obligación de identificar al último tenedor del título se cumpla por el banco exigiendo la cédula de ciudadanía y su imposición en el cheque, bajo la firma, y mediante la comprobación de que el tenedor insertó en el cheque el número de la cédula de ciudadanía, único elemento que permite verificar su identidad; por manera que si donde la ley no diferencia, vedado tiene el intérprete hacerlo, impuesta esa obligación de identificar al último tenedor, debe el banco cumplirla, sea que el título haya sido presentado por ventanilla o a través de cámara de compensación.

Punto de la mayor importancia es el alusivo al tratamiento que en los convenios interbancarios se da al manejo del canje bancario, específicamente al pago de cheques de negociabilidad restrictiva; porque, ciertamente, la obligación de certificar los cheques consignados es de origen convencional, que no legal; certificación que no tiene como objeto diferente - nada más ni distinto - de dar certeza al girado de que están cumplidas las condiciones de la orden de pago -expedida por su cliente- de que el título será consignado en la cuenta de ese primer beneficiario. No dice, por ende, que con ella está el consignatario identificando al cobrador, porque una cosa es certificar el destino de un depósito y otra entender que con tal aseveración se haga fe de la identidad de ese cobrador. "Bien podría ocurrir que un depósito vaya a la cuenta de un determinado beneficiario, pero que quien cobra el cheque ante el girado no sea ese beneficiario".

Precisamente en razón de ello es que la causal 19 no hace más que dar cumplida aplicación al artículo 622 del Código de Comercio, "de tal manera que la devolución de un cheque es justa cuando no está identificado el tenedor por falta de anotación de su cédula y también lo es cuando falta la certificación

Por manera que si donde la ley no diferencia, vedado tiene el intérprete hacerlo, impuesta esa obligación de identificar al último tenedor, debe el banco cumplirla, sea que el título haya sido presentado por ventanilla o a través de cámara de compensación.

sobre la cuenta en que va a ser depositado el dinero, en este caso porque el banco girado requiere de certeza acerca del cumplimiento que debe darla a la orden de pago de su cliente".

En síntesis, se trata de dos situaciones diferentes; en la general, de todo cheque cobrado a través de canje, subsiste siempre para el girado el deber de verificar que vaya incorporado en él el número de la cédula de quien lo cobra; y en especial, la del cheque de negociabilidad restringida, en que la certificación del consignatario hace fe ante el girado de que el dinero se depositará en la cuenta del beneficiario, conforme lo ordenó el cuentacorrentista, lo que no enerva su deber de identificar a quien cobra el cheque. "Esquemáticamente podría decirse que mientras el consignatario debe certificar el destino del depósito, el girado debe identificar la persona que cobra el cheque".

Consideraciones

La culpa fue algo que, ciertamente, dedujo el tribunal de que el banco hubiese reclamado la identificación del beneficiario de los cheques sin un soporte válido, pues habiendo sido éstos presentados para su pago mediante cámara de compensación, tamaño exigencia venía injustificada.

Y la senda que siguió para establecerlo despegó del análisis lógico que verificó sobre la forma en que los cheques se presentaron para su pago; al respecto destacó que si bien la identificación es justificable tratándose de cheques presentados por ventanilla, en lo que hace a los otros es "un imposible", lo que impone que la tal identificación la haga el banco que recibe el depósito, y tanto más si como ocurrió en el caso, los títulos no circularon, pues quien los presentó para el cobro fue el mismo beneficiario.

Ahora, es claro que para encarar estas cosas, dice el cargo que la presentación para el pago de los títulos por cámara de compensación no releva al banco de la obligación de identificar al último tenedor; ese procedimiento, alégase, es gestión que ha de adelantar el banco, no para suplir la exigencia que en punto de la identificación del tenedor establece el artículo 662 ejusdem, sino, simplemente, para evitar que los cheques especiales que se presentan para el pago sean cobrados por persona diferente al beneficiario, cosa que es válida, precisamente a cuenta de la naturaleza especial de tal modalidad de instrumentos.

Pero más allá de dicha riña hermenéutica, lo que advierte la Corte es que el problema no lo redujo el tribunal a establecer cuál podía ser el alcance normativo del precepto 662 en torno a la obligación que viene de comentarse; el ad-quem, si bien no perdió de mira el precepto, al punto que dio en aludirlo para reafirmar que sí existe el tal deber de identificación, lo que en realidad lo persuadió de que ésta es labor que incumbe al banco que recibe el depósito y lo remite al girado, fue la imposibilidad de que el segundo pudiese realizar directamente esa comprobación.

Esto, que indudablemente constituye la piedra angular del raciocinio del ad-quem al determinar el grado de culpa del demandado, no viene fustigado en el cargo; y, en verdad, haciendo parte basilar del fallo en lo que a este preciso aspecto atañe, al punto que sin desbaratar esa consideración el tema de la inteligencia de la norma no ofrece ningún interés, la acusación deviene frustránea, como que, cualquiera que sea la hermenéutica que del texto en cuestión se tenga, lo cierto es que si el tribunal, desde su particular perspectiva, estimó

que quien había de hacer tal verificación lo era el otro banco, pues difícilmente, por la naturaleza de las cosas, podía realizarla directamente, esa consideración resulta bastante para mantener la determinación.

Claro, sin contar con que, de todos modos, la disputa que resolvió el tribunal no descendió a establecer si la firma por sí sola resultaba suficiente para la identificación, pues en últimas lo referente a dicha temática fue algo que estimó carente de influjo, desde luego que siendo otro el que hizo la verificación, la anotación de la cédula de quien presentó el título para su pago era intrascendente.

En ese orden de ideas, el cargo no puede medrar.

Cuarto cargo

Denuncia la violación directa, por falta de aplicación, del artículo 884 del Código de Comercio, y 72 de la Ley 45 de 1990.

Al fulminar al banco con la condena a pagar intereses moratorios comerciales sobre la suma de \$20'000.000, ordenó que éstos fueran cancelados a la tasa más alta para el momento en que se hizo exigible la obligación, aplicando -sin mencionarlo expresamente- el artículo 65 del Código de Comercio (sic), conforme al cual en las obligaciones mercantiles el deudor está obligado a pagar interés en caso de mora.

No obstante, si la tasa más alta para la época señalada por el tribunal era del 65.22%, es claro que con posterioridad supera los límites impuestos por los artículos 884 del Código de Comercio y 305 del Código Penal; lo que a términos del artículo 72 de la Ley 45 de 1990 acarrea la pérdida de todos los intereses, aumentados en un monto igual, así como la cárcel entre dos y cinco años y multa entre 50 y 200 salarios mínimos. A tales violaciones imple el fallo; porque es un hecho notorio el que a partir de 1999 las tasas de interés se han reducido sustancialmente; lo que traduce, por ende, en la infracción de los mentados preceptos, que dejó de aplicar.

Consideraciones

La condena al pago de intereses moratorios fulminada por el tribunal, en realidad, hay que admitirlo con el recurrente, fue desatinada; y ello es patente porque al fijar una tasa única -no fluctuante- por la cual había de guiarse su liquidación, el juzgador acabó desentendiéndose de las reglas que en materia de intereses traían el Código de Comercio y la Ley 45 de 1990, cuya aplicación debe armonizar con la norma penal encargada de fijar el límite máximo para sancionar el delito de usura.

Y, a la verdad, el criterio constante de la Corporación en el último decenio es que al determinar la tasa de interés el juzgador debe atenerse a las fluctuaciones que periódicamente surgen en su cálculo, reduciendo por ende el exceso cuando desborde el tope máximo señalado por la ley penal, porque es éste el sentido que lógicamente debe orientar materia tan delicada, donde, sobra recordarlo, de por medio está el interés público y el orden económico, y bien se sabe que "el Estado no puede incurrir en una conducta que prohíbe y sanciona en los particulares" (CCXL, página 709, en que cita [la] Sentencia C-549 de 1993).

El criterio constante de la Corporación en el último decenio es que al determinar la tasa de interés el juzgador debe atenerse a las fluctuaciones que periódicamente surgen en su cálculo, reduciendo por ende el exceso cuando desborde el tope máximo señalado por la ley penal.

Prospera el cargo, por lo que es menester proferir la decisión de instancia que reemplace esa parte del fallo acusado.

Sentencia sustitutiva

Habida cuenta de que el recurso de casación no sale victorioso sino en cuanto a lo que fue planteado en el cuarto cargo, es apenas natural que el resto de la parte resolutive de la sentencia acusada permanezca indemne, y así tendrá que reproducirse en ésta.

Así las cosas, en definitiva, se dispondrá que respecto a la condena que el Tribunal hizo en intereses (num. 4 de su fallo) sobre la suma de \$20'000.000, se tengan presente las fluctuaciones que tuvieron lugar durante el periodo correspondiente; todo sin que en ningún caso se sobrepase el límite del interés de usura establecido por el código penal. La decisión del tribunal, por lo mismo, incluye

la adición que de la misma hizo, se reproducirá en todo lo demás que, como es obvio, quedó en firme por el resultado de los demás cargos.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de 15 de diciembre de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, en este proceso incoado por (...) contra el Banco (...) S.A. y en su lugar,

RESUELVE:

Primero: Revocar íntegramente la sentencia de primera instancia, esto es la proferida en el asunto de la referencia el día 24 de julio de 1997 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de esta ciudad.

Segundo: Declarar civilmente responsable al Banco (...), sucursal (...), por la injustificada devolución de los cheques números (...) de la cuenta corriente número (...), de fecha 20 de diciembre de 1995, cada uno por la suma de \$13.000.000 m/cte, girados por (...) a (...).

Tercero: Declarar que el Banco (...) sucursal (...) es civilmente responsable por los daños y perjuicios causados al señor (...), concretados en la pérdida de las arras por valor de \$20.000.000, como consecuencia de la no efectividad del contrato realizado con (...), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Condenar al Banco (...) sucursal (...), a pagar a (...), dentro de los 6 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de \$20.000.000, junto con los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la Superintendencia Bancaria, vigente para el momento en que se hizo exigible la obligación, es decir el 26 de diciembre de 1995, pero desde allí hasta el día del pago se tendrán en cuenta las fluctuaciones de tales intereses, sin que, claro está, en ningún caso sobrepase el límite del interés de usura establecido en el Código Penal.

(...).»

SEGUROS - SEGURO DE DEUDORES - RIESGO ASEGURABLE

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 25 de mayo de 2005. Expediente C-7198.

Síntesis: *Seguro de vida grupo deudores, el riesgo asegurado es la pérdida de vida del deudor y no la imposibilidad de pago de una obligación asumida por éste. El suicidio y el riesgo cubierto, la acción subrogatoria para que los derechos de un acreedor se transmitan a un tercero que paga. La subrogación y la asunción de deudas. Consideraciones sobre la vigencia de la póliza de seguro de vida grupo deudores y el suicidio y el riesgo asegurable.*

«(...)

EL RECURSO DE CASACIÓN

Ocho cargos se formulan contra la sentencia. La Corte los resolverá en el orden lógico que corresponda, agrupando el cuarto, sexto y octavo, por impugnar en lo esencial idéntico fundamento decisorio, así como el segundo y quinto, por servirse de consideraciones comunes.

(...)

CARGO SEGUNDO

1. Denunciase la sentencia por no estar en consonancia con los hechos de la demanda.
2. Argumenta el recurrente que en la demanda no se afirma que los demandantes, en

calidad de terceros, pagaron una deuda ajena y que por eso se subrogaron en las acciones del acreedor contra las compañías de seguros, como lo creyó el Tribunal.

Al contrario, la señora (...) aduce la "calidad de beneficiaria y cónyuge sobreviviente" de (...), en tanto que los otros demandantes, "el carácter de hijos legítimos del mismo". Expresiones que no dejan duda que en esas condiciones demandaron, fundados en el contrato de seguro y en que las compañías aseguradoras incumplieron la prestación señalada en dicho contrato.

3. Además, el escrito de (...), donde solicita, subsidiariamente, que se acceda a las pretensiones de los demandantes en su condición de (subrogantes) del Banco (...) frente a las aseguradoras, no puede tenerse como una demanda o como adición o re-

forma a la inicialmente presentada, porque fuera de ser un simple escrito de intervención, no se corrió el respectivo traslado.

El Tribunal, empero, acoge la pretensión subsidiaria de la litisconsorte, pese a que no le "atribuye ninguna diferencia de fondo a los dos escritos y ciertamente no reconoce basarse para su decisión en el documento de intervención (...), sino en la demanda directamente, lo cual hace evidente la inconsonancia que se acusa".

CARGO QUINTO

1. Acúsase la sentencia por violar los artículos 1494, 1530, 1536, 1542, 1602, 1666 a 1670 del Código Civil, 822, 1080, 1037, 1137 y 1141 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la demanda, de los poderes otorgados y del escrito presentado por la litisconsorte, "al dar por probado, sin estarlo, que los demandantes obraron en calidad de (subrogantes) del Banco (...)".

1.1 Con relación a la demanda, porque la cónyuge de (...), quien igualmente afirmó que había sido "deudora solidaria", de las obligaciones, amén de beneficiaria del seguro de vida grupo deudores, y sus hijos, "herederos de éste", dijeron actuar en esas calidades, sin que afirmen que "han pagado las deudas del fallecido al Banco (...) y que en consecuencia se han subrogado en su posición de acreedor".

Al contrario, cuando manifestaron que el Banco (...) los requirió para que pagaran las obligaciones de su causante, esto denota que no podían actuar en esa posición, porque la "subrogación sólo se configura en el momento del pago".

Igualmente, si las pretensiones se encaminaron a que se indemnizaran los daños causados por la negativa de las aseguradoras al pago del siniestro, la subrogación se excluye, porque por definición únicamente ope-

ra para "perseguir el pago de la prestación que es objeto de la relación obligacional y sus accesorios".

Súmase a lo dicho que en los fundamentos de derecho de la demanda no se cita norma alguna que aluda a la subrogación. Además, el llamamiento en el libelo del Banco (...), como litisconsorte facultativo, resultaba contradictorio, porque la "subrogación supone la salida del acreedor original de la relación obligacional.

1.2 En cuanto a los poderes, la cónyuge sobreviviente lo otorga para que "gestione el pago del siniestro" por ser "beneficiaria a título gratuito del seguro de vida" y porque "el Banco (...) le está cobrando las deudas (...) en calidad de codeudora de las mismas". Los hijos en tanto lo conceden "para llevar a cabo hasta su terminación las gestiones tendientes a obtener de las demandadas el pago del seguro de vida de grupo deudores".

1.3 Respecto del escrito de intervención, del que se afirma no es idóneo para alterar o modificar la relación procesal, porque si bien el Tribunal se cuidó de apreciarlo, de todas formas, al mencionarlo, pesó en su decisión, pues en la pretensión subsidiaria se manifiesta la subrogación. Fuera de esto, contradictoriamente, en él los demandantes piden para la "sucesión de (...)", en calidad de cónyuge e hijos y como beneficiarios gratuitos del seguro de vida, siendo que el único beneficiario a título oneroso es el Banco (...).

2. Frente a todas esas expresiones, el censor concluye que los demandantes, en las condiciones dichas, ejercitaron una acción de naturaleza contractual, derivada del seguro de vida, en calidad de beneficiarios gratuitos, cuando no la tienen, porque el Banco (...) los excluye al ser el titular del interés asegurado a título oneroso.

CONSIDERACIONES

1. Como a partir de la reforma que el Decreto 2282 de 1989 introdujo al artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia susceptible del recurso de casación puede acusarse por "error de hecho manifestado en la apreciación de la demanda" (causal primera), o por no estar "en consonancia con los hechos de la demanda" (causal segunda), que son los errores que, en lo esencial, en ambos cargos se denuncian, conviene precisar, como suficientemente lo tiene por averiguado la jurisprudencia, en qué casos se puede calificar el error como de juicio y en cuáles como de procedimiento.

En la primera hipótesis, se comprende que al definir el pleito, el sentenciador se sujeta al principio que le impone resolverlo con arreglo a los hechos invocados, sólo que al fijarles su sentido y alcance, termina, sin embargo, alterándolos. En la segunda, se entiende que el juez se aparta de su contenido y lo sustituye por el que dicte su personal criterio. "Se trata, entonces, en el primer caso de un error de entendimiento del contenido de la demanda, mientras en el segundo, un yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda" (Sentencia de 27 de noviembre de 2000, expediente 5529).

2. Si como se vio, la incongruencia táctica tiene lugar cuando el juez se aparta de los hechos de la demanda y no cuando los interpreta, el cargo segundo se torna infundado, porque en verdad, todo se reduce a un problema de interpretación entre el recurrente y el sentenciador sobre los alcances de la causa petendi, lo cual precisamente se combate en el cargo quinto, a partir de aceptarse la existencia del seguro de vida grupo deudores y el pago de las obligaciones que tenía (...), al momento de su deceso, con el Banco (...), por parte de su cónyuge e hijos: el Tribunal, al concluir que como el pago de las obligaciones correspondía a las aseguradoras, en virtud del seguro de vida, los de-

mandantes al pagar, se habían subrogado en los derechos del acreedor. El recurrente, al interpretar que como aquéllos dijeron actuar en calidad de "beneficiaria y cónyuge sobreviviente" e "hijos legítimos" del causante y, según el escrito de la litisconsorte, en la de "beneficiarios del seguro", nada diferente podía comprenderse que el contrato de seguros se erigió en la fuente de sus derechos, respecto del cual no eran partes, careciendo, por lo tanto, de legitimación para demandar.

De otra parte, si en el cargo de incongruencia fáctica se acepta que el Tribunal basó su decisión "en la demanda directamente" y no "en el documento de intervención de la litisconsorte", no se explica la Corte cómo ese documento corrobora el vicio alegado. Si lo fue porque se acogió la pretensión subsidiaria de dicho escrito, siendo que no era idóneo para alterar o modificar la relación procesal, entre otras cosas, porque del mismo no se corrió traslado a la parte demandada, el problema sería otro, en todo caso ajeno a la causal de incongruencia.

3. Dilucidado, entonces, que todo se reduce a un problema de interpretación de la demanda y de otros documentos relacionados con su contenido, como se denuncia en el cargo quinto, pertinente resulta señalar que el juez al interpretar dicho libelo debe hacerlo dentro de un marco que no riña con su objetividad, pero sólo cuando la imprecisión o la oscuridad no sean de una magnitud tal que obstaculicen averiguar lo que el demandante quiso expresar. Tarea en la que, se tiene dicho, debe tener en cuenta que la "torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos tácticos hace el demandante en su demanda" (Sentencia de 16 de febrero de 1995, CCXXXIV-234).

La interpretación de la demanda, en consecuencia, debe hacerse con un criterio jurí-

dico y no mecánico, de modo racional, lógico y científico, amén de ceñido a la ley. De ahí que dentro de un contexto de respeto por los derechos fundamentales, el examen del libelo se impone de manera integral, identificando la razón y la naturaleza del derecho sustancial que se hace valer, para así superar cualquier imprecisión en que se haya podido incurrir.

4. En ese orden, debe dejarse sentado que el contrato de seguro que encontró configurado el Tribunal en el caso, es el de "vida grupo deudores", más no un seguro de crédito, porque el riesgo que asumió el asegurador era la pérdida de la vida del deudor y no la imposibilidad de pago de la obligación por parte del deudor dado su deceso, o por cualquier otra causa, con independencia de si el patrimonio dejado por el causante permitía pagar la obligación a la entidad bancaria acreedora.

Debe dejarse sentado que el contrato de seguro que encontró configurado el Tribunal en el caso, es el de "vida grupo deudores", más no un seguro de crédito, porque el riesgo que asumió el asegurador era la pérdida de la vida del deudor y no la imposibilidad de pago de la obligación por parte del deudor dado su deceso.

De un lado, al referirse, indistintamente, al "contrato de seguro vida grupo de deudores", y de otro, al señalar que los demandantes no habían invocado la calidades directas de "tomadores, beneficiarios o asegurados" de dicho contrato, pues lo que habían reclamado era el no pago del seguro al acaecer el siniestro, la "muerte" del deudor del Banco (...), pago que dichos demandantes se vieron compelidos a efectuar frente a las objeciones que formuló la aseguradora líder. Obsérvese cómo el Tribunal dijo que en el caso las "compañías de seguros se obligaron a cancelar al Banco (...) los créditos que el tercero, (...), hubiese adquirido, ocurrida la condición que ambos determinaron (su muerte), obligación que una vez cumplida esa condición facultaba a la acreedora para trasladar el riesgo y obtener el pago de las deudas de (tal) forma amparadas".

5. Siendo claro, entonces, que el riesgo que se aseguró era la pérdida de la vida del deudor, como así se aceptó a lo largo del proceso, inclusive en la demanda de casación, a tal punto que se opuso como excepción que la muerte del asegurado causada por "suicidio" no era un riesgo cubierto, para el estudio del cargo quinto no interesa examinar si desde el punto de vista sustancial los requisitos de la "acción subrogatoria", que es la que a juicio del Tribunal "en el fondo se persigue", y no otra, se encuentran probados, porque como hecho antecedente es fundamental verificar en la demanda si los supuestos que constituyen la subrogación convencional, que fue la que se encontró probada, fueron afirmados o al menos podían deducirse inequívocamente del libelo sin alterar su contenido objetivo.

La subrogación, legal o convencional, implica que los "derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas" de un acreedor se transmiten "a un tercero que paga", según se declara en los artículos 1666 y 1670 del Código Civil, lo cual significa que la obligación del deudor no se extingue, sino

que lo que se presenta es un simple cambio de acreedor. Por tanto, para calificar en un caso concreto como subrogatoria la acción propuesta, es intrascendente que se manifieste expresamente en la demanda, porque ese formulismo, superado desde antaño, no lo exige la ley.

Se requiere sí la afirmación de los hechos que la constituyen, como que los demandantes pagaron una obligación que era de cargo del tercero que se cita como demandado, para que sea el juez quien haga la imputación jurídica, así sea equivocada la del libelista. "Son los hechos, tiene dicho la Corte, la voz del derecho", razón por la cual es al juez a quien corresponde calificarlos, "no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius" (Sentencia de 17 de octubre de 1962, C-137). Como en otra ocasión se dijo, "la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se controvierte" (Sentencia de 7 de mayo de 1979, CLIC-120).

6. Frente a lo expuesto, surge diáfano que el Tribunal no incurrió en los errores que el cargo quinto denuncia, porque así no se hubiere afirmado en la demanda expresamente que los demandantes se subrogaron en los derechos y acciones del acreedor Banco (...), respecto de las aseguradoras, en calidad de deudoras, de todas formas los supuestos que exponen dichos demandantes como fundamento de las pretensiones, se encuadran en las hipótesis normativas a que se hizo referencia.

En efecto, amén de afirmar que los créditos que había otorgado el Banco (...) al señor (...), estaban amparados por un seguro de vida grupo de deudores, los demandantes manifestaron que al acaecer el siniestro, la muerte del deudor, las aseguradoras, ante el reclamo efectuado por el acreedor inicial, negaron el pago del seguro, motivo por el

cual el Banco (...), tomador y beneficiario del seguro de vida grupo deudores, procedió a requerirlos para que cancelaran las obligaciones, viéndose compelidos a hacer abonos ante el peligro de una acción judicial que los marginara del acceso al crédito.

Cotejado lo anterior con lo que expresó el Tribunal, se observa total fidelidad, porque como ya se observó, luego de advertir que la demanda "no adolecía de oscuridad", el sentenciador identificó que la condena solicitada es "por el no pago del seguro", pues cuando los demandantes solucionaron las obligaciones "entendieron que efectuaban un pago al que no estaban obligados por ser a las aseguradoras a quienes correspondía".

Igualmente, cuando consideró que al ocurrir la muerte de (...), las aseguradoras y el Banco (...) se habían colocado en deudoras y acreedor, respectivamente, por lo que no podía sostenerse que los herederos cancelaron deudas del difunto, porque el causante "nada debía al momento de su deceso", es decir, en virtud del contrato de seguro de vida grupo deudores las obligaciones adquirieron "un nuevo deudor, específicamente las aseguradoras", razón por la cual no podía negarse legitimación a los demandantes por no ser parte en el contrato de seguro.

7. En lo demás, no se ve cómo la condición de "cónyuge sobreviviente" e "hijos legítimos" del causante, afirmada bien en los poderes otorgados, ya en la demanda, pueda desvirtuar la subrogación, porque amén de ser ciertas esas calidades, precisamente el Banco (...), apoyado en las mismas, requirió a los demandantes para el pago de las obligaciones. En todo caso, como al inicio se dejó advertido, ni la omisión de las ideas ni la mención torpe de las mismas, como ahora, acaban por sí solas matando el derecho sustancial, menos cuando, como igualmente se vio, en los demás hechos está la médula que refleja la verdadera intención de los demandantes.

De otra parte, si por la subrogación, legal o convencional, se traspasan los "derechos, acciones y privilegios" del antiguo al nuevo acreedor, no es equivocado sostener, con relación al seguro de vida grupo deudores, que los demandantes adquirieron la calidad de beneficiarios, a título oneroso, porque esa era precisamente la posición del Banco (...) en el contrato de seguros, que no es lo mismo a que fueran beneficiarios "directos" del citado seguro de vida grupo deudores.

Por lo tanto, cualquier afirmación distinta, como que eran beneficiarios directos a título gratuito del seguro de vida grupo deudores, es intrascendente, por ser una interpretación que no se acompasa con el derecho suplicado. La Corte, refiriéndose a un contrato de seguros de esa naturaleza, tiene explicado que "delimitada la cobertura de la póliza al pago del saldo de la deuda en el monto que tuviese a la fecha del fallecimiento del asegurado, no cabría estipular otros beneficiarios, pues nada podrían reclamar para sí, porque el "valor del seguro va a la par con el saldo de la deuda, de manera que nunca quedará remanentes. Pero además, ese valor del seguro tiene una destinación específica: ser aplicado a la deuda del asegurado fallecido" (Sentencia 145 de 29 de agosto de 2000, expediente 6379).

Lo mismo cabe predicar de la solicitud de citación del Banco (...), como litisconsorte facultativo o como demandado, por haber sido el acreedor original, porque si bien, tal cual se expresa en el cargo quinto, la "subrogación supone la salida del acreedor original de la relación obligacional", lo cierto es que esa intervención no tuvo efecto, pues como lo señaló el juzgado, la pretensión contra dicho acreedor "no fue estimada viable y por ello, ni (...) proveyó nada al respecto, ni los actores volvieron sobre el tema". Si se hubiera admitido, la consecuencia era negar cualquier pretensión en contra del antiguo acreedor, porque evidentemente, en

palabras del recurrente, "ninguna acción en subrogación podría permitir el llamamiento como litisconsorte", "a quien era originalmente (...) acreedor".

Ahora, como el juez es quien debe aplicar las disposiciones que sean pertinentes al caso, así se hayan omitido, o las citadas sean equivocadas, el punto ninguna incidencia podría tener en la decisión, por ser un elemento de la demanda neutro. Ese aspecto, dice la Corte, "debe ser salvado por el funcionario judicial, puesto que el tipo de juez técnico que reconoce el sistema procesal vigente en Colombia, que lo presume conocedor de la ley, razón por la que ésta no debe ser probada, le impone el deber de aplicarla que corresponde al caso concreto, haciendo un ejercicio adecuado de subsunción" (Sentencia 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906).

En cuanto a la demanda de la litisconsorte necesaria, debe decirse que si el Tribunal la estimó para concluir la subrogación, cualquier duda se despejaría al respecto, en consideración a que en ella la compareciente menciona expresamente el hecho. Otra cosa es que, según el recurrente, el escrito de intervención no se pudiera valorar por no ser idóneo para modificar o alterar la relación procesal, porque en ese evento el problema sería de contemplación jurídica. Aún así, la decisión no sufriría modificación, porque como quedó analizado, los demás errores denunciados son inexistentes.

8. Distinto es que los demandantes o uno de ellos, hayan pagado la obligación como codeudores solidarios del causante, caso en el que el pago realizado no les otorga la calidad de beneficiarios del seguro de vida grupo deudores que tomó el acreedor inicial, porque con motivo de la solidaridad pasiva, el banco, ante la dificultad del cobro del seguro, por las circunstancias que fueren, bien había podido exigir el pago de la obligación al codeudor o codeudores

solidarios sobrevivientes, efectuado el cual, sin más, quedaría extinguida la obligación para todos los deudores solidarios, sin perjuicio de la "subrogación legal", contra los herederos del obligado solidario fallecido, en el caso en que fuera el interesado en la deuda.

Tratándose de un seguro de vida grupo deudores, como el del caso, y no un seguro de crédito, se reitera, recientemente se explicó que en las circunstancias especiales que ofrecía el litigio, "en el que se verifica que el acreedor beneficiario del seguro quiso hacer efectivo éste para aplicarlo a la deuda, mas no obtuvo el resultado positivo por causas ajenas a su voluntad, cuanto fue la aseguradora quien propuso una objeción que determinó en últimas que el otro deudor solidario procediera a efectuar el pago de la deuda; y en el que, además, median las relaciones internas de la solidaridad entre quien hizo ese pago y los herederos del codeudor, los que por causa de la extinción de la obligación pasaban a ser beneficiarios del seguro; debe concluirse que no hay lugar a que el demandante pueda tomar para sí igual título, beneficiario, por vía de la subrogación" (Sentencia 025 de 23 de marzo de 2004, expediente 14576).

Doctrina que desde luego no sería aplicable al caso, de un lado, porque si bien en el hecho nueve de la demanda se afirmó que, respecto de las obligaciones que tenía el causante (...) al momento de su muerte con el Banco (...), la señora (...), su esposa, era "deudora solidaria", lo cierto es que ninguno de los pagarés que motivaron la controversia, los cuales reposan en el expediente tanto en original como en copia auténtica, aparecen firmados físicamente por ella, y de otro, porque con independencia de la terminología -utilizada, el pago que el acreedor original le exigió a dicha señora no lo fue en el grado de codeudora solidaria, sino como "cónyuge sobreviviente".

9. En esas circunstancias, los cargos segundo y quinto no prosperan.

CARGO TERCERO

1. Acúsase la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda.

2. El cargo se fundamenta en que en la demanda se pide para los demandantes, pero el Tribunal impuso la condena con "destino a la masa herencial" Si realmente se hubiere solicitado para la herencia, al menos debió arrimarse la prueba de la calidad de herederos.

3. De otra parte, lo pedido se contrae exclusivamente a las "deudas del fallecido en la fecha de la muerte, más intereses causados y/o pagados por los demandados al Banco" y a la "corrección monetaria".

Sin embargo, la sentencia confirmó la orden de pago de intereses sobre los saldos insolutos, a la tasa indicada en los respectivos pagarés, desde la fecha de "cada uno de los pagos verificados por los demandantes", cuando respecto de esas sumas únicamente se demandó "corrección monetaria". Así se ratifica en la pretensión quinta de la reiterada inoportuna demanda de la litisconsorte.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impone la obligación al juez de adecuar su decisión al objeto y a la causa de la pretensión, así como a la oposición que se haya planteado. Por esto, son incongruentes las sentencias que omiten pronunciarse, en cualquier sentido, sobre los temas eficazmente propuestos por las partes o cuando a pesar de haber sido resueltos, no respetan sus límites cualitativos o cuantitativos.

Como la incongruencia es un vicio de actividad, la prosperidad de la causal segunda de casación no tiene otra finalidad que corregirlo, obviamente en sede de instancia, bien com-

pletando la sentencia deficiente, ya reduciendo la excesiva, ora conformando la decisión al proceso en el caso de desenfoque.

2. Frente a lo anterior, claramente se advierte que con relación a la primera parte de la acusación, el error no existe, porque si bien el Tribunal confirmó la sentencia apelada, esto no significa que lo fue como el juzgado redactó la parte dispositiva, es decir, que el pago debía verificarse "a favor de los demandantes y litisconsorte, con destino a la masa herencial".

Si la sentencia forma una unidad inescindible, en cuanto sus disposiciones encuentran explicación en sus motivaciones, es indiscutible que examinada en su contexto la sentencia, el Tribunal en ninguna parte confirmó que se había pedido para la sucesión de (...), porque al concluir que la acción propuesta era la subrogatoria, estaba significando que los demandantes habían pagado deudas ajenas, las de las aseguradoras, y no las de su causante.

3. En lo que resta del cargo, como el juez no puede condenar al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, la comprobación de la incongruencia objetiva, en cualquiera de sus modalidades de extra, ultra o mínima petita, supone una labor de parangón entre las decisiones de la sentencia y lo que debía ser motivo de condena, para, previa esa confrontación, verificar si se pecó por exceso o por defecto.

Frente a lo anterior, lo primero que advierte la Corte es que si para comprobar o confirmar la incongruencia objetiva se acude al escrito de la litisconsorte, es claro que para ser coherentes, el recurrente no podría echar mano de esa intervención para realizar la labor de parangón a que se hizo referencia. Esto porque si a dicho escrito no le atribuye ninguna eficacia legal, es lógico que tampoco le serviría para demostrar el vicio de procedimiento denunciado.

Empero, confrontadas las decisiones con las pretensiones de la demanda, se advierte que el error en cuestión es infundado. En efecto, tres condenas, en síntesis, contiene el libelo, la primera se refiere a las "cantidades de dinero" que el "causante" adeudaba al Banco (...) al momento de su muerte, cuyo pago correspondía a las aseguradoras; la segunda, a los perjuicios morales y materiales causados por la "negativa al pago del siniestro", consistentes, entre otros, en los "intereses corrientes y moratorios, causados y/o pagados, con posterioridad al 30 de enero de 1991"; y la tercera, a "la corrección monetaria a que haya lugar".

La sentencia de segunda instancia confirmó la condena al pago de intereses, pero modificada en cuanto a la fecha a partir de la cual debían cancelarse, así como la negativa al pago de la "corrección monetaria" y "perjuicios" distintos a intereses. Al no consignar consideración adicional, se colige que el Tribunal en el punto avaló la tesis del juzgado, según la cual la condena por perjuicios se circunscribía a los causados por la mora en el "pago reclamado", caso en el que "tales daños toman el denominativo de intereses moratorios", porque "ninguno otro perjuicio se ha producido, como que ni siquiera los actores tuvieron el cuidado de relacionarlos para su apreciación".

De manera que si en las pretensiones se solicitó el pago de perjuicios por la "negativa al pago del siniestro", consistentes en los "intereses corrientes y moratorios, causados y/o pagados por causa de los créditos mencionados, con posterioridad al 30 de enero de 1991", en ninguna incongruencia objetiva se incurrió, porque con respecto a los "créditos mencionados" (pretensión primera), se pretendió no sólo el pago de los intereses "causados con posterioridad" a la muerte de (...), sino también los "y/o pagados" al Banco (...) por los demandantes después de esa misma fecha, amén de la desestimada corrección monetaria.

3. Así las cosas, el cargo no se abre paso.

CARGO CUARTO

1. Denunciase la sentencia por violar directamente los artículos 1494, 1530, 1536, 1542, 1602, 1632, 1666 a 1670 del Código Civil, 822 y 1080 del Código de Comercio.

2. En su desarrollo, el recurrente afirma que la sentencia consideró que los demandantes pagaron una deuda ajena, pues la obligación era de las compañías de seguros frente al Banco (...), una vez ocurrido el evento previsto en la póliza de seguro de vida. Por esto concluyó que dichos demandantes se "subrogaron ocupando la posición de acreedores que antes tenía el Banco, lo cual los legitimaba para demandar el pago a las aseguradoras". También, dice, en el proceso se estableció que las sociedades demandadas "objataron el siniestro y consideraron que no estaban obligadas a pagar".

3. En ese estado de cosas, el recurrente expresa que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 1632 del Código Civil y aplicó indebidamente las demás disposiciones citadas, porque si el asegurador "no reconocía dicha deuda y desaprobaba consecuentemente su pago", el que paga contra la "voluntad del deudor no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue".

CARGO SEXTO

1. Acúsase la sentencia por haber violado las mismas normas legales que se citan en el cargo inmediatamente anterior, salvo el artículo 1632 del Código Civil, y adicionalmente, los artículos 1037, 1137 y 1141 del Código de Comercio, como consecuencia de errores probatorios de hecho, al tener por acreditado, sin estarlo, que "entre los demandantes y el Banco (...) había

mediado una subrogación de carácter convencional".

2. Expresa el censor que el Tribunal no mencionó los medios que prueban la "voluntad del acreedor en la subrogación y la constancia de la misma en la carta de pago", lo cual significa que creyó verlos, en tanto ignoró las pruebas que con claridad demuestran lo contrario.

En ninguna parte de la demanda, de los pagarés y de los documentos vistos en los folios 305, 328, 329 y 521 (C-1), 74, 75 y 77 a 79 (C-3), se afirma un hecho relativo a esos requisitos, únicamente el pagaré (...), girado por los demandantes, contiene la mención: "Crédito otorgado para refinanciar OP 00024-9 vencida en marzo 10 de 1991".

Si bien el Banco (...) utilizó en los citados documentos, antitécnicamente, la expresión subrogación, frecuentemente usada en los últimos años por el sistema financiero, su significado no es otro que asunción de deuda, en cuanto al ser refinanciadas las obligaciones del causante, los demandantes las asumieron.

3. Concluye el recurrente que la subrogación convencional no se encuentra probada, pues al ser un acto "voluntario y solemne", era necesaria la "expresa (...) manifestación de la voluntad de subrogar al que paga en los derechos y acciones del acreedor contra el deudor original, y que ello además debe hacerse constaren la carta de pago".

CARGO OCTAVO

1. Denunciase la sentencia por haber violado las mismas disposiciones que se citan en el cargo anterior, incluyendo el artículo 1632 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho que llevaron al Tribunal a suponer que "entre los demandantes y el Banco (...) había mediado una subrogación", legal o convencional, que los legitimaba para demandar.

Sobre la subrogación convencional, el censor repite la acusación contenida en el cargo sexto. La Corte, por economía, se remite al compendio del mismo.

En cuanto a la subrogación legal, el recurrente afirma que los errores probatorios se concretan en el documento del folio 24, C-1, y en la confesión del hecho octavo de la demanda, pruebas con las cuales se demuestra que las aseguradoras objetaron el pago del siniestro y que declararon abiertamente, sin género de dudas, que no se encontraban obligadas a pagar suma alguna al Banco (...) por la muerte de (...).

2.- Manifiesta el recurrente que si se hubieran examinado esos elementos probatorios, se habría concluido que el pago efectuado por los demandantes al Banco (...), se hizo "contra la voluntad" de las "aseguradoras", circunstancia que impedía la subrogación.

CONSIDERACIONES

1. Ante todo cabe observar que en la sentencia se dejó sentado que los demandantes, en calidad de terceros, al solucionar una obligación que era de cargo de las aseguradoras, como deudoras principales, habían

entrado a ocupar el lugar del acreedor, razón por la cual "estaban facultados para demandar la repetición del pago".

El Tribunal, desde luego, entendió que la subrogación a que se refería el caso era la "convencional, señalada en el artículo 1669"

del Código Civil, al definirla como "un convenio celebrado entre el tercero y el acreedor que acepta recibir el pago y subrogarlo, sin que el deudor intervenga en esa convención, el cual, por lo tanto, se torna extraño a la subrogación al no tener que manifestar su consentimiento en uno u otro sentido, porque el objeto principal de la misma es un pago, el cual puede efectuarse aún contra la voluntad del deudor".

Así mismo, cuando en el análisis de los requisitos de esa especie de subrogación, es decir, (a) la calidad de terceros de quienes pagaron, (b) la voluntad del acreedor en subrogar, (c) la mención expresa en la carta de pago y (d) la

sujeción a las reglas de la cesión de derechos, el sentenciador los encontró cumplidos. En su sentir, porque sin estar obligados "personalmente ni en nombre de la sucesión", los demandantes pagaron la obligación en virtud de la "comunicación del acreedor remitida el 2 de octubre de 1991 (f. 42) 'al requerirles formalmente la cancelación inmediata' de las obligaciones adqui-

Ante todo cabe observar que en la sentencia se dejó sentado que los demandantes, en calidad de terceros, al solucionar una obligación que era de cargo de las aseguradoras, como deudoras principales, habían entrado a ocupar el lugar del acreedor, razón por la cual "estaban facultados para demandar la repetición del pago".

ridas por el causante (...)", lo que evidentemente hicieron "conforme a la prueba emanada del propio acreedor".

2- Bajo esa óptica, claramente se advierte que las acusaciones contenidas en el cargo cuarto y en la segunda parte del cargo octavo, referidas a la subrogación legal, resultan desenfocadas, porque el Tribunal fundamentó su decisión en la existencia de la subrogación convencional.

De ahí que para nada importaba que el pago se hubiere efectuado contra la voluntad del deudor, entendiendo por tal el hecho de haber objetado la reclamación, pues si bien esa es la regla general, la recurrente no tiene en cuenta que aún así, el tercero que paga pasa a ocupar el lugar del acreedor en el caso de que éste le "ceda voluntariamente su acción", como lo prescribe el artículo 1632 del Código Civil, mismo que se cita como violado, excepción que precisamente encontró configurada el Tribunal.

3. Así las cosas, la controversia queda circunscrita a la subrogación convencional, que es a lo que se refiere el cargo sexto y lo que resta del cargo octavo, respecto de la cual se manifiesta que el Tribunal tuvo por demostrado, sin estarlo, los elementos relativos a la "voluntad del acreedor en la subrogación" y a la "constancia de la misma en la carta de pago", en tanto que ignoró los medios que acreditan que el acreedor "no subrogó a los demandantes en ninguna relación obligacional, pues se limitó a "recibir el pago" y a "declarar extinguida la deuda", luego de haber "aceptado y consentido en la objeción que los aseguradores habían formulado frente a su reclamo".

3.1 Existe acuerdo en el proceso que los demandantes pagaron al Banco (...) los créditos que estaban pendientes de pago cuando ocurrió la muerte del deudor, señor (...). Así lo acepta el recurrente al relacionar las "diferentes certificaciones y comunicaciones", amén de los pagarés con las constan-

cias del caso, y el Tribunal al remitir a la prueba que sobre el particular emanaba del "propio acreedor".

Referente a que se supuso la prueba relativa a la "voluntad del acreedor en la subrogación" y a la "constancia de la misma en la carta de pago", y que se ignoró la que existía en contrario, conviene precisar que el Tribunal la encontró en la "comunicación del acreedor remitida el 2 de octubre de 1991 (f. 42) al 'requerirles formalmente la cancelación inmediata' de las obligaciones adquiridas por el causante (...). Es fácil entender que así no se diga en ese contexto, el requerimiento comprendía las acciones judiciales que, como también lo han afirmado, quebraría en materia grave su crédito agrícola". Así mismo, en la "prueba emanada del propio acreedor, que es la misma que el recurrente relaciona, pues en el expediente no existe otra.

Igualmente cabe llamar la atención que el censor acepta expresamente que en la referida prueba documental "se alude al hecho de que alguna o algunas de esas obligaciones -se refiere a los pagarés que estaban pendientes de pago cuando sobrevino la muerte de (...) - fueron subrogadas a "(...)", inclusive a sus "hijos", como en efecto así se lee en algunos de esos documentos.

Precisamente con relación a los citados pagarés, obsérvese cómo el Banco (...) manifiesta en algunos de las certificaciones que expidió, indistintamente, luego de recibir los pagos que se le hacían, que "subrogó el saldo de la obligación (...) a (...) e hijos", que la obligación "fue subrogada a nombre" de los mismos, que la obligación es "subrogada a (...)", y que existe "subrogación a cargo de (...)" (folios 305, 323, 328, cuaderno 1, 74-75, cuaderno 3).

Desde luego que si en concordancia con la interpretación de la demanda, según se analizó al resolver el cargo quinto, esa es la realidad objetiva que presenta la prueba

documental, en ningún error probatorio de hecho por suposición u omisión de pruebas pudo incurrir el Tribunal al dejar sentada la existencia de la subrogación convencional, a partir de encontrar reunidos los requisitos relativos a la "voluntad del acreedor en la subrogación" y a la "constancia de la misma en la carta de pago", que son los que se controvierten.

De ahí que el sentenciador acertó cuando concluyó que la subrogación voluntaria se "comprendía por sí mismo, desde el momento en que el único que puede disponer de la obligación es aquél a quien pertenece, esto es al acreedor, y por lo mismo el único con capacidad para subrogar el pago. La subrogación comporta una disposición de bienes que están en el peculio de aquel". Así mismo, cuando indicó que ese pago lo realizaron los demandantes por los requerimientos del acreedor, "bajo la presión de una acción ejecutiva, y por la cardinal razón de no atenderse el pago del siniestro" por las aseguradoras".

Ahora, si la recurrente quiere significar que la carta o documento de pago no podía suplirse con ninguna otra prueba, es claro que en el punto estaba obligado a deducir otro tipo de error, el de derecho, adecuándolo de conformidad con él, como es, entre otras cosas, denunciando la norma probatoria que consideraba infringida y explicando en que consistía la infracción, como ineludiblemente lo exige el inciso final del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo demás, el Tribunal calificó a quienes hicieron los pagos como "terceros" con respecto a las relaciones entre las aseguradoras y el Banco (...). Este requisito de la subrogación convencional, que entre otras cosas no se controvierte, desvirtúa que los demandantes hayan solucionado las deudas del difunto. Como se dijo en la sentencia recurrida, no lo es porque dicho causante "nada debía al momento de ocurrir el deceso", en consi-

deración a que "por efectos del contrato de seguro", esas obligaciones se trasladaron, surgiendo un nuevo deudor, "específicamente las aseguradoras, que asumían el riesgo originado el siniestro".

3.2 Si lo anterior fuera poco, obsérvese cómo el propio recurrente acepta que en las aludidas "certificaciones y comunicaciones", el Banco (...) evidentemente refiere que las obligaciones fueron "subrogadas", y aunque aclara que la expresión se utilizó únicamente para significar que los "demandantes se subrogaron en las deudas, esto es, las asumieron", la Corte se ve relevada de analizar el tema, como pasa a verse.

El recurrente manifiesta que esa expresión no es técnica jurídicamente hablando, porque se ha "venido utilizando en nuestro sector financiero en los últimos años para aludir a algo que ciertamente no es subrogación, sino asunción de deuda". No diciéndose más sobre el punto, al romperse se advierte que no se trata de el ataque propiamente dicho en casación, porque si en verdad ese es el sentido que a esa expresión le confieren los Bancos, el censor se quedó a mitad de camino, porque no lo demuestra, pues ni siquiera remite a la Corte a donde así se indica, amén de que en el caso de haberse individualizado la acusación, es un tema novedoso en casación, porque en ninguna de las instancias se insinuó que la expresión "subrogación" el sistema financiero la ha entendido en los últimos años como asunción de deuda.

4. En ese orden de ideas, los cargos cuarto, sexto y octavo no prosperan.

CARGO SÉPTIMO

1.- Acúsase la sentencia por haber violado los artículos 1494, 1530, 1536, 1542, 1602, 1632, 1666 a 1670 del Código Civil, 822, 1080, 1056, 1064 y 1072 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho que "llevaron al Tribunal a consi-

derar probado que el suicidio estaba cubierto por el contrato de seguro".

2.- En cuanto a la conclusión sobre que el contrato de seguro, respecto de (...), se encontraba vigente desde 1986, porque no se trataba de una póliza automática, como erróneamente lo apreció el Tribunal, sino de una póliza colectiva o de grupo, respecto de la cual, uno es su marco general, y otra, distinta, cada una de las relaciones individualmente consideradas.

El Tribunal tergiversó los anexos del contrato de seguro y omitió las condiciones de la póliza grupo deudores (...), relativas a los intereses individuales, particularmente que cada amparo entraría en "vigor a partir de la fecha en que la Compañía comunique por escrito su aprobación al tomador" (condición 3) hasta el pago de la deuda (condición 12).

Igualmente, dejó de apreciar que los pagarés de 7 de marzo, 9 de mayo y 17 de octubre de 1990, se encontraban vigentes al momento de fallecer el deudor (...). Así mismo, las solicitudes de seguro de vida de las mismas fechas (folios 74-76, C-1), y los documentos de 9 de abril, 8 de mayo y 17 de noviembre de 1990, mediante los cuales la aseguradora líder "aprueba él (...) seguro en cada caso".

3.- Respecto a que el "suicidio" "era un riesgo que se encontraba cubierto (...) por la póliza de seguro", porque pese a verificarse en el anexo de 30 de octubre de 1987 que el suicidio estaba amparado, siempre y cuando ocurriera "un año después de la vigencia de la póliza", el Tribunal, con fundamento en el anexo de 1° de marzo de 1990, concluyó que esa condición original de la póliza se había suprimido, por lo que "había quedado cubierto el suicidio en todo caso".

Para demostrar el error, el censor insiste en que como el suicidio voluntario escapa al ámbito legal del seguro, es claro que al

suprimirse la cláusula que lo amparaba, siempre que ocurriera luego de transcurrido un período de carencia, un año, significa que "el asegurador optó por no cubrir el suicidio en ningún caso, para lo cual nada tendría que decirse expresamente, porque se entiende que no se pueden cubrir por el seguro los actos meramente potestativos del asegurado".

4. Sobre que el suicidio no fue voluntario, porque fuera de no mencionar los medios que acreditan ese hecho, el Tribunal "dejó de apreciar o apreció erróneamente" las siguientes pruebas.

Los interrogatorios de (...) y (...), así como el de (...), aceptando "el hecho del suicidio en forma expresa", y las declaraciones rendidas por el primero y la última, además de (...), trasladadas de la investigación penal, sobre el "estado normal de depresión y angustia del enfermo ante su estado de salud" y del "uso de medicamentos paliativos usuales en esos casos", declaraciones que dejan bien claro que el fallecido llevó hasta sus últimos días "una vida normal, que "se movilizaba con libertad en su propia casa" y "tenía relaciones normales de familia con todos sus hijos y esposa y que en ningún momento demostró haber perdido la conciencia o la coherencia de sus actos".

La actuación surtida en la misma investigación adelantada para averiguar la causa de la muerte, actuación que demuestra que (...) falleció por "heridas de arma de fuego que se infringió por su propia mano". Particularmente, la declaración de la cónyuge sobreviviente, quien expresa que su esposo "siempre tenía tendencia a suicidarse, eso era una continua lucha escondiéndole las armas, porque él intentaba mucho acabarse la vida de esa manera".

Las declaraciones de (...), médico de la familia, por sospechosas, y porque en el proceso penal "no hizo alusión alguna a estados mentales irregulares, a drogas o a otras cuestiones que hubieren eventualmente afectado

el estado de conciencia del asegurado al cometer el suicidio". Además, inicialmente el testigo trató de restar importancia a la cirugía practicada al asegurado en octubre de 1989 y ocultó su alcance mediante términos técnicos que no lo revelaban.

El dictamen de Medicina Legal, porque solicitado en el escrito de intervención, es inoportuno y extemporáneo, amén de no haber sido controvertido, pues de la solicitud de pruebas del litisconsorte no se corrió traslado, ni se dio la oportunidad de pedir pruebas a ese respecto. Igualmente, porque es una "prueba de oídas", en cuanto se fundamenta en lo dicho por el médico (...) y en un concepto de un supuesto siquiatra que no se sabe si existe y si examinó al paciente, limitándose simplemente a decir que el fallecido se encontraba en estado depresivo.

Concluye el recurrente que algunos de esos medios de prueba únicamente permiten establecer el estado depresivo del señor (...), pero no que su voluntad estuviera afectada, en tanto que otras lo que demuestran es que aparte del estado depresivo, el señor (...) se encontraba en perfecto estado mental.

CONSIDERACIONES

1.- Aunque ciertamente en la sentencia se calificó de automática la póliza de seguros (...), cuando, como se constata en su contenido, se trata de una póliza de seguro de vida de grupo, esa calificación ninguna relevancia tiene para las resultas del proceso, porque el Tribunal no concluyó que respecto del causante (...), el seguro estaba vigente desde el mismo momento en que el tomador y el asegurador concertaron los lineamientos generales.

Desde luego que si en esa especie de pólizas cada una de las relaciones singulares constituye un seguro independiente, el cual se rige, aparte de su marco general, por las condiciones particulares del caso, los errores habrían tenido lugar si el Tribunal hubiere

desconocido que conforme a la cláusula tercera de las condiciones generales, los amparos individualmente considerados entrarían en vigor a partir de la fecha en que el asegurador comuniqué por escrito su aprobación al tomador. Igualmente, si hubiere omitido observar que de acuerdo con el anexo de 30 de octubre de 1987, el amparo de cada deudor de cartera cubría el "tiempo de duración de la deuda".

Por supuesto que, como se resalía en el cargo, el Tribunal vio en la póliza de seguro de grupo de vida y en los anexos, que el amparo cubría a "todos los deudores" de cartera por el "tiempo de duración de la deuda" de cada asegurado. De manera que si así lo señaló expresamente, los errores probatorios no existen, porque cuando el sentenciador se refirió a que no se "trataba de nuevos contratos de seguro, sujetos a nuevas estipulaciones y bajo la premisa de estar vencidos los concertados inicialmente", estaba indicando que se trataba del mismo contrato marco, sólo que en virtud de las sucesivas renovaciones se había ampliado su vigencia.

Por lo tanto, no es que la póliza de seguro de grupo de vida haya estado vigente, con relación al causante (...), desde el primer período de vigencia, o que cada vez que a éste se le otorgara un crédito, tuviera que perfeccionarse un nuevo contrato, porque en ese evento se estaría frente a un seguro de vida individual y no de grupo. Lo que se dijo en la sentencia es que de "presentarse las condiciones requeridas en los anexos", el seguro "amparaba esos créditos o se sujetaba a exámenes médicos de superar las cuantías previamente señaladas o la edad de los asegurados".

Siendo claro, entonces, que con relación a los créditos que tenía (...) al momento de su muerte con el Banco (...), el seguro de vida se encontraba vigente desde el 8 de mayo, 9 de abril y 17 de octubre de 1990, fecha en que la aseguradora líder aprobó el

seguro en cada caso, todo de conformidad con lo estipulado en la condición tercera general de la póliza, según la cual los "ampares individualmente considerados sólo entrarán en vigor a partir de la fecha en que la Compañía comunique por escrito su aprobación al tomador", pasa a examinarse si el Tribunal incurrió en los demás errores que se le imputan, al dejar por establecido que el riesgo de muerte por suicidio se encontraba cubierto y que el mismo fue involuntario.

2. Es indiscutible que la muerte, que es un hecho futuro, pero cierto, constituye un riesgo asegurable, en los términos del artículo 1054 del Código de Comercio. Mas, como la ocurrencia de todo riesgo no debe depender "exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario", para que dé origen a la obligación del asegurador, surge el interrogante de si el suicidio responde al concepto jurídico de riesgo asegurable.

Desde luego que si quitarse la vida depende de la "voluntad del tomador", la muerte causada por suicidio, entonces, no sería un riesgo asegurable. Pero como una persona puede suprimir su existencia sin que la voluntad juegue ningún papel, la doctrina ha distinguido el suicidio consciente del inconsciente, según el agente tenga capacidad para comprender el acto que pretende realizar.

Antígono Donati sostiene que el "suicidio presupone la voluntariedad del acto y ésta su conciencia; sin la conciencia no hay la voluntad. De la voluntad, en cambio, se diferencia la capacidad de entender y querer, que desaparece cuando hay una enfermedad mental, pero no cuando solamente existe un estado emotivo y pasional" (Los Seguros Privados, p. 460). Joaquín Garriges, por su parte, enseña que el "suicidio deja de serlo para el contrato de seguro sobre la vida cuando la voluntad está viciada. No hay suicidio si el suicida esté loco o mentalmente desequilibrado; como no lo hay tampoco cuando no existe la voluntad de quitarse la vida, como ocurre con los actos imprudentes que ocasionan, sin querer, la muerte" (El contrato de Seguro Terrestre, p. 514).

En términos generales, en igual sentido se pronuncia la doctrina nacional (J. Efrén Ossa G., Teoría General del Seguro, pp. 100-102). El mismo autor, con (...) de Antonio Mejía Jaramillo, que comparte, expresa que "En cambio, el suicidio no deliberado, que es el producido en un estado en el que el asegurado no adquiere cabal juicio del alcance y la gravedad de su acto, es compatible con el seguro. Su calidad de inconsciente, o sea, la no intervención exclusiva de la voluntad del asegurado, al instante de darse la muerte, lo hace asegurable, no importa la época en que ocurra después de iniciado el seguro".

Por lo tanto, no es que la póliza de seguro de grupo de vida haya estado vigente, con relación al causante (...), desde el primer período de vigencia, o que cada vez que a éste se le otorgara un crédito, tuviera que perfeccionarse un nuevo contrato, porque en ese evento se estaría frente a un seguro de vida individual y no de grupo.

Síguese de lo dicho que como el suicidio inconsciente, el cual se ubica en el terreno de la involuntariedad, es susceptible de seguro, es claro que cuando las pólizas de seguro de vida cubren el riesgo de muerte por suicidio, luego de transcurrido un período de carencia, esa exclusión temporal no puede aplicarse al suicidio que es compatible con el seguro. En otras palabras, los períodos de carencia se aplican al suicidio voluntario y no al inconsciente, porque como quedó explicado, el riesgo queda cubierto después de iniciado el seguro sin importar la época en que ocurra. Distinto es que, con independencia de su validez, acaecido el suicidio voluntario fuera del término excluido, las compañías de seguros "honren sus compromisos en ese sentido", como se expresa en el cargo.

3. Así entonces, cualquier discusión sobre la vigencia de la condición particular quinta contenida en el anexo de 30 de octubre de 1987 (folio 12, C-1), referida al seguro de vida de grupo (...), sobre que en "caso de suicidio de cualquier persona asegurada por esta póliza acaecido dentro del primer año siguiente a partir de la fecha de iniciación de su seguro, no hay tugara indemnización por parte de la Compañía", condición que se dejó sin efecto según anexo 6 de 1º de marzo de 1990 (folios 17-20), resulta estéril a todas luces.

Si el Tribunal concluyó que (...) se quitó la vida de manera inconsciente, dadas sus condiciones físicas y síquicas, debe entenderse que ese riesgo nada tenía que ver con el período de carencia, porque el amparo estaba cubierto desde la iniciación particular del seguro. Por tanto, si equivocadamente interpretó en la póliza de seguro de vida de grupo y en sus anexos, cosa distinta, al menos en lo que hace relación a la controvertida condición especial quinta, la cual, como se dijo, se dejó sin efecto posteriormente, los yerros, por lo dicho, se tornan intrascendentes, pues la Corte en sede de instancia de todas formas tendría que concluir que la muerte por

suicidio inconsciente, por llamarlo de alguna manera, era un riesgo asegurable.

4. Otra cosa es que (...) se haya quitado la vida voluntariamente y no inconscientemente como lo concluyó el Tribunal, fundado en el "dictamen pericial en tomo a las condiciones síquicas y físicas del asegurado, respaldadas en un testimonio técnico que, por provenir de quien lo tratara desde tiempo antes a su fallecimiento no ofrece ni puede ofrecer los reparos que se le han endilgado, aquél es admisible para demostrarla involuntariedad del mismo".

En el proceso existe la prueba de la muerte del asegurado, inclusive causada por suicidio, como lo revelan los restantes medios que el cargo singulariza. Pero como, según lo explica el autor nacional citado, al beneficiario le incumbe probar únicamente la muerte del asegurado, al "paso que al asegurador corresponde la de la causa exceptiva: el suicidio voluntario (C. de Co., art. 1077)" (p. 102), el éxito de la casación se supeditaría a que esas pruebas demuestren la voluntariedad del suicidio.

De manera que así se hubiere cometido algún error probatorio en la apreciación del dictamen pericial y en las pruebas que lo fundamentan, medios respecto de los cuales el Tribunal concluyó que el suicidio había sido inconsciente, de nada serviría remover esos errores, si ninguna otra prueba demuestra la voluntariedad del suicidio. Por supuesto que los demás elementos persuasivos que singulariza el cargo lo que acreditan es la muerte por suicidio, pero no que el suicidio haya sido voluntario al "instante" de causarse, porque así los mismos medios narren episodios que revelen una vida normal del causante, o indicativos de una tendencia al suicidio, esto no lleva necesariamente a concluir que al momento de la muerte, el señor (...) estaba en pleno uso de sus facultades mentales.

5. El cargo, en consecuencia, no prospera.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República, NO CASA la sentencia de 7 de abril de 1997, proferida por el Tribunal Superior del Dis-

trito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de (...) contra las sociedades (...) Seguros de Vida S.A. y Seguros (...) S.A.

Costas del recurso a cargo de las demandadas recurrentes. Tásense(...).»

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - RÉGIMEN SANCIONATORIO - CUPO INDIVIDUAL DE CRÉDITO

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Ligia López Díaz. Sentencia del 9 de junio de 2005. Expediente 14188.

Síntesis: *Caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria. Endeudamiento directo e indirecto en un caso de infracción a las normas que rigen la aprobación de los cupos individuales de crédito, informe sobre la situación financiera del deudor y la calidad de codeudor.*

«(...)

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, procede en primer término establecer si operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria, como lo sostiene el recurrente, y en consecuencia, si procede la anulación de los actos mediante los cuales sancionó al señor (...), por infracción a las normas que rigen la aprobación de los cupos individuales de crédito, en su calidad de miembro de la Junta Nacional de Directores de (...).

Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en anteriores oportunidades, en el sentido de que, es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si la administración obró oportunamente, independientemente de la interposición de los recursos correspondientes, puesto que lo que hace la autoridad administrativa al dar respuesta a los recursos, es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos o errores, que ella tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionatoria¹.

1 Sentencias del 18 de septiembre de 2003, Exp. 13353 M.P. Ligia López Díaz, del 9 de diciembre de 2004 Exp.14062 M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Lo anterior, con base en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, que dispone: "*Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas*", disposición general aplicable a las actuaciones sancionatorias surtidas por la Superintendencia Bancaria, antes de la consagración específica del término de caducidad por el legislador en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Sustituido. Ley 795 /2003, art. 45), en los siguientes términos:

"Artículo 208. Reglas generales. Se establece en esta parte del estatuto el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de éstas.

(...)

6. Caducidad. La facultad que tiene la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones caducará en tres (3) años contados de la siguiente forma:

- a) En las conductas de ejecución instantánea, desde el día de su consumación;
- b) En las conductas de ejecución permanente o sucesiva, desde la realización del último acto y,
- c) En las conductas omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar.

La notificación del acto administrativo sancionatorio correspondiente interrumpirá el término de caducidad de la facultad sancionatoria."

En el caso bajo análisis, la Superintendencia Bancaria impuso sanción al señor (...), porque en su calidad de miembro de la Junta Nacional de Directores de (...), en reunión celebrada el 28 de agosto de 1997, aprobó un cupo individual de crédito a (...), que según la entidad supervisora, excedía los límites legales.

Implica que los tres años previstos para ejercer la facultad sancionatoria, vencían el 28 de agosto de 2000. Como la Resolución 0845 por la cual se impuso la sanción al demandante, se notificó personalmente el 8 de junio de 2000, es evidente la oportunidad legal de la actuación, por lo que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria. No prospera el cargo, tal como decidió el a quo.

En cuanto al fondo de la litis, corresponde decidir sobre la legalidad de la sanción impuesta, atendiendo para ello las razones de inconformidad del demandante, que se concretan en tres aspectos a saber: falsa motivación, porque no existe coincidencia entre los hechos probados y el supuesto de hecho señalado en la norma que se pretende aplicar, toda vez que el exceso de endeudamiento de (...), ocurrió antes de la aprobación del cupo individual de crédito por la Junta de Directores de (...), que es el hecho sancionado; se sumaron sin respaldo legal, los créditos por préstamos a otra cooperativa de la cual (...) era codeudor; y se adicionaron los créditos otorgados a otras seis cooperativas, con base en la prueba indiciaria del traslado de los dineros desembolsados por tales créditos, a la cuenta de (...).

Al respecto la Sala observa:

Consta en el acta 523 de la Junta Nacional de Directores del Banco (...), de la cual hacía parte el señor (...), que en reunión celebrada el 28 de agosto de 1997, se aprobó a la

Cooperativa Multiactiva (...), un cupo individual de crédito por \$15.600.000.000, que según consta en el acta, equivale al 25% del patrimonio técnico aproximado de (...); se dejó constancia de las garantías ofrecidas por la cooperativa, hasta el 5% del patrimonio técnico; y se advirtió que el cupo incluye endeudamiento total por obligaciones directas e indirectas vigentes a la fecha, cupo de sobregiro/sobre encaje, hasta por \$3.000.000.000. (fl. 54 c.a.)

Con base en la inspección realizada a los libros de contabilidad y demás documentos contables del Banco (...), cuyas conclusiones quedaron consignadas en el informe 07-98 (fls. 3 y ss c.a.), la Superintendencia Bancaria estableció que existió un exceso al cupo individual de crédito aprobado en la citada sesión, teniendo en cuenta que de acuerdo con los saldos pendientes a la fecha de aprobación del cupo, el endeudamiento de (...) superaba el 25% del patrimonio técnico del banco, así:

-Saldo operaciones de crédito ordinario: \$11.666.706.000

-Préstamos a cargo de Construcciones (...) S.A., en los cuales (...) es Codeudor: \$722.266.000

-Endeudamiento indirecto a través de créditos otorgados a otras cooperativas, cuyos recursos fueron recibidos por (...) para la compra de acciones de (...) (noviembre-diciembre de 1996): \$13.500.000.000

-Total endeudamiento directo e indirecto de (...) a la fecha de aprobación del último cupo de crédito (28 de agosto de 1997): \$25.888.972.000

-Cupo adicional individual aprobado en 28 de agosto de 1997: (\$15.600.000.000)

-Patrimonio técnico de (...) a julio de 1997: \$62.570.293.000

-25% del patrimonio técnico: \$15.642.673.000

EXCESO TOTAL: \$10.246.299.000

Lo anterior, con fundamento en el artículo 23 del Decreto 2360 de 1993, según el cual *"el patrimonio técnico será el calculado con base en el último balance mensual que se haya transmitido a la Superintendencia Bancaria"*, que para el caso concreto correspondía al mes de julio de 1997, teniendo en cuenta que el último cupo individual de crédito aprobado a (...), fue en agosto del mismo año.

Los hechos verificados en la diligencia de inspección, fueron puestos en conocimiento del demandante, (oficios de 19 de agosto de 1998 y 12 de enero de 1999), y se le solicitaron las explicaciones pertinentes. En sus descargos sostuvo el accionante, que se cumplieron estrictamente los presupuestos previstos en el artículo 2º del Decreto 2360 de 1993 para la aprobación del cupo de crédito. Para demostrar su afirmación invocó como única prueba, el acta 523 de la Junta de Directores, (fls. 44 c.a. y 48 c.p.) por considerar que resultaba suficiente confrontar los datos consignados en dicha acta, con la citada disposición, para concluir que el cupo de crédito se aprobó, sin exceder la cuantía máxima individual. Posición que reiteró en la demanda, sin aportar prueba adicional alguna, y constituye ahora fundamento del recurso de apelación interpuesto.

Dispone en lo pertinente el artículo 2° del Decreto 2360 de 1993:

"Artículo. 2°. Cuantía máxima del cupo individual. Ningún establecimiento de crédito podrá realizar con persona alguna, directa o indirectamente, operaciones activas de crédito que, conjunta o separadamente, superen el diez por ciento (10%) de su patrimonio técnico, si la única garantía de la operación es el patrimonio del deudor."

Sin embargo podrán efectuarse con una misma persona, directa o indirectamente, operaciones activas de crédito que conjunta o separadamente no excedan del veinticinco por ciento (25%) del patrimonio técnico, siempre y cuando las operaciones respectivas cuenten con garantías o seguridades admisibles suficientes para amparar el riesgo que exceda del cinco por ciento (5%) de dicho patrimonio, de acuerdo con la evaluación específica que realice previamente la institución."

Si se compara el porcentaje límite del 25% previsto en la disposición transcrita, así como la exigencia de garantizar el riesgo que exceda del 5% del patrimonio técnico; frente a los datos que aparecen consignados en el acta de aprobación del cupo individual de crédito, es evidente que desde el punto de vista simplemente formal, existe una adecuada correspondencia.

Pero ocurre que los datos consignados en el acta 523, no tienen soporte probatorio alguno, que permita confirmar la realidad de los mismos; y por el contrario, mediante pruebas directas, como la inspección física a los libros y soportes contables del banco, se demostró, por la entidad supervisora, que para la fecha de aprobación del cupo individual de crédito (agosto 28/97), (...) registraba un endeudamiento de \$25.888.972.000, que superaba el 25% del patrimonio técnico del banco, en \$10.246.299.000 y en consecuencia, tampoco se tendrían como suficientes las garantías que supuestamente cubrían el exceso del 5% del patrimonio técnico, que como se observa resultó ser superior al que aparece consignado en el acta de aprobación del cupo.

De otra parte, es incuestionable que la aprobación de un cupo individual de crédito, debe necesariamente estar precedida de un estudio que permita verificar la real situación económica del deudor, que es adicional al estudio de las garantías ofrecidas por el deudor para cubrir el exceso del 5% del patrimonio técnico, a que se refiere la norma antes transcrita, pero que en todo caso, no cabe duda que uno y otro deben constituir las actuaciones previas a la aprobación del cupo, las que obviamente debían ser consultadas por los miembros de la Junta de Directores, como responsables de la decisión adoptada; estudios que no hacen parte del acta 523, no fueron aportados al proceso y sobre ellos tampoco se dice nada en la demanda.

Es decir que para aprobar el cupo de crédito de (que) se trata debía necesariamente existir un informe sobre la real situación financiera de (...), puesto en conocimiento de los miembros de la Junta Directiva, en el cual constaría la existencia de los créditos directos e indirectos otorgados y la destinación de los mismos.

En tales circunstancias, y ante la ausencia de pruebas y argumentos que permitan demostrar que el demandante obró con la diligencia a que estaba obligado en su calidad de miembro de la Junta Nacional de Directores, para la Sala está claro que se incumplió con la obligación legal que tienen los administradores de obrar con lealtad, con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados, y de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias,

(arts. 23-2 Ley 222 de 1995; 72- literal g) y 209 del EOSF). En consecuencia, se tipificó la conducta sancionada, esto es "Violar cualquiera de las normas legales sobre límites a inversiones, a concentración de riesgos y de créditos y seguridad en el manejo de los negocios." (art. 72 E.O.S.F.), tal como se concluyó en los actos acusados.

Ahora bien, es lógico entender que en el caso concreto, si para la fecha de aprobación del cupo individual de crédito (28 de agosto de 1997), (...) registraba un endeudamiento por operaciones de crédito directas e indirectas, que superaba ampliamente el patrimonio técnico del Banco de julio de 1997, al aprobarse un cupo adicional, no sólo se incrementaba el endeudamiento ya existente, sino que surgía en ese momento el exceso, sin que al respecto resulte relevante establecer si se desembolsó o no suma alguna por cuenta de la última autorización del cupo, porque en cualquiera de los dos eventos, lo que hace censurable la decisión de la Junta, es desconocer, o más bien hacer caso omiso, del excesivo endeudamiento existente.

En cuanto a la acumulación del saldo del crédito a cargo de Construcciones (...) S.A., en el cual, según consta en el informe de inspección, (...) era codeudor, hecho no controvertido por el actor, se observa:

El artículo 7° del Decreto 2360 de 1993, señala expresamente las operaciones que no se computarán para establecer el cumplimiento de los cupos individuales de crédito, dentro de las cuales no se señala la generada en virtud de la calidad de codeudor; por lo que puede interpretarse que fuera de tal señalamiento deben incluirse todas aquellas operaciones que en alguna forma puedan afectar la condición financiera del sujeto beneficiario del cupo individual de crédito; tal como se infiere de los artículos 1° y 2° ib., y más concretamente la disposición prevista en el parágrafo 3° del artículo 10 ib., al referirse a las operaciones que se entienden realizadas con una misma persona jurídica, que reza:

"En todo caso, el establecimiento de crédito deberá acumular las obligaciones de personas jurídicas que representen un riesgo común o singular, por tener acciones o asociados comunes, administradores comunes, garantías cruzadas o una interdependencia comercial directa que no puede sustituirse a corto plazo, en el evento en que se presentara una grave situación financiera para una de ellas se afectaría sustancialmente la condición financiera de la otra u otras, o cuando el mismo factor que pudiera determinar una difícil situación para una de ellas también afectaría en un grado semejante a las demás."

Es decir que
para aprobar el
cupo de crédito de
(que) se trata debía
necesariamente existir
un informe sobre la real
situación financiera de
(...), puesto en conocimiento
de los miembros de la Junta
Directiva, en el cual
constaría la existencia de
los créditos directos e
indirectos otorgados
y la destinación de
los mismos.

No cabe duda que la grave situación financiera del deudor (Construcciones (...) S.A.), afectaría sustancialmente la condición financiera del codeudor (...), si se tiene en cuenta que

No cabe duda que la grave situación financiera del deudor (Construcciones (...) S.A.), afectaría sustancialmente la condición financiera del codeudor (...), si se tiene en cuenta que de acuerdo con lo previsto en los artículos 1568 y 1571 del Código Civil, el acreedor (...) está facultado para exigir a este último el pago de la totalidad del saldo pendiente de la deuda que se registraba a la fecha de aprobación del cupo individual.

de acuerdo con lo previsto en los artículos 1568 y 1571 del Código Civil, el acreedor (...) está facultado para exigir a este último el pago de la totalidad del saldo pendiente de la deuda que se registraba a la fecha de aprobación del cupo individual. Situación prevista en la disposición antes transcrita. Así que, contrario a lo afirmado por el recurrente, la decisión de acumular el crédito indirecto originado en la calidad de deudor solidario de (...), tiene pleno respaldo legal.

En cuanto a la acumulación de los créditos otorgados a otras cooperativas, que según el informe de inspección fueron abonados a la cuenta de (...), son igualmente pertinentes las consideraciones precedentes, puesto que si para la fecha de aprobación del cupo, tales créditos registraban saldos pendientes, existía una relación directa de interdependencia que podría llegar a afectar la situación financiera de la beneficiaria del cupo autorizado.

De otra parte, del informe de inspección hacen parte las notas débito y los respectivos registros contables, que demuestran que los créditos otorgados a otras cooperativas, fueron abonados inicialmente en las cuentas corrientes de sus respectivos titulares, pero en la misma fecha, mediante notas débito se trasladaron a la cuenta corriente de (...). (fls. 36 a 57 c.a.). También consta en el informe de inspección, que en desarrollo de la misma se indagó si existía algún tipo de documento donde constara acuerdo o delegación de poder de las cooperativas a (...), para la negociación y adquisición de las acciones de (...), y la respuesta fue negativa.

Al respecto se ha limitado el demandante a afirmar que no tenía conocimiento de los hechos anotados; que los dineros producto de los préstamos fueron depositados en la Tesorería de (...), para la compra de las acciones en nombre de las demás cooperativas, que también son titulares de las acciones de (...); sin embargo, no aportó al proceso prueba alguna que permitiera demostrar en qué calidad actuó (...) respecto de las demás cooperativas, en la operación de adquisición de las acciones, mientras que del informe de inspección hace parte el contrato de prenda con tenencia de acciones, de 23 de mayo de 1997, suscrito por (...), a favor de (...), que la señala como propietaria de las acciones en (...) S.A. (fl. 60 c.a.)

Acerca de la confianza legítima que dice vulnerada el recurrente, porque sobre la acumulación de créditos indirectos, era otro el criterio de la Superintendencia Bancaria, antes de la ocurrencia de la conducta sancionada, se observa en primer término que no se aportó al proceso prueba alguna sobre la supuesta posición doctrinal de la entidad supervisora en relación con el tema, y tampoco se demuestra que la conducta sancionada haya sido motivada por el criterio oficial, luego nada aporta al proceso el estudio sugerido por el recurrente acerca de la confianza legítima.

En conclusión, no se encuentran configuradas las violaciones en que se sustenta la pretensión de nulidad de los actos objeto de la demanda, como se concluyó en la sentencia apelada, por lo que procede su confirmación.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada. (...)»



Conceptos

Acciones. Entidades vigiladas. Inversión extranjera

Acciones. Patrimonio autónomo.

Fiducia mercantil. Derecho de preferencia

Lavado de activos. Mercado cambiario.

Representante legal. Establecimientos bancarios.

*Conflictos de interés. Cajas de compensación
familiar*

Revisor fiscal. Posesión. Registro mercantil

Relación de conceptos

Acciones - Entidades vigiladas - Inversionistas extranjeros

Concepto 2004060742-2 del 3 de mayo de 2005

Síntesis: *Negociación de acciones de entidades vigiladas. Requisitos para obtener la aprobación de la inversión que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de entidades vigiladas. En el caso de la aprobación para inversión extranjera se aplican iguales porcentajes para no dar un trato discriminatorio frente a la inversión nacional.*

«(...) consulta sobre la aplicación de las normas que reglamentan la negociación de acciones de las entidades vigiladas (artículos 88 y 91 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), específicamente, si el análisis que efectúa esta Entidad sobre la solvencia patrimonial, profesional y moral del inversionista extranjero procede únicamente en los casos en los cuales la transacción recae sobre el diez por ciento (10%) o más de las acciones suscritas o se extiende igualmente a aquellos eventos de adquisición de acciones sobre un porcentaje menor.

Sea lo primero señalar que las normas sobre cuya interpretación se indaga, relativas al funcionamiento de las instituciones financieras se encuentran incorporadas en la Parte Tercera, Capítulo X, denominado "Propiedad Accionaria" del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Así, cuando el artículo 88 de la citada normativa dispone que toda transacción de acciones de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto la adquisición del diez por ciento (10%) o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, *requiere so pena de inejecia, la aprobación del Superintendente Bancario*, busca que se realice un examen de la idoneidad, responsabilidad y carácter de quienes están ingresando al sistema, así como las condiciones

de la inversión y capacidades de los interesados en adquirirlas.

Para tal efecto, el numeral 3.4 del Título Primero, Capítulo Segundo de la Circular Externa 7 de 1996 (Circular Básica Jurídica) dispone los requisitos que deben acreditarse para solicitar la aprobación de la inversión a fin de que las operaciones se efectúen dentro del marco legal planteado.

Ahora bien, en tratándose de inversión extranjera, el artículo el 91 ibídem establece de manera general la posibilidad de que los inversionistas extranjeros participen en el capital de las instituciones vigiladas suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción, e indica que corresponde a la Superintendencia Bancaria cerciorarse de la solvencia patrimonial, profesional y moral del inversionista extranjero.

En torno a esta materia, nótese que el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000 (Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior) al autorizar la inversión extranjera en el capital de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, expresamente remite para estos efectos a las disposiciones

de carácter financiero. En efecto, los artículos 18 y 19 del citado Decreto, establecen:

"Artículo 18. Participación extranjera. Los inversionistas del exterior podrán participar en el capital de las instituciones financieras, suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción.

El registro de las inversiones de capital del exterior en el sector financiero sólo podrá hacerse una vez se obtengan las autorizaciones de la Superintendencia Bancaria para la constitución u *organización y/o adquisición de acciones de cualquier institución financiera, conforme a lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones que lo modifiquen* (resaltado extratextual).

Artículo 19. Régimen General Aplicable. La inversión de capital del exterior en instituciones financieras *se regirá por las disposiciones generales sobre la materia en todo aquello que no haya sido regulado por el presente título*" (resaltado extratextual).

En este orden de ideas, es claro que bajo el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia, la participación de inversión extranjera en el sector financiero se rige por las normas generales en la materia¹, es decir, lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Esas disposiciones en el caso que nos ocupa se refieren claramente al artículo 88 cuando se exige la aprobación, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por esta Superintendencia, respecto de *toda*

En este orden de ideas, es claro que bajo el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia, la participación de inversión extranjera en el sector financiero se rige por las normas generales en la materia.

transacción de acciones de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto adquirir el diez por ciento (10%) o más de las acciones de una vigilada y al artículo 91 que regula la participación del inversionista extranjero en el capital de las entidades vigiladas.

No obstante, frente a esta disposición a pesar de que podría considerarse que la inversión *en cualquier proporción* exigiría obtener autorización previa de esta Entidad, a fin de que se verifique la solvencia patrimonial, profesional y moral de los interesados en adelantar la operación, se estima que efectuando una interpretación sistemática² de tales disposiciones, esto es, como parte integrante de un conjunto o sistema jurídico y no en forma aislada, sino en fun-

1 En todo aquello que no haya sido regulado en tal normativa, tal como lo señala la norma.

2 Al respecto señala la doctrina nacional: "El derecho no es, como a veces se cree, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada.

(...) la esencia de este método radica en que la fuente formal del derecho en que se funda la solución del problema debe ser interpretada en función de la institución jurídica de que forma parte, pues ella solo es algo en función del todo a que pertenece" (Giraldo Ángel Jaime, Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica, Tercera Edición, Librería del Profesional, 1985, págs. 107 y 108).

En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán establecer condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas residentes nacionales.

ción de la institución jurídica de la que hace parte, es decir, en relación con las normas que regulan la propiedad accionaria de las entidades vigiladas, se estima que la operación relevante y la inversión que resulta de interés para esta Superintendencia es aquella en la que se adquiera o transe el diez por ciento (10%) o más de las acciones de una institución financiera, sin que deba interpretarse literalmente la expresión en "cualquier proporción", pues ello conduciría a que se dé un trato discriminatorio frente a la inversión nacional.

A este respecto, cabe anotar que el artículo 15 de la Ley 9ª de 1991 establece que "*Con excepción de aquellos asuntos referentes a la transferencia de recursos del exterior, la inversión extranjera en Colom-*

bia, será tratada para todos los efectos de igual forma que la inversión de nacionales colombianos".

A su turno, el artículo 2º del Decreto 2080 de 2000 prevé expresamente el principio de igualdad en el trato, por cuya virtud "La inversión de capital del exterior en Colombia será tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán establecer condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas residentes nacionales".

De esta forma, entendemos que se trata de un régimen unificado sobre la materia y que las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, particularmente el artículo 91 de participación de inversionistas extranjeros, debe analizarse a la luz de su principio orientador, como en efecto lo es el denominado trato nacional.

Igualmente, es importante tener en cuenta que el artículo 88 constituye una norma de carácter excepcional y restrictiva, comoquiera que establece una hipótesis exacta para efectos de su aplicación, es decir, deben darse los presupuestos que contiene para que la misma opere; así, teniendo en cuenta que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación y que la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes (artículo 31 del Código Civil)³, se insiste en que sólo cuando la inversión extranjera supere el monto fijado

3 "El principio de hermenéutica jurídica que estatuye que las disposiciones de carácter excepcional, en materias que no sean penales, deben interpretarse restrictivamente por causa de su previsión y exactitud, lo mismo se impone para el efecto de no extender una excepción más allá de los límites indicados en ella, que para el efecto de no reducirla a punto de sustraer de su imperio casos que en ella deben quedar naturalmente comprendidos. Si la excepción hubiera de extenderse, bastardaría de su naturaleza para convertirse en regla, y si hubiera de reducirse, el dominio sustraído de ella quedaría en condición de excepción. En ambos extremos se incurriría en un error manifiesto" (Acuerdo, 29 septiembre 1917, XXVI, 154), publicado en el Código Civil, Editorial Temis, 1982, Pág. 66.

por el artículo 88, varias veces citado, se requerirá aprobación de esta Superintendencia, para lo cual se examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas.

En consecuencia, no es dable afirmar que la atribución de la Superintendencia Bancaria de cerciorarse de la solvencia patrimonial, profesional y moral del inversionista extranjero, prevista en tal artículo pueda efectuarse sobre porcentajes menores al previsto en el artículo 88, en virtud de lo previsto en el artículo 91, toda vez que una conclusión en este sentido constituiría una discriminación en el trato, que es justamente lo que proscribe la Ley 9 de 1991, reiterado por el Decreto 2080 de 2000.

Finalmente, no sobra señalar que la participación del inversionista extranjero en el capital de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, también puede darse por eventos diversos a la negociación de acciones, tal como, la constitución de una de las entidades vigiladas, por cuya virtud compete a esta Superintendencia examinar para efectos de su autorización, que se acrediten satisfactoriamente el carácter, la responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación (Artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), sin importar si se trata de nacionales o extranjeros y sin que tal circunstancia constituya vulneración al principio de igualdad en el trato, máxime cuando el artículo 91 así lo dispone.»

Acciones - Patrimonio autónomo - Fiducia mercantil - Derecho de preferencia

Concepto 2004060203-0 del 23 de junio de 2005

Síntesis: *Las acciones de una sociedad anónima en liquidación pueden ingresar a un patrimonio autónomo derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil. El patrimonio autónomo no puede ser considerado accionista. Ni el fideicomitente y los beneficiarios del fideicomiso pueden reputarse accionistas pues el accionista único es el gestor fiduciario quien ejerce los derechos de voto. La fiduciria vocera del fideicomiso constituido debe respetar el derecho de preferencia en las gestiones de venta de acciones verificando requisitos y formalidades al negociar el derecho de propiedad en su calidad de vocera del patrimonio autónomo.*

«(...) consulta si el derecho de preferencia constituido por estatutos sociales sobre las acciones de (...) S.A. -hoy en liquidación- es aplicable a la transferencia de 244.570.118 acciones de esa misma entidad de propiedad de (...) CFC S.A. -también en liquidación- (por intervención realizada por esta Superintendencia el ... de 1999) a un patrimonio autónomo administrado por (...) S.A. con la finalidad primordial de atender la cancelación de las obligaciones de los acreedores de dicha intervenida.

En el mismo sentido, si los actuales liquidadores de (...) S.A. quedan o no exonerados del deber de verificar las formalidades y requisitos de la enajenación o negociación del derecho de propiedad de dichas acciones tal y como lo establece el artículo 416 del Código de Comercio y si la inobservancia del derecho de preferencia pactado a favor de los demás accionistas de (...) S.A. constituyen o no justa causa para negar la inscripción de la pretendida enajenación al patrimonio autónomo en el libro de registro de accionistas de (...) S.A.

Por último, pregunta si el liquidador de (...) CFC estaba o no legalmente autorizado para celebrar el referido contrato de fiducia de administración y pago de recursos de manera tal que el traspaso de acciones al fideicomiso se hubiera podido realizar sin sujeción al mencionado derecho de preferencia.

Sobre el particular, es del caso advertir en primer lugar que el presente pronunciamiento no implica dirimir conflicto alguno en particular ni impartir autorización especial en relación con alguna operación referida al tema consultado, y se efectúa con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

En segundo lugar, el Superintendente Bancario se pronunció recientemente a través del concepto 2003035259-1 del 2 de junio de 2004 frente a unos supuestos de hecho parecidos a los esbozados claramente en su consulta, razón por cual vale la pena traerlos a colación a continuación para el análisis posterior frente al caso en particular:

"(...) I. En palabras de Vivante, *"La palabra acción se usa en varios sentidos, y la ley se vale de uno u otro según las exigencias de su concepto. Ora indica con dicha palabra cada una de las fracciones en que se ha dividido el capital; ora el conjunto de derechos y obligaciones que nacen a los socios del contrato social; ora, por fin, el título con que los socios hacen valer sus derechos y los transmiten a otros"*¹. Dicha polisemia, acogida por la doctrina nacional², se encuentra también en la legislación colombiana³ y sirve para distinguir entre la acción en una sociedad anónima entendida, por un lado, como un bien mueble incorporeal, susceptible de ser objeto de un derecho real de propiedad que forma parte de un patrimonio, y, por el otro, como el conjunto de derechos personales que de cada acción se derivan a favor de la persona natural o jurídica a quien se le reconoce la calidad de accionista, es decir, de asociado o parte del contrato de sociedad anónima.

Las acciones en una sociedad anónima, entendidas como bienes susceptibles de la "especificación" que se exige en el artículo 1226 del Código de Comercio (en adelante, "C. de Co."), pueden ingresar al patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de un contrato de fiducia mercantil. Y ello puede ocurrir como consecuencia de: a) la celebración de un contrato de fiducia mercantil y la correspondiente transferencia de las acciones fideicomitidas por parte del fiduciante al fiduciario; b) *la ejecución de un contrato de fiducia mercantil y, de acuerdo con la finalidad del mismo, la adquisición de acciones por cuenta del patrimonio autónomo correspondiente.*

1 VIVANTE, Cesare. Tratado de Derecho Mercantil, trad. R. Espejo. Ed. Reus, Madrid, 1932, Tomo II., n. 458 p. 20

2 PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales, Ed. Temis, Bogotá, 3ª. Ed, 1989, vol. II. Tipos o Formas de Sociedades ps. 177 y ss.

3 La acción como fracción en que se divide el capital, en el art. 373 C. de Co.; su representación en títulos negociables, en el art. 375 C. de Co.; como conjunto de derechos, en el art. 379 C. de Co.

Aunque la finalidad que puede determinar el fiduciante en el contrato de fiducia mercantil no está limitada en la ley, para los efectos de este concepto el análisis puede circunscribirse al caso de fideicomisos de inversión o de fideicomisos de administración encomendados por uno o varios fiduciantes a una sociedad fiduciaria a través de fiducias mercantiles. En el primer caso, se cobija la hipótesis en la cual las sumas de dinero aportadas para la constitución de la fiducia de inversión se invierten total o parcialmente en acciones, mediante la suscripción en el mercado primario o la adquisición de las mismas en el mercado secundario; y en el segundo, se tiene en cuenta el supuesto en el cual la administración encomendada al fiduciario involucra la adquisición, administración y enajenación de acciones a cualquier título.

La acción en una sociedad anónima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 379 del C. de Co., confiere a su propietario, sin distinguir la causa de adquisición o título, un conjunto de derechos de crédito que son exigibles con base en el contrato de sociedad. Es obvio que los derechos y obligaciones de origen societario se radican en un patrimonio, con o sin personalidad, y que el patrimonio receptor no puede ser considerado accionista; aquí de lo que se trata es de establecer el sentido y alcance con que una sociedad fiduciaria, en desarrollo de la gestión a que se obliga como fiduciario, ejerce y cumple los derechos y obligaciones derivados del contrato social correspondiente a las acciones que ingresan al patrimonio autónomo que administra. En otras palabras, es necesario precisar en qué forma se entiende que una sociedad fiduciaria, que legalmente no puede convertirse en propietaria de los bienes que integran un patrimonio autónomo fiduciario que se distingue de su propio patrimonio, actúa legalmente como accionista en provecho de los beneficiarios, con cargo y por cuenta del patrimonio autónomo fiduciario al cual ingresan las acciones y para cumplir con la finalidad que le ha sido encomendada por el fiduciante.

II. Cuando una o varias acciones son fidecomitidas al celebrarse una fiducia mercantil, o cuando ingresan a un patrimonio autónomo fiduciario preexistente, el respectivo patrimonio autónomo no se convierte en accionista, y ello por el hecho elemental de que en la ley se establece que tal calidad es privativa de los sujetos de derecho, esto es, de las personas naturales o jurídicas que por el contrato de sociedad se obligan a hacer un aporte en dinero (C. de Co. art. 98) o que adquieren una acción ya suscrita. Pero esto no impide la transferencia de acciones al patrimonio autónomo, ni la adquisición de acciones por cuenta del patrimonio autónomo; cosa distinta es que quien actúa por cuenta y en nombre del mismo es el fiduciario, independientemente de si hay uno o varios fiduciantes, uno o varios beneficiarios, y de si hay coincidencia total o parcial entre la identidad de los fiduciantes y los beneficiarios.

Cuando dicha suscripción o adquisición ocurre, el fiduciario es inscrito como propietario en el libro de registro, no de accionistas sino de acciones, como se le denomina en la ley en forma acorde con el carácter capitalista y no personalista de la sociedad anónima. Esa inscripción es consecuencia, o de un contrato de suscripción que da derecho a que se le expida a su nombre el título documental que justifique su calidad de tal, según se establece en el artículo 399 del C. de Co., o de la orden escrita del enajenante a que se refiere el artículo 406 del C. de Co. sin distinguir el título o causa de enajenación. Y es importante advertir que la referida anotación como "propietario" no elimina la distinción legal que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1233 del C. de Co., existe entre el patrimonio del cual es titular la sociedad fiduciaria y los patrimonios autónomos afectos a la finalidad de las respectivas fiducias mercantiles de las que sea parte.

En este concepto, por supuesto, no se hace referencia a la inscripción del fiduciario como propietario de acciones que ingresen a su propio patrimonio, sino de aquellas que ingresan a un patrimonio autónomo que, según se establece en el artículo 1226 del C. de Co., él administra para cumplir con la finalidad determinada por el fiduciante en provecho de éste o del tercero beneficiario.

III. La transferencia de bienes a título de fiducia mercantil y la administración de los bienes que forman parte del patrimonio autónomo conllevan un régimen legal especial que ha

llevado a esta Superintendencia a expresar, en concepto OJ-479 de septiembre de 1973, que "la fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (artículo 1227 del C. de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (numeral 2o. artículos 1234, 1236 del C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (artículo 1238 del C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (numeral 4o. artículos 1234, 1236 del C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (artículo 1238 del C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)."

Así las cosas, la propiedad fiduciaria es meramente instrumental⁴; pero no por ello puede desconocerse que se realiza una transferencia de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, necesaria, precisamente, para la finalidad que se persigue con el negocio fiduciario, transferencia que genera efectos frente al propio fideicomitente y frente a los terceros en condiciones especiales respecto de las reglas generales aplicables al derecho real de dominio ordinario y a los derechos de persecución o de "prenda general" de los acreedores respecto de los bienes de su deudor común. En efecto, aunque los bienes objeto de la fiducia hayan salido del patrimonio del fiduciante e ingresado al patrimonio autónomo, los acreedores del fiduciante conservan la posibilidad de perseguirlos si sus acreencias son anteriores a la constitución del negocio fiduciario (C. de Co. art. 1238); y como consecuencia de la separación o "autonomía" patrimonial de los bienes fideicomitidos respecto "del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios", como se dice en el artículo 1233 del C. de Co., tales bienes no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, según se establece en el artículo 1227 del C. de Co. y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida a través del contrato.

Este carácter instrumental de la propiedad fiduciaria, que es un simple medio al servicio de la finalidad determinada por el fiduciante, por lo cual el contrato constituye la regla "heterónoma" a la cual está afecto el así llamado patrimonio "autónomo", lo reafirman las restricciones normativas que establece el estatuto mercantil al eliminar toda posibilidad de que el fiduciario adquiera definitivamente el dominio de los bienes fideicomitidos y/o impida el retorno de los mismos al fideicomitente o beneficiario cuando el contrato se extinga. Así, en el artículo 1244 del Código de Comercio se señala expresamente que "será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos"; y en el artículo 1242 del mismo ordenamiento se destaca que "salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos".

IV. (...)

V. (...)

4 Crf. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia, Edición Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, Bogotá, Noviembre de 1998. ps. 66-72.

VI. Cuando se produce el ingreso de acciones al patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de una fiducia mercantil, ello no puede tener ni como causa ni como efecto ninguna clase de violación o fraude a la ley considerada en su conjunto⁵; en los términos del tercer inciso del subnumeral 1.2., numeral 1, Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996⁶) de esta Superintendencia, "El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales"⁷. Se conserva así un principio general que ya había sido formulado en la Ley 45 de 1923 respecto de los fideicomisos, de manera que ahora cobija también las fiducias mercantiles, y que, por supuesto, resulta extensivo a la eventual utilización fraudulenta de sus amplios poderes de gestión por parte del propio fiduciario.

A. (...)

B. (...)

C. (...)

En este sentido, la inscripción del fiduciario en el libro de registro de acciones permite identificar al vocero común de las personas interesadas en el patrimonio autónomo, y que puede corresponder a un enorme número de fiduciantes-beneficiarios inversionistas, quienes son titulares de un derecho personal o de crédito de cuyas obligaciones correlativas es deudor el fiduciario, y no de un hipotético derecho real que recaiga sobre el patrimonio en el que formalmente se radican las acciones adquiridas con cargo a los recursos entregados por todos ellos a un fiduciario común⁸. Dichos derechos personales no permiten encargarle al fiduciario una gestión que no sea legalmente posible para el fiduciante o el beneficiario; por eso, a través de una fiducia de inversión, un fiduciante no podría obtener que se usaran los recursos fideicomitados para adquirir acciones que él o que el beneficiario no pudieran adquirir directa o indirectamente, como ocurriría en el evento de los límites a la participación accionaria en una determinada sociedad en cabeza de una persona. Y se da por sentado que el propio fiduciario tampoco puede abusar de los poderes fiduciarios de modo que su gestión lo aproveche ilegalmente, como ocurriría si pretendiera usar los recursos del patrimonio autónomo para adquirir, negociar o transferir acciones que él legalmente no pudiera poseer, negociar o enajenar en forma directa o indirecta.

5 Ver al respecto lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 1238 del Código de Comercio antes citado. Igualmente, en punto al riesgo de fraude que podría conllevar la realización del negocio fiduciario, discurso presentado ante COLAFI/FELABAN/ Asociación de Fiduciarias, en Cartagena de Indias, el 18 de septiembre de 2003. Páginas 11 y 12.

6 Este instructivo puede consultarse en nuestra página Web: www.superbancaria.gov.co ícono normatividad.

7 Respecto de la imposibilidad de utilizar el contrato de fiducia mercantil como instrumento para evadir restricciones o prohibiciones (en la hipótesis consultada para evitar cumplir con el derecho de preferencia en la enajenación de acciones) que impidan al fideicomitente realizar el negocio o contratación proyectada en forma directa puede consultarse el concepto 2000020332-2 del 14 de julio de 2000 de este Organismo, el cual fue publicado en Boletín Jurídico No. 15 de la Superintendencia Bancaria de Colombia. Octubre de 2000, páginas 31 a 37.

8 Cfr.: VARÓN PALOMINO, Juan Carlos. Portafolios de Inversión-La norma y el negocio- Asociación de Fiduciarias y la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Editorial ABC Limitada. Bogotá, D.C., 1994. págs. 74-75.

VII. (...)

VIII. (...)

C. Finalmente, en cuanto a la imposibilidad de utilizar la fiducia mercantil como instrumento para evadir restricciones o prohibiciones legales, esta Superintendencia, al analizar la negociación de acciones en instituciones vigiladas por conducto de un contrato de fiducia, en concepto 2002043546-1 del 3 de septiembre del año 2002 señaló:

"Al respecto cabe recordar, tal como lo ha expresado la Circular Básica Jurídica proferida por esta Entidad (subnumeral 1.2, numeral 1 del Capítulo Primero, Título V), que 'El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales', situación que se concretaría si se pretendiera por el fideicomitente para la hipótesis consultada constituir con acciones nominativas un patrimonio autónomo con la finalidad de proceder a su enajenación sin atender lo relacionado con el cumplimiento de obtener la previa autorización de este Organismo cuando ella sea necesaria o también, por ejemplo, cuando dicha negociación se surta sin acatar el derecho de preferencia estatutariamente establecido."

Se tiene entonces, que el fiduciario en el ejercicio de sus funciones está obligado a realizar diligentemente⁹ todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio), en este caso y por tratarse de fideicomisos de administración, los encaminados a desarrollar la gestión encomendada por el constituyente, para lo cual no podrá asumir obligaciones de resultado, salvo en aquellos eventos en que así lo prevea la ley, según lo dispone el numeral 3 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por ello, a más de las responsabilidades patrimoniales en que pudiera estar incurso la fiduciaria por un actuar negligente o imprudente en la gestión encomendada, desde el ámbito de las competencias que corresponden a esta Superintendencia podría estar sujeta a las consecuencias administrativas correspondientes.

En suma, conforme a lo expuesto y para absolver en concreto los interrogantes formulados, no se observa restricción alguna para que un accionista propietario del 20% de las acciones de un banco constituya con tales instrumentos un fideicomiso para su administración sea este mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil o de un encargo fiduciario.

Ahora, si el accionista fideicomitente con la constitución de dicho fideicomiso pretende negociar una participación accionaria superior al 10% o más de acciones suscritas de instituciones financieras sujetas a vigilancia de este Organismo requiere de previa aprobación del Superintendente Bancario so pena de ineficacia, aprobación que no se requerirá en tanto la adquisición de las mismas sea inferior al porcentaje antes señalado o en los eventos previstos tanto en el EOSF como en la Circular Básica Jurídica.

Finalmente dependiendo de la forma como se instrumente el fideicomiso (fiducia mercantil o encargo fiduciario) y de la finalidad pactada en el mismo (simple custodia o administración o claramente constituido para la

9 En el cumplimiento de la gestión encomendada el fiduciario responderá hasta de la culpa leve, la cual conforme con el artículo 63, inciso 2º del Código Civil, significa: "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)".

enajenación de las acciones o de ambos propósitos) se reputará como accionista del Banco el fideicomitente (en caso de tratarse de una simple custodia o de no existir la tradición de los bienes fideicomitidos) o el beneficiario del patrimonio autónomo, siendo su representante y gestor la sociedad fiduciaria, en caso de que al constituirse el fideicomiso este tenga un claro propósito de servir de vehículo para enajenar las acciones fideicomitidas, para lo cual será necesario examinar la finalidad prevista en el correspondiente contrato fiduciario". (Resaltamos). (...)".

Con base en las consideraciones expuestas en el oficio citado, a continuación plasmamos algunas ideas, las cuales hacen referencia a las inquietudes formuladas en su comunicación:

- a) Las acciones de una sociedad anónima en liquidación pueden ingresar válidamente a un patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de un contrato de fiducia mercantil celebrado entre una sociedad fiduciaria y el dueño de las mismas.
- b) El patrimonio autónomo receptor de las acciones no puede ser considerado accionista pues tal calidad es privativa de los sujetos de derecho, esto es, de las personas naturales o jurídicas que por el contrato de sociedad se obligan a hacer un aporte en dinero o que adquieren una acción ya suscrita. Situación diferente es que sea el fiduciario quien actúa por cuenta y en nombre del patrimonio autónomo.
- c) En esa medida es el fiduciario el inscrito como propietario en el libro de registro de acciones y no de accionistas, dado el carácter capitalista y no personalista de la sociedad anónima.
- d) Ni el fideicomitente ni los beneficiarios del fideicomiso pueden reputarse accionistas pues el accionista único es el gestor fiduciario quien ejercerá los derechos de voto o decisiones sociales derivadas de tal participación de conformidad con lo previsto en el contrato de fiducia mercantil, en provecho de los beneficiarios.
- e) Cuando se produce el ingreso de acciones a un patrimonio autónomo derivado de la celebración de una fiducia mercantil, ello no puede tener ni como causa ni como efecto

En suma, conforme a lo expuesto y para absolver en concreto los interrogantes formulados, no se observa restricción alguna para que un accionista propietario del 20% de las acciones de un banco constituya con tales instrumentos un fideicomiso para su administración sea este mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil o de un encargo fiduciario.

ninguna clase de violación o fraude a la ley considerada en su conjunto o de actos o contratos que el fideicomitente no pueda celebrar directamente.

En ese sentido, esta Superintendencia ha dicho que dicha situación se concretaría si se pretendiera por el fideicomitente constituir con acciones nominativas un patrimonio autónomo con la finalidad de proceder a su enajenación sin acatar el derecho de preferencia estatutariamente establecido. (Oficio 2002043546-1 del 3 de septiembre de 2002).

Así las cosas, en el presente caso tenemos que si bien es cierto la transferencia de la propiedad de las acciones a un patrimonio autónomo es completamente válido a la luz de nuestra legislación, también lo es que la sociedad fiduciaria, en calidad de vocera del fideicomiso constituido, debe respetar y acatar el derecho de preferencia establecido en los estatutos sociales al momento de llevar a cabo las gestiones de venta de las acciones

con base en las instrucciones que para el efecto imparta el comité fiduciario y por ningún motivo puede restituir a favor de los fideicomitentes cesionarios del mismo dichas acciones sin antes haber agotado ante la administración de la sociedad emisora las gestiones para ejercer el derecho de preferencia a favor de los demás accionistas de dicha entidad, pactado estatutariamente.

En este orden de ideas, esta Superintendencia considera que los administradores de la sociedad emisora no quedan exonerados del deber de verificar las formalidades y requisitos de la enajenación o negociación del derecho de propiedad de las referidas acciones por parte de la fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo.

Igualmente, considera esta Superintendencia que la sociedad emisora deberá inscribir en el libro la transferencia de acciones efectuada a favor de la sociedad fiduciaria en su calidad de vocera del fideicomiso. Situación diferente se presentaría en el evento en que la sociedad fiduciaria vendiera tales acciones sin tener en cuenta el derecho de preferencia establecido a favor de los demás accionistas de la sociedad emisora, por cuanto en ese caso, la administración de dicho ente societario sí podría válidamente negarse a su inscripción en el libro de acciones.»

En este orden de ideas, esta Superintendencia considera que los administradores de la sociedad emisora no quedan exonerados del deber de verificar las formalidades y requisitos de la enajenación o negociación del derecho de propiedad de las referidas acciones por parte de la fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo.

Lavado de Activos - Mercado Cambiario

Concepto 2005017222-1 del 17 de junio de 2005

Síntesis: *Sistema de prevención de lavado de activos, parámetros mínimos de conocimiento del cliente. Procedimientos de conocimiento del cliente cuando se trata de giros del exterior para pagarse por medio de intermediarios del mercado cambiario. Manuales con los criterios que empleará la entidad vigilada en la determinación de la documentación que se exigirá a las personas que desean vincularse como clientes.*

«(...) consulta ¿Cuáles son los trámites razonables que debe emprender un residente extranjero para demostrar la legalidad de la fuente de sus ingresos; que no provengan de movimientos ilícitos como (contrabando de drogas o lavado de activos)?

Sea lo primero precisar que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los artículos 102 a 105, (consagra) el deber que tienen las entidades vigiladas de estar adecuadamente protegidas contra el riesgo de lavado mediante la adopción e implantación del SIPLA.

Pues bien, recordemos que las medidas de lavado de activos están encaminadas a evitar que en la realización de las operaciones desarrolladas por las entidades vigiladas éstas puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento manejo, inversión, o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas.

Por ello, es importante advertir que el marco legal existente en Colombia sobre el tema de prevención y control del lavado, tiene como base fundamental el desarrollo de sistemas que permitan a los distintos sectores de la economía protegerse adecuadamente para prevenir que dineros u otros activos provenientes de actividades delictivas

permeen las finanzas de empresas y se confundan entre recursos que han sido legítimamente obtenidos.

Así mismo, el rol del supervisor en esta materia es el de verificar que las entidades vigiladas cumplan lo establecido en dicho marco legal, es decir, consiste en velar por que las entidades adopten sistemas de prevención y control del lavado y que tales sistemas operen adecuadamente. Para tal fin, el supervisor efectúa un análisis global de los sistemas adoptados por las entidades vigiladas y establece la efectividad general de los mismos.

En tal sentido, la Circular Externa 034 del 2004, incorporada en el Capítulo Undécimo del Título Primero de la Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica) estableció las reglas mínimas que deben observar las entidades vigiladas en el diseño e implantación de sus propios sistemas de prevención del lavado de activos, que son las que deben acreditarse ante la Superintendencia Bancaria de Colombia quien efectúa un análisis de las mismas a fin de determinar si cumplen con la función de protección. Ello, sin perjuicio de que las instituciones puedan implantar, con base en los parámetros diseñados en el instructivo, unos controles mayores que permitan prevenir

Ello, sin perjuicio de que las instituciones puedan implantar, con base en los parámetros diseñados en el instructivo, unos controles mayores que permitan prevenir que en el desarrollo de sus operaciones se utilicen como vehículos para la realización de actividades delictivas.

que en el desarrollo de sus operaciones se utilicen como vehículos para la realización de actividades delictivas.

Así pues, las normas sobre prevención al lavado de activos tiene como uno de los objetivos primordiales establecer el origen de los recursos, de ahí que sea fundamental para el cumplimiento de tal propósito efectuar, entre otros, el conocimiento del cliente¹ o efectuar un monitoreo sobre los movimientos de los usuarios².

Ahora bien, en cuanto al conocimiento del cliente de las instituciones vigiladas la Circu-

lar anotada señaló en su numeral 2.1.1.1 o siguiente:

"2.3.1.1.1 Concepto de cliente

"Para los propósitos de las instrucciones contenidas en este capítulo, son clientes de una entidad vigilada, aquellas personas naturales o jurídicas con las que se establece y mantiene una relación de origen legal o contractual para la prestación de algún servicio o el suministro de cualquier producto propio de su actividad.

2.3.1.1.2 Condiciones mínimas de los procedimientos de conocimiento del cliente.

El SIPLA debe contar con procedimientos adecuados que le permitan a la entidad conocer a las personas que aspiran a ser vinculadas como clientes así como de sus clientes vigentes.

a. Para los efectos del presente capítulo, el conocimiento del cliente supone conocer de manera permanente, cuando menos, los siguientes datos de las personas que se señalan en el inciso anterior:

a.1 Su identificación.

a.2 Su actividad económica.

a.3 Las características y montos de sus ingresos y egresos.

a.4 Respecto de clientes vigentes, las características y montos de sus transacciones y operaciones en la respectiva entidad.

b. El mecanismo de conocimiento del cliente debe servir cuando menos al propósito de:

b.1 Suministrarle a la entidad información que le permita comparar las características de sus transacciones con las de su actividad económica.

1 De acuerdo con lo señalado en el numeral 2.1.1. 1 del Capítulo Once del Título Primero de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996, el concepto de cliente es el siguiente: "Para los propósitos de las instrucciones contenidas en este capítulo, son clientes de una entidad vigilada, aquellas personas naturales o jurídicas con las que se establece y mantiene una relación de origen legal o contractual para la prestación de algún servicio o el suministro de cualquier producto propio de su actividad".

2 En virtud de lo señalado en la misma disposición el concepto de usuario es el siguiente: "Son usuarios aquellas personas naturales o jurídicas a las que, sin ser clientes en los términos del numeral 2.3.1.1.1., la entidad vigilada les presta un servicio.

b.2 Monitorear continuamente las operaciones de los clientes.

b.3 Contar con elementos objetivos que permitan evaluar si amerita entablar vínculos comerciales con personas que no pueden ser identificadas.

b.4 Contar con elementos de juicio y soportes documentales que permitan analizar las transacciones inusuales de esos clientes y determinar la existencia de operaciones sospechosas.

Para efectos de lo señalado en el presente numeral, las entidades deben diseñar y adoptar formularios de vinculación de clientes que contengan cuando menos la información señalada en el Anexo 1 del presente capítulo, los cuales deben diligenciarse de acuerdo con las instrucciones allí indicadas.

2.3.1.1.3 Parámetros mínimos de los procedimientos de conocimiento del cliente

Los procedimientos establecidos con el objetivo conocer al cliente serán adecuados si en su diseño se tienen en cuenta los siguientes parámetros mínimos:

a) El conocimiento del cliente comienza desde el momento en que una persona solicita su vinculación como cliente en los términos indicados en el numeral 2.3.1.1.1 del presente capítulo. Para ello la entidad, salvo en los casos expresamente exceptuados, debe verificar y asegurarse de que el formulario de vinculación de clientes a que hace referencia el Anexo 1 del presente capítulo, esté adecuadamente diligenciado.

b) La entidad debe realizar las diligencias necesarias para confirmar y actualizar los datos suministrados en el formulario de vinculación de clientes y que por su naturaleza puedan variar.

c) La información que no sea actualizada o una vez actualizada no pueda confirmarse, constituye una señal de alerta para la entidad.

d) Se debe contar con procedimientos claros que permitan el análisis de la información, su archivo ordenado y conservación adecuada, de modo que sea de fácil y rápido acceso para los funcionarios directamente a cargo del deber

de prevenir y controlar el lavado y de las autoridades que la soliciten.

e) Salvo en los casos señalados en el numeral 2.3.1.1.4 del presente capítulo, el conocimiento del cliente supone la realización de una entrevista al potencial cliente. De ello debe dejarse constancia documental en la que se indique la fecha y hora en que se efectuó la entrevista y sus resultados.

f) Si bien el diligenciamiento del formulario así como el recaudo de los documentos y la firma de los mismos puede efectuarse de acuerdo con el procedimiento señalado en la Ley 527 de 1999 y demás normas reglamentarias, el empleo de dichos procedimientos no puede sustituir la entrevista al solicitante o al representante legal si se trata de persona jurídica.

g) Los procedimientos de conocimiento del cliente aplicados por otras entidades vigiladas con relación a un mismo solicitante, no eximen de la responsabilidad que tiene la entidad de conocer a su propio cliente, aun cuando pertenezcan a un mismo grupo o conglomerado económico.

h) Al momento de decidir sobre la aceptación (vinculación definitiva) de un cliente, resulta prudente que la entidad preste especial atención, entre otros, a aspectos tales como el volumen histórico de los fondos que maneja, el país de origen de los mismos (si el país cumple con los estándares mínimos de conocimiento del cliente), la calidad y el perfil del solicitante (determinar si es no residente, etc.), si las negociaciones se van a conducir a través de medios electrónicos o similares y si la persona administra recursos públicos.

i) Los procedimientos de conocimiento del cliente, por corresponder a estándares mínimos a nivel internacional, deben ser incorporados en los manuales de las entidades subsidiarias en el extranjero.

j) Las entidades deben prever dentro de sus contratos la obligación del cliente de actualizar los datos que varíen, por lo menos anualmente, suministrando la totalidad de los soportes documentales exigidos según el producto o servicio de que se trate.

k) La actualización de la información de aquellos clientes que, de acuerdo con las políticas y

procedimientos de la entidad, hayan sido clasificados como "inactivos" o sean titulares de cuentas inactivas, se puede realizar una vez cese dicha condición.

l) Tratándose de la vinculación de personas jurídicas, el conocimiento del cliente supone además conocer la estructura de su propiedad, es decir, la identidad de sus accionistas o asociados.

m) No exime del conocimiento del cliente, y de la aplicación integral del SIPLA, la vinculación como cliente o celebración de operaciones con personas naturales o jurídicas que se encuentran sometidas a algún tipo de vigilancia estatal o que por virtud de dicha vigilancia deben contar con un SIPLA u otro sistema similar de prevención del lavado de activos."

Por su parte, el anexo 1 del Capítulo en mención consagran en los numerales 1 y 2 los requisitos mínimos que deben contener los formularios de vinculación del cliente - encontrándose dentro de ellos la declaración voluntaria de origen de los bienes y/o fondos-, así como la documentación que se debe exigir a las distintas personas que deseen vincularse como clientes.

Como se observa, el instructivo en comentario propende por que las instituciones vigiladas implanten los mecanismos de control y reglas de conducta que conlleven a conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, las características, la frecuencia y el volumen de las transacción, de ahí que como información mínima que deben entregar los clientes sea la mencionada declaración de fondos.

De igual manera, tratándose de giros del exterior para pagarse a través de intermediarios del mercado cambiario cabe destacar que estos no escapan a los anteriores lineamientos. Es así como en el numeral se dispone que: *"Los intermediarios del mercado cambiario autorizados para pagar giros del exterior, deben exigir, al momento de efectuar el pago de un giro, el diligenciamiento del formulario de vincu-*

lación que tengan diseñado para el efecto a las personas que sin ser clientes sean beneficiarias del mismo. Con todo, se considera que basta con exigir como anexo la fotocopia del documento de identificación de la persona o su representante. Si el beneficiario ya es cliente de la entidad (en los términos indicados en el numeral 2.3.1.1.1 del presente capítulo) no se debe diligenciar el formulario".

Como se desprende de lo anotado los intermediarios del mercado cambiario deben exigir al momento de efectuar el pago de un giro el diligenciamiento del formulario de vinculación que tengan diseñado para el efecto a las personas que sin ser clientes sean beneficiarias del mismo, dentro del cual se encuentra la declaración del origen de los fondos. *Así mismo, prevé que si el beneficiario ya es cliente de la entidad y por lo tanto ya se cuenta con el formulario debidamente diligenciado por parte del beneficiario, tan sólo es procedente procurar la actualización de los datos dentro de los parámetros que tenga establecido la entidad para el efecto.*

De otra parte, es pertinente manifestar que el Sistema Integral en la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA), atendiendo los parámetros mínimos indicados por la Superintendencia Bancaria, debe estar contenido en un manual de procedimientos el cual debe ser aprobado por la junta directiva de la entidad u el órgano equivalente, de conformidad con lo previsto en el Título Primero, Capítulo Décimo Primero, numeral 2.2 de la citada Circular Básica Jurídica, cuyas responsabilidades se encuentran previstas en el numeral 2.2.1 del mismo Capítulo, que dispone lo siguiente:

"2.2.1 Responsabilidades de la junta directiva u órgano equivalente

Los procedimientos que se adopten deben tener en cuenta las siguientes funciones de organización del SIPLA a cargo de la junta directiva o máximo órgano administrativo que sea equivalente:

2.2.1.1 Señalar las políticas y adoptar el código de conducta de la entidad en materia de

prevención del lavado de activos, de acuerdo con los parámetros establecidos en el numeral 2.1 del presente capítulo. Dichas políticas deben también incluir los criterios que empleará la entidad en la determinación de la documentación que se debe exigir a las distintas personas que desean vincularse como clientes, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.1 del Anexo 1 del presente capítulo.

2.2.1.2 Aprobar el manual de procedimientos que se adopte conforme a los parámetros establecidos en el numeral 2.2 del presente capítulo, así como sus actualizaciones.

2.2.1.3 Aprobar la estructura de mecanismos e instrumentos que compongan el SIPLA de la entidad.

2.2.1.4 Designar al oficial de cumplimiento de conformidad con las calidades y requisitos requeridos para ocupar dicho cargo.

2.2.1.5 Aprobar un sistema de selección del funcionario o funcionarios autorizados para exonerar clientes del diligenciamiento del formulario de transacciones en efectivo o del cumplimiento de los requisitos de vinculación a que se refiere el Anexo 1 del presente capítulo.

2.2.1.6 Evaluar periódicamente el funcionamiento del SIPLA y adoptar las medidas necesarias para ajustarlo a nuevas necesidades o corregir sus fallas.

2.2.1.7. Incluir cuando menos trimestralmente en el orden del día de sus reuniones, la presentación personal del informe del oficial de cumplimiento" (Resaltado extratextual).

Así pues, tales manuales deben incluir los criterios que empleará la entidad en la determinación de la documentación que se debe exigir a las distintas personas que desean vincularse como clientes, de acuerdo con los lineamientos establecidos en el instructivo proferido por este organismo.

De otra parte, es pertinente manifestar que el Sistema Integral en la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA), atendiendo los parámetros mínimos indicados por la Superintendencia Bancaria, debe estar contenido en un manual de procedimientos el cual debe ser aprobado por la junta directiva de la entidad u el órgano equivalente.

De esta manera se advierte, que el requerimiento de documentos por parte de las entidades vigiladas, no está expuesto a la discrecionalidad del funcionario de turno, sino que debe obedecer a lo previsto en sus respectivos manuales, que incluso pueden ser más estrictos que los lineamientos generales que sobre la materia ha fijado esta Superintendencia.

Igualmente, vale tener en cuenta que conforme a la naturaleza y objetivos de esta Entidad le corresponde "*Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia*" (artículo 325 numeral 1, literal c) Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Bajo esta perspectiva, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero alude reiteradamente al deber de las instituciones de suministrar información adecuada a los usuarios de sus servicios que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y ne-

cesidades de cada uno (artículo 97 numeral 1 ibídem) junto con el deber general que tienen las entidades vigiladas de emplear la debida diligencia en la prestación de sus ser-

vicios (artículo 98, modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003³ ibídem).

(...).»

3 "ART. 98. **Reglas generales.** 4. Modificado. L.795/2003, art. 24. Debida prestación del servicio y protección al consumidor. 4.1. Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de sus relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante".

Representante Legal - Establecimientos Bancarios - Conflictos de Interés - Cajas de Compensación Familiar

Concepto 2005005773-1 del 11 de abril de 2005

Síntesis: *El representante legal de un establecimiento bancario no debe ejercer de manera concurrente actividades que den lugar a conflictos de interés frente a su manejo de gestión. Resulta inadecuado que dicho representante se desempeñe simultáneamente como miembro del consejo directivo de una caja de compensación familiar con sección de ahorro y crédito.*

«(...) damos respuesta a su inquietud sobre la existencia de objeción para que el representante legal de un establecimiento bancario se pueda desempeñar como miembro del Consejo Directivo de una Caja de Compensación Familiar, en nombre de los empleadores, teniendo en cuenta las funciones asignadas por la ley a este tipo de entidades.

En primer lugar, se tiene que en el artículo 75 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se encuentra establecido el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades de los Establecimientos Bancarios. Las reglas allí contenidas pretenden impedir que quienes ocupen determinados cargos de dirección y manejo en instituciones bancarias (directores, gerentes y representantes legales) se desempeñen en otros en entidades que desarrollen actividades análogas a fin de evitar que a través de la consolidación de tales posiciones administrativas se restrinja la libre competencia, se propicie la generación de conflictos de interés, se pro-

duzca una inadecuada concentración de poder o se tenga injerencia de modo indebido en las decisiones de esas empresas por dicha causa¹.

Sobre el tema anota el doctor Néstor Martínez Neira en su obra "Cátedra de Derecho Bancario Colombiano":

"El administrador de una institución financiera no debe ejercer de manera concurrente actividades que puedan dar lugar a conflictos de interés frente al mandato de gestión para el manejo y la inversión del ahorro del público, que teóricamente le planteen el dilema de anteponer intereses personales sobre los más caros principios y deberes de pulcritud en el ejercicio de su profesión. Bajo esta concepción el legislador suele consagrar algunas situaciones de tipo de incompatibilidad para el administrador bancario.

Suele tratarse de la existencia de eventuales conflictos de interés, por lo cual se revelan las inhabilidades como incompatibilidades que el interesado puede hacer cesar por su propia voluntad, como la incompatibilidad existente entre el ejercicio de cargos públicos y de administración bancaria.

Esta última se trata de la incompatibilidad de formar parte al mismo tiempo de otros órganos de administración en instituciones financieras. Quien ejerza la administración de un banco no podrá concomitantemente ser director o representante legal de otro u otros establecimientos de crédito, a menos que sea una entidad en la que posea acciones (EOSF, art. 75). En estos eventos, antes que evitar el acceso a secretos profesionales o estrategias de mercado de la competencia, media a nuestro juicio una razón más de orden público, derivada de la necesidad de evitar legalmente que se consoliden condiciones que inhiban la libre competencia en el mercado a partir de estrategias de cartel que puedan definirse o consolidarse con participaciones cruzadas en los directorios de los establecimientos de crédito. De hecho esta incompatibilidad ha sido extraída en algunos casos de las leyes antimonopolio"².

Con respecto al fundamento y trascendencia de las normas que disciplinan la materia se ha señalado:

1 A través de la consagración legal de la prohibición contenida en el inciso 1º del art. 75 del EOSF "se buscó evitar que quienes se desempeñaban como miembros de las juntas directivas de los establecimientos bancarios, tuviesen esa misma calidad en otras entidades que prestaran el mismo servicio de otorgar crédito, quedando exceptuadas solamente las juntas directivas del Banco de la República y BCH Para entender la anterior disposición debemos recordar que la Ley 45 de 1923 en su artículo 1º definía establecimiento bancario así: *'Las palabras 'establecimiento bancario', significan todo individuo, corporación, sociedad o establecimiento que hace habitualmente el negocio de recibir fondos en depósito general, o de hacer anticipos en forma de préstamos, o de efectuar descuentos, o cualesquiera de estas operaciones'*. Dicho precepto legal fue modificado por el artículo 2º de la Ley 17 de 1925 en los siguientes términos: *'En la definición de establecimiento bancario dado por el Artículo 1º. de la Ley 45 de 1923, no quedarán comprendidos los individuos, corporaciones, sociedades o establecimientos que solo hagan habitualmente el negocio de efectuar anticipos en forma de préstamos o descuentos sin recibir depósitos'*.

A la luz de las definiciones legales citadas, se observa que la incompatibilidad a que se viene aludiendo pretendió evitar no sólo el desempeño de los cargos en mención simultáneamente en entidades bancarias, sino incluso respecto de otras sociedades o corporaciones que a pesar de no tener la condición de establecimiento bancario sí efectuaban préstamos o descuentos, pero no captaban y, por ello, se ubicaban dentro de la acepción 'institutos de crédito' que traía dicho precepto y que hoy abarcaría a los denominados 'establecimientos de crédito'.

"Conforme al propósito de la norma, se observa que de tiempo atrás ha sido una preocupación permanente del legislador evitar que la doble condición de una persona en el cargo de miembro de junta directiva en entidades que desarrollan un objeto social similar afecte la objetividad o imparcialidad en el desempeño de las funciones y en la toma de decisiones, además, de prevenir la configuración de conflictos de interés que dicha situación puede suscitar" (Memorando Interno de mayo 5 de 2004).

2 LEGIS EDITORES S.A., 2000. Primera edición, pág. 318.

"La progresiva acentuación del desplazamiento de los pequeños empresarios por parte de las grandes organizaciones ha demostrado que las sociedades son instrumentos técnico-económicos de la vida jurídica, necesarios para que la masa del público intervenga con pequeñas cuotas en la tarea del desarrollo nacional. Esta circunstancia ha justificado la intervención del Estado y de paso el régimen de las incompatibilidades, conforme el cual se pretende una real distinción administrativa de las empresas y a ciertas personas que ocupan determinados cargos de dirección se les prohíbe desempeñar otros en entidades similares para evitar que el monopolio directivo impida la libre competencia y la expansión económica, a la vez que esa concentración desfavorezca a quienes contratan con esas sociedades. Estos dos factores son de interés general y por ello el tema de incompatibilidades pertenece al sector de normas de orden público"³.

De otra parte, fuerza advertir que no sólo las circunstancias puntuales que dejan al descubierto la impertinencia de que el directivo de un banco detente al tiempo otra misión, sea de alta gerencia, en calidad de miembro de junta o consejo directivo, de representante legal o administrador en una entidad que preste servicios similares se deberán tener en cuenta cuando se examine la hoja de vida puesta a consideración para posesión ante este organismo, sino también la idoneidad del individuo para asumir o no la investidura de un cargo que tanta importancia y responsabilidad entraña ante la comunidad, justamente en razón del bien jurídico objeto de protección legal: el orden económico y la confianza pública.

Efectivamente, el juicio que realiza la Superintendencia Bancaria al ponderar la información que reposa en la hoja de vida del administrador de una vigilada y consentir su posesión es el resultado de una apreciación integral y particular de la personalidad del postulante, de la cual hacen parte las funciones propias del cargo, su formación académica, experiencia profesional, actividades desarrolladas, solvencia moral y datos relevantes de su comportamiento social, los negocios y las obligaciones que atienda (según las facultades asignadas por el artículo 326, numeral 2, letra g) del EOSF).

Es importante destacar que no todas las situaciones que significan impertinencia para el ejercicio de determinada función por parte del administrador de una institución crediticia en otro ente están contempladas en el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades de nuestro estatuto, pues es posible que por fuera de las condiciones identificadas a ese título para casos específicos en el entorno de la normatividad de naturaleza financiera se presenten limitaciones en otro contexto y de hecho así se han establecido.

Por este aspecto, cabe traer a la memoria que el artículo 5º de la Ley 155 de 1959 extendió la incompatibilidad prevista para los gerentes y miembros de juntas directivas de los establecimientos de crédito a las empresas del sector real que prestaran los mismos servicios⁴. En esa línea, en la exposición de motivos del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 155 de 1959, en ponencia para primer debate ante el Senado de la República, se deja constancia de que la disposición en cuestión "debe interpretarse en el sentido de que se trata

3 LAGUADO MONSALVE, Darío. Apuntes sobre Derecho Bancario Colombiano. Editorial Cosmos, Bogotá, 1976. Pág.130.

4 Este artículo fue incorporado en el inciso 3º del artículo 75 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, inclusión que en nuestra opinión no fue muy afortunada, dado que el texto original fue transcrito sin precisión y por cuanto la norma incorporada corresponde a una materia distinta de la codificación a la que se anexa (mediante la Ley 155 de 1959 se dictaron disposiciones dirigidas a evitar prácticas comerciales restrictivas). Este aspecto fue objeto de análisis en memorando interno de mayo 5 de 2004, documento que se refiere al alcance y aplicación del inciso 3º numeral 1 del artículo 75 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Es importante destacar que no todas las situaciones que significan impertinencia para el ejercicio de determinada función por parte del administrador de una institución crediticia en otro ente están contempladas en el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades de nuestro estatuto, pues es posible que por fuera de las condiciones identificadas a ese título para casos específicos en el entorno de la normatividad de naturaleza financiera se presenten limitaciones en otro contexto y de hecho así se han establecido.

de las empresas que sean consumidoras o distribuidoras de los mismos servicios o produzcan el mismo bien, y por su naturaleza de ser personas distintas deben ser competidoras"⁵.

Sostiene Laguado en su análisis sobre la materia, que con la expedición del precepto en cita se juzgó "conveniente extender a las empresas comunes una incompatibilidad antes dirigida a establecimientos de crédito y bolsas de valores únicamente. Presupuesto que conservaba la restricción que cobijaba a ciertos sujetos, que a ellos no se les prescribía un nuevo sistema sino que a otros distintos se les reglaba con criterio semejante al que venía operando para aquéllos"⁶.

Como vemos, las pautas extraídas en su momento para otros sectores económicos con propósitos de prevención de prácticas comerciales restrictivas brindan serios motivos para reflexionar sobre la conveniencia del ejercicio paralelo de administrador de un banco y director de un ente determinado a la luz de las operaciones o negocios que este otro explote. En ese terreno pueden surgir supuestos dignos de revisión, como sucede, por ejemplo, con el radio de acción inicialmente concebido para las Cajas de Compensación, cuya ley de creación no plasmó inicialmente el ejercicio de la actividad financiera⁷, la que hoy en día se les autoriza desarrollar con sujeción al control y vigilancia de esta Superintendencia sobre las operaciones que realicen en las secciones organizadas para tales fines, labor que implica para esta Autoridad la función de:

5 Acta No. 57. Tomado de "Historia de las Leyes". Tomo VIII. Legislatura de 1959. Imprenta Nacional. Bogotá, 1971. Pág. 509.

6 Op. cit., pág. 134.

7 Ley 21 de 1982.

"(...) verificar permanentemente el carácter, responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la dirección y administración de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar a las cuales se les autorice la constitución de dicha sección" (Parágrafo 1º del artículo 16, numeral 14 de la Ley 789 de 2002, adicionado por el artículo 1º de la Ley 920 de 2004); y que "Los administradores de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar serán funcionarios de dedicación exclusiva designados por la respectiva Caja de Compensación Familiar, para cuyo efecto se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y cumplirán los requisitos exigidos a los representantes legales de las entidades financieras, incluyendo su posesión ante la Superintendencia Bancaria" (Parágrafo 2º Ibidem.).

Ahora bien: en relación con el asunto que nos ocupa, es de notar que la Ley 920 de diciembre 23 de 2004 autorizó a las cajas de compensación familiar "adelantar la actividad financiera", indicando que "En lo no previsto en la presente ley o en las normas que la reglamenten o desarrollen, se aplicarán a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar las disposiciones previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los establecimientos de crédito, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza especial de tales secciones y no se opongan a las normas especiales de esta ley".

Precisamente la actividad financiera concierne al negocio que explota la banca y toca, sin lugar a discusión, los intereses que la misma maneja. En ese escenario y con base en los criterios y antecedentes expuestos, en nuestro entender resulta inadecuado que el representante legal de un establecimiento bancario se desempeñe simultáneamente como miembro del Consejo Directivo de una Caja de Compensación Familiar a la que se la haya autorizado una sección especializada de ahorro y crédito. Pues, a nuestro modo de ver, el ejercicio concurrente de dichos cargos pone en entredicho la transparencia y autonomía requeridas en el manejo e inversión de los recursos del público que, a su vez, imprimen consideraciones que de hecho no pueden desconocerse cuando se analice el perfil de la persona nominada para ocupar tales posiciones.»

Precisamente la actividad financiera concierne al negocio que explota la banca y toca, sin lugar a discusión, los intereses que la misma maneja. En ese escenario y con base en los criterios y antecedentes expuestos, en nuestro entender resulta inadecuado que el representante legal de un establecimiento bancario se desempeñe simultáneamente como miembro del Consejo Directivo de una Caja de Compensación Familiar a la que se la haya autorizado una sección especializada de ahorro y crédito.

Revisor Fiscal - Posesión - Registro Mercantil

Concepto 2005003856-2 del 27 de abril de 2005

Síntesis: *El revisor fiscal debe iniciar las labores propias de su investidura una vez toma posesión de su cargo ante la Superintendencia Bancaria. La inscripción en el registro mercantil no es una formalidad constitutiva de la calidad de revisor fiscal sino un medio de publicidad consagrado a favor de terceros.*

«(...) damos respuesta a las inquietudes planteadas por usted respecto del momento a partir del cual se entienden facultados para ejercer funciones los revisores fiscales designados por las entidades vigiladas.

Sobre el particular, se considera pertinente realizar los siguientes comentarios:

(...) es importante mencionar que el marco regulatorio aplicable a la revisoría fiscal de las entidades sujetas al control y vigilancia de este organismo se encuentra establecido en los numerales 1 a 6 del artículo 79 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contentivos éstos de reglas de carácter especial para el ejercicio de la institución en comento y que versan sobre los siguientes aspectos:

1°. Obligación de las entidades de contar con un revisor fiscal y funciones que debe desempeñar el titular del cargo.

2°. Órgano social encargado de la designación de dicho profesional.

3°. Diligencia de posesión ante el Superintendente Bancario.

4°. Formalidades para la inscripción del nombramiento en el registro mercantil.

5°. Exigencia de consignar en la sesión en que se designe al revisor fiscal la Información relativa a las apropiaciones necesarias para su gestión.

6°. Remuneración máxima de los revisores fiscales de empresas estatales.

De los temas relacionados y para los fines de la consulta, interesa destacar lo previsto en los numerales 3 y 4 ibídem. En punto al numeral 3 se tiene que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 45 de 1990¹, es función del Superintendente Bancario dar posesión al revisor fiscal de las entidades sometidas al control y vigilancia de esta Autoridad, diligencia que el señor Superintendente sólo efectuará una vez "se cerciore

1 Sobre esta norma, la exposición de motivos del proyecto que culminó en la expedición de la Ley 45 de 1990 anota: "(...) la importancia del papel social que están llamados a cumplir los revisores fiscales, dado el alcance de sus funciones, requiere una mayor profesionalidad e independencia, condiciones que en buena medida están presentes en nuestro medio, pero cuya garantía de permanencia sólo la ofrece un apropiado marco regulatorio. Tal finalidad inspira el artículo 21 del proyecto, cuando atribuye al Superintendente Bancario o al Presidente de la Comisión Nacional de Valores la función de posesionar a los contadores públicos designados, una vez se cercioren de la suficiencia de su carácter, idoneidad y experiencia para acometer el ejercicio de la revisoría".

acerca del carácter, la idoneidad y la experiencia del peticionario".

En lo tocante al numeral 4° del citado artículo 79, es de observar que en él se establece que para la inscripción del nombramiento de los revisores fiscales en el registro mercantil "se exigirá por parte de las cámaras de comercio copia de la correspondiente acta de posesión ante el Superintendente Bancario"².

Hasta aquí y con base en los lineamientos descritos, se puede afirmar lo siguiente:

- Es necesario que la persona designada para ejercer la revisoría fiscal de una entidad vigilada tome posesión del cargo ante la Superintendencia Bancaria³.
- Para dotar de publicidad el nombramiento en cuestión es indispensable su inscripción en el registro mercantil, la cual sólo se puede surtir cuando, con los documentos que acreditan la designación, se presente copia del acta de posesión autorizada por este organismo de control.

De la primera de estas dos ilaciones podemos inferir otra: para actuar, el revisor fiscal de toda entidad vigilada ha de haberse posesionado previamente ante este supervisor. Y no puede interpretarse de otra manera,

pues la atribución de este ente de control para tales fines no es una simple formalidad, pues si la diligencia de marras se ha de completar únicamente cuando se tenga certeza acerca de la moralidad, responsabilidad, idoneidad y experiencia del nombrado para desplegar tal cometido es porque dicho trámite es de sustrato preventivo⁴. En ese sentido, es sencillo de concebir que dada la esencia o naturaleza tutelar del juicio de valor atribuido a esta Superintendencia la vocación de éste es producir uno de dos efectos posibles: habilitar o impedir mediante la autorización o la negativa del acto de posesión que el postulante detente la investidura y se desempeñe como tal.

Logramos llegar a la misma conclusión mediante el análisis del sentido de la obligación que la letra g) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece para los administradores, representantes legales, revisor fiscales y funcionarios de las vigiladas. Este precepto consagra para aquellos el deber legal de abstenerse de "ejercer actividades o desempeñar cargos sin haberse posesionado ante la Superintendencia Bancaria cuando la ley así lo exija".

Como vemos, se trata de una disposición de carácter limitativo: A la persona designada para desempeñar un empleo que requie-

2 El artículo 163 del Código de Comercio establece que la designación o revocación de los representantes legales o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social no se considerarán como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato, y no estarán sujetas "sino a simple registro en la cámara de comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o revocación".

3 En el Título Primero, Capítulo Décimo de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia (C.E. 007 de 1996) se señala en relación con la posesión de administradores, revisores fiscales y oficiales de cumplimiento de las entidades vigiladas: "Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos: 73 numeral 3, 74 numeral 4, 79 numeral 3 y 326 numeral 2 literal g) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), las personas que hayan sido designadas como representantes legales, miembros de juntas directivas, revisores fiscales, oficiales de cumplimiento de entidades vigiladas y representantes de las oficinas de representación de instituciones financieras y compañías de reaseguros del exterior, deben tomar posesión de sus cargos ante la Superintendencia Bancaria de Colombia (SBC), para lo cual se deben atender las instrucciones contenidas en el presente numeral".

4 La jurisprudencia nacional ha sido pacífica en señalar que el trámite de posesión está orientado a precaver, evitar o impedir que personas no calificadas o de cuya solvencia moral se tenga duda se encuentren al frente de cargos de alta responsabilidad en las entidades vigiladas por esta autoridad.

ra del visto bueno del señor Superintendente Bancario no se le permitirá realizar las labores propias de aquel hasta tanto haya obtenido el consentimiento de la autoridad administrativa para iniciarlas y si el pronunciamiento de esta Entidad resulta desfavorable, negando la posesión respectiva, no podrá emprenderlas, porque la norma financiera así se lo impone y prohíbe.

En este caso, la exigencia legal de no hacer (según el lenguaje empleado por el legislador, el "abstenerse" de ejercer o desempeñar el cargo sin haberse posesionado previamente cuando la norma establece el deber de posesión), se constituye a su vez en una prohibición de actuar cuando se encuentre pendiente la satisfacción del requisito impuesto (la posesión autorizada) o, lo que es lo mismo, significa la imposición de una condición previa para realizar determinados actos (los aneos al cumplimiento de una función que, como sucede con la del revisor fiscal, amerita por parte de la Superintendencia Bancaria un pronunciamiento expreso y favorable sobre la idoneidad de la persona asignada para atenderla).

En cuanto a su interrogante relativo a la circunstancia de encontrarse pendiente el registro ante la cámara de comercio del revisor fiscal nombrado por la asamblea de accionistas de la sociedad y posesionado por este organismo, conviene recordar que:

- Según las voces del artículo 163 del Código de Comercio la designación de los revisores fiscales y representantes legales prevista en la ley o en el contrato social está sujeta a inscripción en el registro mercantil mediante la presentación de las copias del acta o acuerdo en que conste dicha nominación (igual sucede con la remoción de tales funcionarios).

- De acuerdo con lo ordenado por el artículo 164 de la misma codificación, "las personas inscritas en la cámara de comer-

cio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección".

Respecto del alcance de este último artículo del código de los comerciantes, es oportuno remitirnos a la Sentencia C-621 del 29 de julio de 2003⁵ de la Corte Constitucional, en tanto esa alta corporación se ocupa de dilucidar en aquella el alcance de la expresión "para todos los efectos legales", contenida en la norma en cuestión, así:

"(i) Todo representante legal o revisor fiscal que cese en el ejercicio de sus funciones tiene derecho a que se cancele la inscripción de su nombramiento, *siempre que por cualquier circunstancia legal o natural sea relevado de su designación. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento, en desarrollo del principio de exclusión del acefalismo.*

(ii) En ningún caso, el trámite previsto en el punto anterior, puede superar el término previsto en los estatutos sociales o, ante la ausencia de una estipulación en dicho sentido, dentro del plazo de treinta días (30), contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. *Solamente durante este lapso la persona que viene desempeñando o detentando las funciones de representante o revisor fiscal continuará con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes al cargo. Luego, el registro del nombramiento durante este lapso de tiempo tiene una naturaleza constitutiva, a partir de la imposibilidad de dichos sujetos de desligarse de las implicaciones de su designación.*

(iii) Si superado el umbral de los treinta días, el órgano social competente no ha procedido al nombramiento y registro de un nuevo representante o revisor fiscal y, adicionalmente, se ha otorgado aviso a la Cámara de Comercio sobre la cesación del cargo, *'termina la responsa-*

5 Magistrado Sustanciador Marco Gerardo Monroy Cabra.

bilidad legal del que cesa en el ejercicio de sus funciones, incluida la responsabilidad penal".

Nótese que, en este caso, el registro mercantil adquiere una naturaleza meramente *formal o declarativa* (...)" (resaltado nuestro...).

En relación con el mismo tema y en un pronunciamiento posterior⁶, la Corte Constitucional deja en claro que "el registro mercantil no es una formalidad constitutiva de la calidad de representante, administrador o revisor fiscal, pero si un medio de oponibilidad y de protección a los terceros. De suerte que, dichos *terceros* no podrán lograr una pena o castigo respecto del inscrito (por ejemplo, una sanción tributaria o procesal), pero sí podrán tenerlo como tal para otros efectos, *verbi gracia*, para otorgar eficacia a las relaciones mercantiles a través de la aplicación de la teoría de la apariencia. Precisamente, el artículo 842 del Código de Comercio determina que:

'Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa'" (cursiva textual).

En sentido coincidente con el planteamiento indicado y a ello hace referencia el alto tribunal constitucional en su argumentación, el Consejo de Estado⁷ ha señalado en reite-

radas ocasiones que "la designación del revisor fiscal tiene en el Código de Comercio una formalidad adicional (registro en la Cámara de Comercio), *pero su omisión no afecta o supedita la existencia y validez del acto de nombramiento, pues una vez elegido el revisor fiscal él debe iniciar el cumplimiento de sus funciones y asumir las obligaciones y responsabilidades propias de su cargo, por ello se dice que el registro mercantil es un acto declarativo, mas no constitutivo*" (resaltamos).

La Corte
Constitucional deja
en claro que el registro
mercantil no es una
formalidad constitutiva
de la calidad de
representante,
administrador o revisor
fiscal, pero si un medio
de oponibilidad y de
protección a los
terceros.

Ahora bien: en torno al aspecto concreto de su consulta y basándonos en los parámetros explicados, consideramos que el revisor fiscal elegido por la asamblea de accionistas de una entidad vigilada, una vez se haya posesionado ante la Superintendencia Bancaria deberá iniciar labores. Y obtenida dicha autorización, es responsabilidad de la institución nominadora registrar con prontitud el nombramiento respectivo en la cámara de comercio del domicilio social.

Este aspecto ha sido asaz explicado por la Corte Constitucional en las sentencias que acabamos de citar, especialmente la C-621 de 2003, en la cual se declaró la exequibilidad de "los artículos 163 y 442 del Código de Comercio, en los términos de la consideración jurídica número 11" de la misma, donde se resalta que "las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan

6 Sentencia T-974 del 22 de octubre de 2003. Expedida en el proceso de revisión de un fallo de tutela de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié, Sentencia de junio 15 de 2001. Radicación 25000-23-27-000-1999-0322-01 (11137).

a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales".

En ese sentido, es inaceptable que pasados más de treinta días de la remoción del antiguo revisor fiscal el representante legal de la sociedad impida actuar al funcionario designado en reemplazo de aquel (y cuya posesión ha autorizado este organismo) aduciendo que se encuentra pendiente la inscripción de tal situación en cámara de comercio, diligencia que la entidad está, se insiste, en obligación de cumplir, tal y como lo señala el fallo precitado:

"(...) la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca *que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento*".

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se procede a absolver el cuestionario formulado ante esta Superintendencia, así:

"1. A partir de que (sic) momento puede desempeñar su cargo un revisor fiscal elegido por la asamblea general en una entidad del sector financiero".

A partir del momento en el cual la persona designada haya tomado posesión del cargo ante el señor Superintendente Bancario.

"2. Si la posesión del revisor fiscal no ha sido protocolizada por la Superintendencia quién debe actuar como revisor fiscal, el revisor fiscal anterior o el nombrado por la asamblea".

En ese sentido, es inaceptable que pasados más de treinta días de la remoción del antiguo revisor fiscal el representante legal de la sociedad impida actuar al funcionario designado en reemplazo de aquel (y cuya posesión ha autorizado este organismo) aduciendo que se encuentra pendiente la inscripción de tal situación en cámara de comercio, diligencia que la entidad está, se insiste, en obligación de cumplir.

Si esta Superintendencia no se ha pronunciado favorablemente acerca del carácter, idoneidad, experiencia y responsabilidad de la persona elegida por la asamblea de accionistas de una vigilada para actuar en calidad de revisor fiscal de la misma, autorizando su posesión, el revisor fiscal saliente continuará en el ejercicio de tales funciones con sujeción a los límites temporales indicados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-621 de 2003.

"3. Una vez protocolizada la posesión del revisor fiscal ante este órgano de control, pero estando pendiente su registro en la

Cámara de Comercio (sic) respectiva, quién debe actuar como revisor fiscal el anterior o el nombrado por la asamblea y posesionado por el ente de control".

Una vez el revisor fiscal elegido tome posesión del cargo ante esta Superintendencia debe

iniciar las labores propias de dicha investidura, pues conforme lo ha señalado la jurisprudencia en reseña, la inscripción en el registro mercantil no es una formalidad constitutiva de la calidad de representante legal, administrador o revisor fiscal sino un medio de publicidad consagrado a favor de los terceros.»

*RELACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS PROFERIDOS RECIENTEMENTE
POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA
MAYO – JUNIO DE 2005*

Acciones

Las acciones de una sociedad anónima en liquidación pueden ingresar a un patrimonio autónomo derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil

Concepto 2004060203-1 del 23 de junio de 2005.

Aceptaciones bancarias

Normatividad respecto del girador de una letra de cambio en las denominadas aceptaciones bancarias

Concepto 2005017595-2 del 27 de mayo de 2005.

Banca de Inversión

Definición. Entidades vigiladas para realizar estas funciones

Concepto 2005028004-2 del 27 de junio de 2005.

Captación Masiva y Habitual

Otorgación de créditos con recursos propios

Concepto 2005020602-2 del 24 de mayo de 2005.

Certificación

Facultades de Certificación de la Superintendencia Bancaria. Circular Externa 007 del 2000

Concepto 2005028335-1 del 28 de junio de 2005.

Créditos de vivienda

Capitalización de intereses; efecto retroactivo

Concepto 2005017763-3 del 20 de junio de 2005.

Cobertura para los créditos de vivienda a largo plazo.

Concepto 2005024282-2 del 20 de junio de 2005.

Financiación entidad diferente de los establecimientos de crédito. Interés remuneratorio.

Concepto 2005019014-2 del 24 de junio de 2005.

Ley 546 de 1999; reliquidación

Concepto 2005021302-3 del 20 de junio de 2005.

Redenominación; pagarés

Concepto 2005018547-3 del 15 de junio de 2005.

Concepto 2005017223-3 del 15 de junio de 2005.

Reliquidación. Condiciones y Alivios

Concepto 2005020231-3 del 14 de junio de 2005.

Concepto 2005024512-2 del 30 de junio de 2005.

Cupo individual de crédito

Empresas oficiales de servicio público en el contexto del Decreto 2360 de 1993

Concepto 2005001258-3 del 23 de junio de 2005.

Cheque

Pago por ventanilla

Concepto 2005016578-2 del 4 de mayo de 2005.

Visación y confrontación

Concepto 2005026388-001 del 28 de junio de 200

Escisión

Derecho de retiro o receso de accionistas. Remisión legal al régimen de fusión de entidades vigiladas

Concepto 2005022911-6 del 30 de junio de 2005.

Facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria

Diferencia entre requerimiento y pliego de cargos.

Concepto 2005015643-2 del 24 de junio de 2005.

Fusión

Derecho de retiro; entidades vigildas

Concepto 2005022911-4 del 15 de junio de 2005.

Honorarios profesionales

Cobro jurídico y prejurídico

Concepto 2005021718-2 del 18 de mayo de 2005.

Intereses

Capitalización. En préstamos para construcción o adquisición de vivienda de interés social

Concepto 2004042127-4 del 28 de junio de 2005.

Competencia de la Superintendencia Bancaria para certificar intereses: interés variable

Concepto 2005021157-1 del 24 de mayo de 2005.

Liquidación de intereses

Concepto 2005023920-2 del 15 de junio de 2005.

Lavado de activos

Sistema de prevención de lavado de activos; parámetros mínimos

Concepto 2005017222-1 del 17 de junio de 2005.

Martillo

Entidades autorizadas para realizarlo

Concepto 2005027262-2 del 16 de junio de 2005.

Concepto 2005028147-1 del 23 de junio de 2005.

Mercado cambiario

Reglamentación de intermediarios y operaciones autorizadas

Concepto 2005022009-3 del 12 de mayo de 2005.

Oficinas

Apertura, traslado y cierre. Competencia de la Superintendencia Bancaria

Concepto 2005026775-2 del 23 de junio de 2005.

Oficinas de representación

Obligaciones. Facultades

Concepto 2005021163-2 del 24 de junio de 2005.

Tasas de intereses

Autonomía de las entidades financieras. Banco de la República

Concepto 2005026319-3 del 13 de junio de 2005.

Temas de Consulta

*Compañías de seguros. Responsabilidad fiscal.
Responsabilidad solidaria. Vinculación del garante*

Crédito de vivienda. Interés moratorio

*Régimen solidario de prima media
con prestación definida. Extractos*

**COMPAÑÍAS DE SEGUROS - RESPONSABILIDAD FISCAL -
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - VINCULACIÓN DEL GARANTE**

Contraloría General de la República

Concepto 17323 de 2005
(abril 1)

«(...) se solicita a esta Oficina pronunciamiento respecto de las siguientes inquietudes:

"1. Si dentro de un proceso de responsabilidad fiscal que culmine con fallo con responsabilidad el cual establece la solidaridad entre los responsables fiscales, ¿la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable igualmente responde en forma solidaria?"

"2. ¿Cuál es la norma legal que establezca la responsabilidad solidaria de las compañías aseguradoras, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal?"

"3. Es errónea la percepción que si dentro del fallo con responsabilidad fiscal se establece la solidaridad entre los responsables fiscales, la compañía aseguradora debe cancelar únicamente la proporción, que de la suma estimada como detrimento, corresponda a su asegurado."

II. Consideraciones de la Oficina Jurídica

Antes de abordar en concreto las inquietudes planteadas por el consultante, resulta conveniente efectuar algunas breves consideraciones, relacionadas con la responsabilidad fiscal, la responsabilidad solidaria, y la vinculación en el proceso de las compañías de seguros.

1. La responsabilidad fiscal

Pues bien, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 610 de 2000, particularmente, entre otros, en los artículos 1º, 3º y 5º, puede colegirse lo siguiente:

El proceso de responsabilidad fiscal se define como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado. (Artículo 1º)

Por su parte, la gestión fiscal se encuentra definida como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los "principios de legalidad, eficiencia, economía,

eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (Artículo 3°)

Por consiguiente, la imputación de responsabilidad fiscal debe fundarse en la integración de los siguientes elementos: a.) Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; b) Un daño patrimonial al Estado; y, c.) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores. (Artículo 5°)

Así las cosas, para que un servidor público o un particular que maneje bienes o fondos públicos, en el caso bajo examen una compañía de seguros, pueda ser vinculada en el proceso de responsabilidad fiscal como responsable fiscal, bien sea en forma individual o solidariamente, aparece como condición necesaria que pueda endilgársele la comisión por acción u omisión de una conducta dolosa o gravemente culposa acaecida en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, que redunde en un daño patrimonial al Estado, y que exista el consecuente nexo causal correspondiente.

2. La responsabilidad solidaria

Vale la pena anotar que la responsabilidad solidaria se pregona frente a dos o más servidores públicos o particulares que manejan o administran bienes o fondos del erario, realizan gestión fiscal, y que con sus acciones u omisiones han concurrido en los hechos generadores de la conducta dolosa o culposa originadora del daño patrimonial al Estado, es decir, con la que, en el proceso fiscal que se adelanta, se han lesionado o causado perjuicio a los recursos públicos.

Obviamente, sobra advertir que esta imputación debe encontrarse cimentada, además de los elementos que integran la responsabilidad fiscal, en la plena observancia de las garantías que constituyen el debido proceso, incluido, por supuesto, el suprallegal derecho de defensa para todos los implicados.

Así las cosas, para que un servidor público o un particular que maneje bienes o fondos públicos, en el caso bajo examen una compañía de seguros, pueda ser vinculada en el proceso de responsabilidad fiscal como responsable fiscal, bien sea en forma individual o solidariamente, aparece como condición necesaria que pueda endilgársele la comisión por acción u omisión de una conducta dolosa o gravemente culposa acaecida en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, que redunde en un daño patrimonial al Estado, y que exista el consecuente nexo causal correspondiente.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en este sentido, el artículo 14 de la Ley 610 de 2000 ordena que por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados, así como que los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente.

3. Vinculación de compañías de seguros

Ahora bien, situación distinta es la vinculación en el proceso de responsabilidad fiscal de la compañía aseguradora, prevista en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, pues, en ella, no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de garante y en calidad de tercero civilmente responsable.

En efecto, el citado artículo 44 determina:

"Artículo 44. VINCULACIÓN DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella."

En relación con el instituto jurídico del tercero civilmente responsable, puede indicarse, brevemente, que este se contrae a aquel que se encuentra llamado a responder civilmente por las consecuencias del hecho de otro, en nuestro caso, el hecho generador de responsabilidad fiscal.

Por supuesto, tal como lo prevé la norma en mención, el vinculado en calidad de tercero civilmente responsable goza de todas las garantías consustanciales al derecho fundamental al debido proceso, que le permitan ejercer con plenitud sus derechos en el proceso de responsabilidad fiscal.

Por último, no puede olvidarse que la Corte Constitucional se pronunció en relación con la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, declarándose, por dicha Corporación, su exequibilidad, según consta en las sentencias C-648 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, y C-735 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Al respecto, conviene traer a colación algunos apartes de la sentencia C-648 de 2002:

"En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio."

"Fundamento y objetivos de la garantía contractual"

"8. Los actores afirman que el artículo 44 demandado permite a las contralorías embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento, las cuales sólo se prestan

para garantizar la responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad fiscal. De esta manera, exceden las facultades asignadas en la Constitución Política, en especial las contempladas en los artículos 267 y 268."

"En atención a este cuestionamiento debe considerarse que al Estado constitucional y democrático, fundado en la prevalencia del interés general, le asiste, como parte de sus fines esenciales, el deber de estar al servicio de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población."

"Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas."

"El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros."

"En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley."

"9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios."

"En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del

Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza."

"Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes empotrados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas."

"El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal."

"La vinculación del garante constituye, junto con la coadyuvando y la denuncia del pleito, una modalidad de intervención de terceros en el proceso, permite la acumulación de acciones y representa la concreción del principio de economía al permitir que dos conflictos puedan resolverse en la misma actuación. El llamamiento en garantía permite hacer efectivas las obligaciones surgidas en el contrato de seguro. Constituye también un mecanismo para que el asegurador, que es una persona jurídica diferente a la administración y al servidor público, participe en el proceso de responsabilidad fiscal para representar y defender sus intereses en el resultado del proceso." (Nota de pie de página No. 18)

(...)

"Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes."

"10. En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son estas:

(...) 3. La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública."

4. Solución de los interrogantes objeto de consulta

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde ahora proceder a dar respuesta a los interrogantes planteados, cuestión que se hará en el orden propuesto por el consultante.

4.1 Tal como lo precisó la Corte Constitucional: "(...) la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas." En consecuencia la compañía de seguros se vincula como garante al proceso de responsabilidad fiscal, en condición de tercero civilmente responsable.

4.2 De acuerdo con las consideraciones precedentes, podría sostenerse que por regla general, la compañía de seguros no se vincula exactamente por la figura del proceso de responsabilidad fiscal en carácter de responsable fiscal, de manera solidaria, sino garante, tercero civilmente responsable.

No obstante, si dentro del curso del proceso de responsabilidad fiscal, con base en el material probatorio obrante en el mismo, puede atribuirse a una compañía de seguros los

En consecuencia la compañía de seguros se vincula como garante al proceso de responsabilidad fiscal, en condición de tercero civilmente responsable.

elementos que integran la responsabilidad fiscal, previstos en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, su vinculación sería en tal carácter, siendo posible que se presente en forma solidaria con uno o más implicados.

4.3 Se reitera que la compañía aseguradora al ser vinculada dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, responde, justamente, hasta el riesgo amparado en el respectivo contrato de seguro.

Por consiguiente, en el evento que la compañía de seguros efectúe en su totalidad el resarcimiento del daño causado al patrimonio del Estado, en principio le estaría dado emprender las acciones a que hubiere lugar en contra de los que en el fallo correspondiente hayan sido declarados responsables fiscales. (...)»

CRÉDITO DE VIVIENDA - INTERÉS MORATORIO

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. César Hoyos Salazar. Concepto del 4 de abril de 2001. Expediente 1319*

«(...)

Los intereses moratorios se causan sobre la porción de capital de la cuota vencida.

El señor Ministro del Hacienda y Crédito Público, doctor Juan Manuel Santos, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. *¿Cuál es el alcance de la expresión "Sin embargo cuando se pacten, se entenderá que no podrán exceder una y media veces el interés remuneratorio pactado y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas"?*
2. *¿Debe entenderse que cuando un deudor ha incumplido su obligación hipotecaria de vivienda, el interés moratorio se cobra sobre todos los componentes de la cuota o sólo respecto de la porción de la cuota que no comprende interés?*

El consultante transcribe los artículos 1617 y 2235 del Código Civil, 886 del Código de Comercio, el 1° del Decreto 1454 de 1989, 69 de la Ley 45 de 1990 y 19 de la Ley 546 de 1999; luego narra que al aplicar el mencionado artículo 19 han surgido dos interpretaciones que buscan dilucidar sobre qué rubros se debe cobrar el interés moratorio en un crédito de vivienda, cuando el deudor ha incumplido el pago de sus cuotas periódicas.

* NOTA DEL EDITOR: Se incluye este concepto considerando que mediante Auto del 3 de mayo de 2005 se levantó la reserva prevista en el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo

1. "La primera de ellas indica que la acepción "cuotas vencidas" contenida en el mencionado artículo 19 de la Ley de Vivienda debe entenderse como la parte de capital de la cuota causada, pues de lo contrario se estaría aceptando el cobro de intereses sobre intereses, prohibido en todas las disposiciones relacionadas en el numeral 1.

En punto a aclarar la tesis descrita, conviene recordar que tanto el ordenamiento civil como el mercantil mantienen como uno de sus principios fundamentales la prohibición de cobrar intereses sobre intereses. Fue el Decreto 1454 de 1989 el que al determinar el alcance de la expresión "intereses pendientes o exigibles" concluyó que la prohibición se predicaba de aquellos rendimientos causados y no pagados, y que, en consecuencia, era válido pactar anticipadamente el cobro de réditos sobre intereses no causados, permitiendo de esta forma la figura de la capitalización de intereses, cuyo fin no es otro que acrecentar el capital adeudado y continuar generando rendimientos sobre el todo.

En estas condiciones, frente a la imposibilidad de causar interés sobre los intereses causados cuando no se hubiera pactado capitalización de intereses y ante el incumplimiento del deudor, mediante la aplicación de la cláusula aceleratoria se generalizó el cobro de intereses moratorios sobre el total de la obligación, circunstancia que con la Ley 45 de 1990 se prohibió. La mencionada ley prevé que aplicada la cláusula señalada y sólo en el caso en que se quiera restituir el plazo original de la obligación, los intereses de mora podrán cobrarse únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando las mismas comprendan sólo intereses.

Según esta interpretación se considera que permitir el cobro de intereses moratorios sobre la parte de los remuneratorios que componen la cuota, en casos diferentes a los contemplados en la Ley 45 de 1990, es decir cuando previamente no se ha hecho uso de la cláusula aceleratoria, la cual como ya se ha indicado se encuentra proscrita en tratándose de créditos de vivienda, lleva necesariamente a caer en la restricción general contemplada en el artículo 886 de Código del Comercio y demás normas concordantes y que en ese caso, resulta jurídicamente imposible interpretar la disposición de vivienda como una excepción al régimen general.

Esta tesis fundamenta su argumentación en que tanto la Ley 546 de 1999 como los fallos de la Corte Constitucional, han generado un espacio de protección al deudor de crédito de vivienda que incluso ante el incumplimiento en el pago de sus obligaciones le garantiza que el interés moratorio solamente se genera respecto de la porción de capital de cada cuota y no sobre el interés remuneratorio causado.

Bajo esta percepción, ante el incumplimiento del deudor la institución financiera debe instaurar demanda judicial de manera inmediata, pues resulta ser el único camino para declarar de plazo vencido la obligación y en ese momento poder cobrar intereses de mora sobre el total del crédito y no sólo sobre los instalamentos vencidos, o en su defecto dar aplicación al artículo 69 de la Ley 45 de 1990, según el cual sólo después de aplicada la cláusula aceleratoria y restablecido el plazo, el interés de mora se puede cobrar sobre las cuotas vencidas aún cuando las mismas sólo comprendan intereses.

2. La segunda interpretación sostiene como elemento fundamental en la aplicación del artículo en cuestión que la disposición en consulta consagra la posibilidad de que los intereses de mora se cobren "sobre las cuotas vencidas".

La mencionada ley de vivienda al regular el sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo creó un régimen especial, excepcional y de aplicación preferente a cualquier otra disposición.

En tal sentido, definió parámetros concretos en la ejecución de estos créditos al señalar entre otras cosas, las condiciones en las cuales deben otorgarse, las restricciones y requisitos que deben atender las garantías y el tratamiento de la tasa de interés pactada frente al comportamiento del mercado, indicando que la obligación sólo podrá ajustarse en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE a través de la unidad de cuenta denominada UVR.

El legislador hizo lo propio con el interés de mora al señalar que en tratándose de créditos de vivienda éstos no se presumen, aún en contra de lo dispuesto en el ordenamiento mercantil. De igual manera, prohibió el establecimiento de cláusulas aceleratorias, impidiendo que ante el retardo en el pago de una cuota o instalamento se cobre al deudor intereses sobre el total de la obligación, disposición esta de aceptación general tanto en el régimen civil, como en el comercial y el administrativo, e incluso reguló que ante tal circunstancia - el retardo - el interés moratorio se cobre sobre la "cuota vencida", sin hacer distinciones de ninguna especie.

La tesis expuesta considera que el legislador quiso crear una excepción, al régimen general, tal como lo había hecho con anterioridad en la Ley 45 de 1990, en aras de favorecer al deudor al permitir que el cobro de interés moratorio se realice sobre el total de las cuotas pendientes y no sobre el saldo de la deuda, antes de llegar a la etapa judicial en la que aplicada la cláusula aceleratoria cabría el restablecimiento del plazo y por tanto el cobro del interés de mora sobre la cuota, aún cuando ella contenga sólo intereses.

Es por la anterior que sin modificar la naturaleza ni el propósito del interés moratorio, que por un lado busca resarcir los perjuicios sufridos por el acreedor y por otro constituye una sanción al incumplido, la expresión "cuota vencida" tal como quedó consagrada en la norma en la que no se hizo distinción alguna del concepto, no puede entenderse sólo como la parte correspondiente de capital pendiente, pues ello haría nugatorio el poder conminatorio de interés moratorio en la medida que podría ser más rentable para un deudor de vivienda entrar en mora de su obligación frente a cualquier remuneración alternativa que obtenga sobre el dinero de su cuota, antes de que se le inicie cobro jurídico.

1. CONSIDERACIONES

La Ley 546 de 1999, por la cual se dictan normas en materia de vivienda, ha sido objeto de varias sentencias proferidas por la Corte Constitucional, entre ellas: C-955, C-1140, C-1146, C-1265, C-1377 y C-1411, todas del año 2000; estas sentencias analizan en forma amplia y razonada las materias que comprende la mencionada ley. Así mismo, sobre los créditos de vivienda la Corte Constitucional se pronunció en las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999. Por tanto, en este concepto la Sala parte de los criterios jurisprudenciales plasmados en los mencionados pronunciamientos sin entrar a repetirlos. El artículo 19 de la Ley 546 de 1999 dispone:

"Intereses de mora. En los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata la presente ley no se presumen los intereses, de mora. Sin embargo, cuando se pacten, se entenderá que no

podrán exceder una y media veces el interés remuneratorio pactado (y) solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas. En consecuencia, los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial o se someta el incumplimiento a la justicia arbitral en los términos establecidos en la correspondiente cláusula compromisoria. El interés moratorio incluye el remuneratorio"¹.

La cuestión planteada en la consulta es qué debe entenderse por cuota vencida, esto es, si ella está constituida sólo por la parte del capital correspondiente a la cuota, o por esa parte del capital más los intereses remuneratorios causados sobre el total del saldo de capital, existente a la fecha en que vence la respectiva cuota.

La Ley 546 de 1999 establece el marco dentro del cual el gobierno nacional puede regular el sistema especializado de financiación de vivienda individual a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor. Como normas generales que rigen dicho sistema de crédito, en materia de amortización e intereses, la mencionada ley prescribe fundamentalmente, además de lo consignado en el artículo 19, lo siguiente:

a) Los sistemas de amortización no pueden contemplar capitalización de intereses, y deben ser expresamente aprobados por la Superintendencia Bancaria (arts. 1º párrafo, 17 párrafo). Los créditos pueden denominarse en pesos moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real - UVR.

b) Los créditos tendrán un plazo para su amortización comprendido entre cinco (5) años como mínimo y treinta (30) años como máximo (art. 17. 3)

c) Los créditos tendrán una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse (art. 17.2).

d) Dicha tasa de interés será fija durante toda la vigencia del crédito, a menos que las partes acuerden una reducción de la misma y deberá expresarse única y exclusivamente en términos de tasa anual efectiva (art. 17. 2); (...).

Por interés² se entiende: el rendimiento periódico que da un capital, o el precio o costo que se paga por el uso del dinero. La jurisprudencia llama "interés remuneratorio" el que se causa por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo. Así mismo, estima que "la tasa remuneratoria sólo es la tasa real, esto es, la nominal menos la inflación". La Corte Constitucional señala que la tasa de interés remuneratorio por préstamos de vivienda, debe ser calculada sobre los saldos insolutos, no ser interés compuesto sino simple, y debe sumarse a los puntos de la inflación, no multiplicarlos, pues eso significaría que se la cobrara doblemente.

Lo anterior indica, sin entrar a calificar su carácter sancionatorio o indemnizatorio, que los intereses moratorios son aquellos que se causan sobre el capital que se debe, a partir del vencimiento del plazo otorgado para pagarlo.

1 Este artículo fue declarado exequible mediante sentencia C-955 de julio 26 de 2000, salvo la frase en negrilla que fue declarada inexecutable mediante sentencia C-1140 de agosto 30 de 2000 de la Corte Constitucional.

2 En el concepto 1276 de julio 5 de 2000, esta Sala hizo un análisis más amplio sobre los intereses.

La expresión "(...) y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas", contenida en el artículo 19 de la Ley 546 de 1999, significa que en los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata dicha ley, los intereses moratorios sólo pueden cobrarse, cuando se pacten y sin que excedan una y media veces el interés remuneratorio, sobre la porción de capital que forma parte de la cuota (o cuotas) de amortización vencida (s).

Si los sistemas de amortización de créditos de vivienda a largo plazo no pueden contemplar capitalización de intereses, y el interés moratorio, en caso de estar expresamente pactado, incluye el remuneratorio, debe concluirse que dicho interés moratorio sólo puede cobrarse sobre la porción de capital de la cuota vencida, y a partir de la fecha del vencimiento de dicha cuota.

En efecto, si los intereses se causan sobre el capital y los intereses no pueden capitalizarse, entonces los intereses causados no pueden a su vez generar intereses.

Además, una interpretación sistemática del artículo 19 con el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 546, el cual dispone que los créditos de vivienda individual deben "tener una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR" que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse, permite concluir que los intereses se causan sólo sobre capital, pues la UVR es la unidad de cuenta bajo la cual se denomina el monto del crédito de vivienda individual a largo plazo. Por consiguiente, si la amortización debe hacerse en un plazo comprendido entre cinco años como mínimo y treinta años como máximo, ha de entenderse que cada cuota de amortización comprende una porción del capital, expresada en una cantidad de UVR, más los intereses remuneratorios. En consecuencia, al quedar vencida una o varias de las cuotas de amortización, es sobre la porción de capital de la cuota o cuotas vencidas que se causan los intereses moratorios pactados.

2. LA SALA RESPONDE

La expresión "(...) y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas", contenida en el artículo 19 de la Ley 546 de 1999, significa que en los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata dicha ley, los intereses moratorios sólo pueden cobrarse, cuando se pacten y sin que excedan una y media veces el interés remuneratorio, sobre la porción de capital que forma parte de la cuota (o cuotas) de amortización vencida (s).

Por consiguiente, en la hipótesis consultada no hay lugar a cobrar intereses moratorios sobre los intereses remuneratorios comprendidos en la cuota o cuotas de amortización

vencida (s); Si se pactó cláusula aceleratoria que considere de plazo vencido la totalidad de la obligación, en caso de demanda e incumplimiento en la oportunidad legal, se causarán intereses moratorios a partir de la fecha en que ocurra la mora.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.»

RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA - EXTRACTOS

Superintendencia Bancaria de Colombia

Circular Externa 010 de 2005

(mayo 2)

Referencia: Remisión anual de extractos

«(...) De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1, artículo 41 del Decreto 326 de 1996, desde el año 1997 las entidades administradoras del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida tienen el deber de enviar a sus afiliados, dentro del primer trimestre de cada año, un extracto anual que contenga información sobre el monto de los aportes efectuados y las semanas cotizadas por el año calendario inmediatamente anterior, así como el número acumulado de semanas cotizadas al 31 de diciembre de cada año.

Así mismo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1, artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), las entidades vigiladas por esta Superintendencia deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho en uso de sus facultades legales, en especial de las que le confiere el literal a), numeral 3, artículo 326 EOSF, considera necesario adicionar un numeral al Capítulo I, Título IV de la Circular Externa 007 de 1996, con el fin de instruir a las entidades administradoras del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida sobre la forma como deben dar cumplimiento a la obligación de remisión de extractos a que se refiere el Decreto 326 de 1996.

De esta manera, el numeral que se adiciona reitera la obligación de las entidades administradoras del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida de remitir a sus afiliados a más tardar el día 31 de marzo de cada año, un extracto con información anual sobre las semanas y montos cotizados al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, el cual debe contener, como mínimo, información clara y precisa sobre la entidad adminis-

tradora, el afiliado, sus aportes y las semanas cotizadas o el tiempo de servicio efectivamente prestado, según corresponda, entre otros aspectos.

Igualmente, el numeral que se adiciona establece el deber de las entidades administradoras de adoptar controles y mecanismos adecuados de seguridad para el manejo y utilización de esta información, así como el de enviar a la SBC, dentro del mes siguiente a la remisión de los extractos, una constancia sobre el cumplimiento de la referida obligación, debidamente suscrita por el representante legal de la entidad.

Las administradoras que al 31 de marzo de 2005 no hayan enviado a sus afiliados los mencionados extractos, deberán ajustar el contenido de los mismos a las instrucciones aquí impartidas a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente circular, y una vez concluido este proceso, deberán proceder a su remisión inmediata, todo ello sin perjuicio de las actuaciones administrativas que frente a tal omisión pueda adelantar la SBC.

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación y adiciona el numeral 9 al Capítulo 1, Título IV de la Circular Externa 007 de 1996.»

**Reseña
General**

Normas

Jurisprudencia

Otros Pronunciamientos

*NORMAS**

Congreso de la República

Readecuación temporal de competencias en la administración de justicia

Ley 954 de 2005 (abril 27). La norma readecua temporalmente las competencias previstas en la Ley 446 de 1998 y crea en el Consejo de Estado Salas Especiales Transitorias de Decisión, encargadas de decidir los recursos extraordinarios de súplica que a la entrada en vigencia de la ley, tengan proferido el respectivo auto admisorio.

*Ministerio de Hacienda
y Crédito Público*

Boletín de deudores morosos del Estado. Entidades en liquidación

Decreto 1695 de 2005 (mayo 25). El Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizó una modificación del Boletín de Deudores Morosos del Estado con el fin de aclarar que en el caso de entidades en proceso de supresión o disolución con fines de liquidación, las acreencias en las cuales sea deudora una entidad, no podrán ser reportadas en dicho boletín, por cuanto el pago de las mismas se encuentra sujeto a las disposiciones y reglas que regulan los procesos liquidatorios.

Entidad financiera pública. Enajenación de activos*

Decreto 2222 de 2005 (junio 30). Se establecen reglas para el procedimiento de enajenación de bienes por parte de entidades financieras públicas cuando la actuación se origine en cumplimiento de un deber legal

Inspección y vigilancia. Sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor*

Decreto 1400 de 2005 (mayo 4). Determina las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que aplican a las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor. Señala que la Superintendencia Bancaria de Colombia podrá ejercer facultades de vigilancia e inspección en el marco de las atribuciones que le otorga el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y exige a este tipo de entidades la certificación de autorización que expide la mencionada entidad de control previo el cumplimiento de requisitos de funcionamiento, particularmente los de mitigación y prevención de riesgos.

Interés moratorio. Crédito de vivienda*

Decreto 2204 de 2005 (junio 28). La norma reglamenta el artículo 19 de la Ley 546 de 1999. Señala que los intereses remuneratorios pactados no podrán exceder los límites fijados por la Junta Directiva del Banco de la República para efectos del cálculo del límite de los intereses moratorios previstos en el artículo citado.

Límites de crédito*

Decreto 1360 de 2005 (mayo 5). Modifica el artículo 9° del Decreto 2360 de 1993, modificado por el artículo 1° del Decreto 1201 de 2000. Establece el porcentaje que podrá alcanzar las operaciones de crédito cuyo pago se garantiza con una carta de crédito stand-by expedida por una entidad financiera del exterior. El límite se establece como una proporción porcentual del patrimonio técnico del respectivo establecimiento de crédito. Establece las características que debe cumplir la carta de crédito stand-by correspondiente.

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

Pago unificado de aportes. Sistema de la Protección Social

Decreto 1465 de 2005 (mayo 10). Define el sistema de la Protección Social integrado por los subsistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales, Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y cajas de compensación familiar. Establece las características del mecanismo para el pago unificado de aportes al sistema y el uso de la planilla integrada de autoliquidación de aportes. Define las funciones de las instituciones financieras que sirven de intermediarios entre los aportantes del sistema y las administradoras para la ejecución de las transacciones débito y crédito en las cuentas respectivas.

Relación de solvencia. Fondo Nacional de Garantías S.A.

Decreto 1324 de 2005 (abril 28). Determina para el Fondo Nacional de Garantías S.A. el régimen de patrimonio, sistema de administración del riesgo de garantías, su régimen de reservas y la clasificación y ponderación de activos por niveles de riesgo, así como la determinación del riesgo de mercado de dicha institución. Establece en 11% la relación mínima de solvencia del citado Fondo. Programa de ajuste de la relación de solvencia.

***Ministerio
de la Protección Social***

Pensiones. Régimen especial

Decreto 1950 de 2005 (junio 13). La norma dispone que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 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. Señala además que con anterioridad a

dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1° del Decreto 1835 de 1994.

***Departamento Nacional
de Planeación***

Régimen General de Inversión extranjera en Colombia

Decreto 1866 de 2005 (junio 7). Modifica el artículo 26 del Decreto 2080 de 2000 señalando que toda inversión de portafolio de capital del exterior se hará por medio de un fondo de inversión de capital extranjero que tendrá por único objeto realizar transacciones en el mercado público de valores, de acuerdo con las disposiciones que rigen la materia. El parágrafo de esta disposición señala que en concordancia con lo dispuesto en los tratados internacionales, los organismos multilaterales de crédito que hayan sido creados en virtud de un tratado o acuerdo internacional del cual sea parte la República de Colombia, también podrán realizar inversión de portafolio de capital del exterior, a través de una sociedad comisionista de bolsa. En este caso no será necesaria la constitución de un fondo de inversión de capital extranjero. La sociedad comisionista correspondiente estará obligada a suministrar a la Superintendencia de Valores en la forma, contenido y fechas en que ésta lo determine, la información relacionada con la inversión de portafolio realizada por los organismos multilaterales de crédito. Será obligación del organismo multilateral de crédito llevar a cabo el registro de su inversión de portafolio de capital del exterior, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 8° del Decreto 2080 de 2000.

***Superintendencia Bancaria
de Colombia***

Fondos de pensiones y cesantía. Traslados. Requisitos

Circular Externa 13 de 2005 (mayo 23).

Elimina el requisito exigido a los ciudadanos de presentar fotocopia auténtica de la cédula de ciudadanía cuando deseen trasladarse de un fondo de pensiones y cesantía a otro. Se ordena que solamente se exija fotocopia simple de dicho documento.

Superintendencia de Valores

Mercado público de valores. Oferta pública

Resolución 493 de 2005 (junio 24). La Sala General de la Superintendencia de Valores, con el fin de promover el mercado público de valores, modificó la Resolución 400 de 1995 en la parte pertinente a la autorización de oferta pública de valores que hacen parte de un programa de emisión y colocación. El propósito es facilitar el acceso de emisores de valores de corto plazo a los programas de emisión mediante el estableciendo de requisitos similares a los exigidos para los programas de emisión en procesos de titularización.

***Banco de la República
Junta Directiva***

Tasas de interés. Crédito de vivienda

Resolución Externa 3 de 2005 (mayo 20). La Junta Directiva del Banco de la

República fijó las tasas máximas de interés remuneratorio de los créditos de vivienda a largo plazo y los créditos para financiar proyectos de construcción de vivienda denominados en UVR y en pesos. Dicha tasa quedó fijada en 13.1 puntos porcentuales adicionales a la UVR. Para los créditos de vivienda de interés social se estableció dicha tasa en 11.0 puntos porcentuales adicionales con la variación de la UVR de los últimos 12 meses vigente al perfeccionamiento del contrato correspondiente. En los mismos montos se fijó las tasas para los contratos y operaciones de leasing habitacional destinados a vivienda familiar.

Findeter

Redescuento. Reglamento

Acuerdo 005 de 2005 (mayo 26). Con el objeto de facilitar la comprensión de las normas que rigen la línea de crédito y microcrédito inmobiliario, se modifica, unifica y adopta en un solo Acuerdo el Reglamento de Crédito para el Redescuento de Créditos y Microcréditos Inmobiliarios, incluyendo algunas modificaciones al mismo. La disposición permite a las cooperativas de ahorro y crédito, multiactivas e integrales con secciones de ahorro y crédito, cajas de compensación familiar y fondos de empleados, entre otros, pueden actuar como intermediarios para que sus afiliados adquieran vivienda.

*JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional

Actividad financiera. Crédito de vivienda. Refinanciación*

Sentencia T-170 del 25 de febrero de 2005. El principio de buena fe y el deber de solidaridad en la actividad financiera. Potenciación del deber de solidaridad en el caso de deudores enfermos de Sida. Afectación del derecho a la igualdad y la dignidad de los deudores. Posibilidad de refinanciación del crédito en mora para atender la debilidad manifiesta de los deudores.

Código Contencioso Administrativo. Demanda de inconstitucionalidad parcial. 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. El papel del derecho de petición en un Estado social y democrático de derecho. El derecho de petición de consultas (artículo 25 del Código Contencioso Administrativo).

Crédito de vivienda. Vía de hecho. Tutela.

Sentencia T-357 del 8 de abril de 2005. La jurisprudencia respecto de la actuación del juez de tutela en los procesos ejecutivos hipotecarios regulados por la Ley 546 de 1999. El juzgado accionado incurrió en vía de hecho al no dar por terminado oficiosamente el proceso ejecutivo hipotecario una vez presentada la reliquidación del crédito que en él se cobra y al denegar la solicitud que en tal sentido formuló el apoderado del peticionario de tutela.

Crédito de vivienda. Vía de hecho. Tutela. Ley 546 de 1999.

Sentencia T-472 del 10 de mayo de 2005. Subreglas que deben considerarse para la debida interpretación de la Ley 546 de 1999 y para hacer viable la acción de tutela por la posible ocurrencia de una vía de hecho.

Indexación primera mesada pensional Sentencia T-098 del 4 de febrero de 2005.

Calcular el monto de la mesada pensional con base en un ingreso que el trabajador percibía años antes de que finalmente le fuera reconocida la pensión, contraría el mandato superior de equidad, el derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en consideración los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero, así como también compromete los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Pensión. Derecho de petición. Reliquidación

Sentencia T-0371 del 8 de abril de 2005. Señala la corporación que el derecho de petición se aprecia vulnerado cuando las entidades encargadas de resolver asuntos pensionales desconocen los términos fijados para tal fin. En esta sentencia la Corte señala que el caso no trata una controversia de carácter laboral, como lo consideró el juez de instancia, sino que la pretensión del accionante se encamina a que resultan de fondo su solicitud de reliquidación pensional, con lo cual Cajanal deberá resolver de fondo tal petición.

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

Tutela. Crédito de vivienda. Redenominación del crédito en pesos a UVR Sentencia T-313 del 1º de abril de 2005.

No se acreditó la inminencia de un perjuicio irremediable derivado de la existencia de consecuencias lesivas para los intereses del deudor hipotecario a quien el establecimiento bancario redenominó su crédito hipotecario de pesos a UVR, advirtiendo la Sala que tampoco se cumple el requisito de inmediatez.

***Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral***

Pensión. Compartibilidad pensional Sentencia del 23 de mayo de 2005.

Expediente 25372. La pensión reconocida por una empresa obedece a un acto de liberalidad. Al afiliarse a su trabajador al ISS dicha sociedad se subrogó del pago de la pensión inicialmente a su cargo. Nada impedía que el empleador hubiera sometido dicha pensión a una condición extintiva, esto es, el reconocimiento por parte del ISS de la pensión de vejez. En esas condiciones, no es posible aplicar el concepto de la compartibilidad pensional y, en consecuencia, la obligación de asumir el mayor valor frente a la pensión reconocida por el ISS.

Pensión. Convención colectiva de trabajo. Idema

Sentencia del 13 de abril de 2005. Expediente 24186. La Sala Laboral confirmó la decisión del Tribunal que condenó a la Nación - Ministerio de Agricultura a reconocer y pagar la pensión reclamada por un extrabajador del Idema que laboró por más de 20 años y fue despedido sin justa causa, considerando que la pensión en cuestión es de estirpe estrictamente convencional y que la norma sustancial que crea el derecho en disputa es el artículo 467 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Pensión. Reliquidación

Sentencia del 2 de mayo de 2005. Expediente 24255. En este caso, relacionado con

una reliquidación pensional de trabajadores de la empresa Puertos de Colombia, el censor debe demostrar un error de hecho. La censura tampoco expone planteamientos que puedan demostrar que el Tribunal se equivocó cuando afirmó que la demandada había liquidado las pensiones de los actores con los factores que discriminó en la sentencia, por lo que razonablemente el cargo debía ocuparse de ese soporte de la decisión de segundo grado y no señalar planteamientos imprecisos.

Pensión restringida de jubilación

Sentencia del 3 de febrero de 2005. Expediente 24647. La pensión restringida de jubilación debe analizarse a la luz de la Ley 171 de 1961, precepto vigente para cuando se produjo la desvinculación del trabajador ya que la Ley 50 de 1990, en lo tocante a la pensión sanción de los trabajadores oficiales, no derogó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. El artículo 37 de la Ley 50 de 1990 cobija a los trabajadores oficiales. Para los que en esta condición estén afiliados a los seguros sociales, y con mayor rigor para los que no lo están, siguió subsistiendo la denominada pensión sanción que por despido injustificado, después de 10 años de servicio, contempla el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Pensión sanción

Sentencia del 23 de mayo de 2005. Expediente 25690. No procede la pensión sanción cuando el trabajador despedido injustamente haya prestado servicios a la empleadora por más de 20 años por cuanto ya se cuenta con el tiempo necesario para acceder a la protección legal por vejez. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. La pensión debe liquidarse con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

***Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil***

Cheque. Canje*

Sentencia del 2 de marzo de 2005. Expediente 8946-01. Devolución injustificada de cheques por parte de un establecimiento bancario. Responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la devolución de cheques. Deberes del girado en el caso de todo cheque cobrado mediante canje, el girado debe identificar la persona que cobra el cheque.

Seguros. Seguro de deudores. Riesgo asegurable*

Sentencia del 25 de mayo de 2005. Expediente C-7198. Seguro de vida grupo deudores, el riesgo asegurado es la pérdida de vida del deudor y no la imposibilidad de pago de una obligación asumida por éste. El suicidio y el riesgo cubierto, la acción subrogatoria para que los derechos de un acreedor se transmitan a un tercero que paga. La subrogación y la asunción de deudas. Consideraciones sobre la vigencia de la póliza de seguro de vida grupo deudores y el suicidio y el riesgo asegurable.

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

Acción de cumplimiento. Estatutos de las sociedades

Sentencia del 21 de abril de 2005. Expediente 26302. El desconocimiento de los estatutos sociales puede ser impugnado en un proceso abreviado. Mediante la acción de cumplimiento no puede exigirse el cumplimiento de disposiciones estatutarias de sociedades por no tratarse de actos administrativos ni mucho menos de norma con fuerza material de ley.

Bases de datos. Centrales de información

Sentencia del 3 de marzo de 2005. Expediente 8336. Acción pública de nulidad con-

tra el párrafo único del artículo 2° del Decreto 181 de 2002. Regulación constitucional y criterios jurisprudenciales imperantes antes de la vigencia del artículo 19 de la Ley 716 de 2001. Alcance de la caducidad inmediata de la información negativa histórica.

Compañías de financiamiento comercial. Intermediarios del mercado cambiario. Sanción. Acto administrativo

Sentencia del 13 de abril de 2005. Expediente 14066. Las compañías de financiamiento comercial son intermediarios del mercado cambiario y para determinar su posición propia estos intermediarios deben tener en cuenta su patrimonio técnico. El acto administrativo que impone una sanción a una compañía de financiamiento comercial por quebrantar disposiciones relacionadas con la posición propia, en su condición de intermediario del mercado cambiario, no requiere para su validez su publicación, la cual sólo constituye un requisito para los particulares hasta tanto no se dé a conocer. La falta de publicación del acto administrativo no genera la incompetencia del funcionario a quien se le adscribió la función sancionatoria.

Superintendencia Bancaria. Régimen sancionatorio. Cupo individual de crédito*

Sentencia del 9 de junio de 2005. Expediente 14188. La caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria. Infracción a las normas que rigen la aprobación de los cupos individuales de crédito, informe sobre la situación financiera del deudor y la calidad de codeudor.

Consejo Superior de la Judicatura

Pensión de sobreviviente. Tutela. Derecho de petición

Sentencia del 25 de mayo de 2005. Radicado 01126 01. Improcedencia del amparo de tutela para desplazar al mecanismo ordinario de defensa. Ausencia del perjuicio irremediable. Otro medio de defensa judicial. Derecho

de petición y su procedencia como amparo para resolver en término el núcleo fundamental de lo pedido. La falta de diligencia de una sociedad administradora de pensiones y ce-

santía para abordar el estudio de la solicitud y reconocimiento del derecho pensional - pensión de sobreviviente - a favor de una menor de edad que merece trato preferente.

*OTROS PRONUNCIAMIENTOS**

Ministerio de la Protección Social

Conmutación pensional

Concepto 3760 de 2005 (marzo 30). La conmutación pensional es una figura creada para que el Instituto de los Seguros Sociales sustituyera en el pago de las mesadas pensionales a empresas o empleadores insolventes, previa cancelación del valor del correspondiente cálculo actuarial. El Decreto 1260 de 2000 reglamento parcialmente la figura de conmutación pensional y dispuso que el ISS, compañías de seguros mediante renta vitalicia y, sociedades administradoras de fondos de pensiones puedan realizarla mediante un retiro programado. Dicha compartibilidad pensional tiene como único fin que el ISS libere al empleador de la carga pensional, imponiéndole la obligación de cotizar al mismo instituto durante el tiempo exigido para que el trabajador cumpla requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Procuraduría General de la Nación

Recursos públicos. Inembargabilidad

Comunicado 158 de 2005 (mayo 29). El Procurador General de la Nación cuestionó el hecho de que reiteradamente algunos jueces han decretado embargos y retención de dineros consignados en cuentas abiertas a favor de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito público y del Tesoro Nacional del mismo ministerio violando con ello el ordenamiento jurídico vigente.

Contraloría General de la República

Seguros. Fondos y bienes públicos

Concepto 21956 de 2005 (abril 25). Los servidores del Estado y los particulares que manejan fondos o bienes públicos deben proteger los recursos de las entidades y es responsabilidad de los representantes legales o los ordenadores del gasto asegurarlos en cuantía suficiente so pena de incurrir en responsabilidad fiscal al evaluarse su gestión.